

JUSTICIA PENAL DE EMERGENCIA, GUERRA Y DELITOS POLITICOS.

JOHANA CAROLINA BASTIDAS BURGOS

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
PROGRAMA DE DERECHO
SAN JUAN DE PASTO
2016**

JUSTICIA PENAL DE EMERGENCIA, GUERRA Y DELITOS POLITICOS.

JOHANA CAROLINA BASTIDAS BURGOS

**Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de
Abogada**

**Asesor:
JOSE ANTONIO ALAVA VITERI
Doctor**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
PROGRAMA DE DERECHO
SAN JUAN DE PASTO
2016**

NOTA DE RESPONSABILIDAD

Las ideas y conclusiones aportadas en este Trabajo de Grado son Responsabilidad de los autores.

Artículo 1 del Acuerdo No. 324 de octubre 11 de 1966, emanado por el Honorable Concejo Directivo de la Universidad de Nariño.

Nota de Aceptación:

Firma del Presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

San Juan de Pasto, Abril de 2016.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	11
1. TITULO	12
1.1 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	12
1.1.1 Pregunta general:	12
1.1.2 Preguntas específicas:.....	12
1.2 OBJETIVOS.....	12
1.2.1 Objetivo general.....	12
1.2.2 objetivos específicos:	12
1.3 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	13
2. MARCO REFERENCIAL.....	15
2.1 MARCO CONCEPTUAL	15
2.1.1 Política criminal.....	15
2.1.2 Derecho penal de emergencia.....	18
2.1.3 Derecho penal del enemigo.	20
2.1.4 Eficientísimo penal	25
2.1.5 Delito político.	27
2.1.6 Delito contra el régimen constitucional y legal	30
2.1.7 Delito de seducción de tropas y usurpación de mando para cometer rebelión o sedición	34
2.2 MARCO LEGAL	37

2.2.1 Bloque de constitucionalidad:	37
2.2.2 Constitución 1991:	38
2.2.3 Código penal, ley 600 del 2000. En especial:	40
2.2.4 Código de procedimiento penal, ley 906 de 2004:	41
3. METODOLOGIA	46
3.1 ESTRATEGIAS DE COMUNICACIÓN	46
3.2 PRESENTACIÓN DE EQUIPO DE INVESTIGADORES	46
4. LEGISLACIÓN PENAL DE EMERGENCIA	47
4.1 DERECHO PENAL EFICIENTISTA	63
4.2 DERECHO PENAL DEL ENEMIGO	68
4.3 POPULISMO PUNITIVO	87
5. JUSTICIA PENAL DE EMERGENCIA EN COLOMBIA	105
5.1 PRIMERA ETAPA: LA INVASIÓN	106
5.2 LA COLONIA	107
5.3 LA REPUBLICA	107
6. JUSTICIA PENAL DE EMERGENCIA Y DELITO POLÍTICO	189
6.1 DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO FRENTE A LA REGULARIZACIÓN DE LA GUERRA	190
6.2 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL TRATAMIENTO JURÍDICO POLÍTICO DEL REBELDE EN COLOMBIA	194
6.3 REPERCUSIONES DE LA IMPLANTACIÓN DEL DERECHO PENAL DE EMERGENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y POLÍTICO COLOMBIANO.....	222

6.4 ELEMENTOS MÍNIMOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA POLÍTICA CRIMINAL PARA LA PAZ.....	231
7. CONCLUSIONES	239
8. RECOMENDACIONES.....	252
BIBLIOGRAFÍA.....	253
NETGRAFIA	259

RESUMEN

El ordenamiento jurídico colombiano posee hoy por hoy un reto, enfocar todas sus estructuras normativas hacia la búsqueda de la paz con justicia social que necesita nuestro país, empero, hablar del derecho a la paz como un bien supremo de toda la sociedad, no es un tema sencillo, puesto que todos los dispositivos políticos y jurídicos han sido enfocados a perpetuar la guerra.

Por ello, es de especial importancia analizar como el derecho y en si el derecho penal se ha convertido en una extensión de la violencia por parte del estado en medio del conflicto social, político y armado.

Es imprescindible entonces construir herramientas jurídicas que permitan edificar una política criminal para la paz.

ABSTRACT

The Colombian legal system has today a challenge, focus all their regulatory structures to the search for peace with social justice that our country needs, however, speak of the right to peace as a supreme good of the whole society, is not a simple matter, since all political and legal devices have been focused on perpetuating the war.

It is therefore particularly important to analyze how the law and if the criminal law has become an extension of violence by the state in the midst of social, political and armed conflict.

It is imperative then build legal tools to build a criminal policy for peace

GLOSARIO

Criminología: como la ciencia multidisciplinaria cuyo objeto de estudio son el delito, el delincuente, la víctima y la conducta criminal, con el fin de explicar las causas y motivos del fenómeno delictivo, prevenirlo y estudiar las acciones específicas que en consecuencia requiere cada caso en concreto.

Derecho penal de emergencia: La emergencia suele ser definida en el plano de la doctrina constitucionalista como un "accidente súbito que sobreviene en la vida de un ciudadano o de una sociedad y que en éste caso puede llegar a poner en peligro la estabilidad o la vida mínima del sistema constitucional. La emergencia está emparentada con el estado de necesidad, el caso fortuito o la fuerza mayor. Con éste pueden ser fuentes de derecho y obligaciones, pero sólo si están previstos como tal en una norma jurídica: no pueden tener un carácter supra legal o lo que es peor aún supra constitucional.

Derecho penal del enemigo: El Derecho Penal del enemigo sólo se puede legitimar como un Derecho penal de emergencia, que considera que ciertos ciudadanos se encuentran por fuera del pacto social y político y por ello son considerados enemigo del estado.

Eficientísimo penal: es una de las expresiones del derecho penal de emergencia que se caracteriza por anteponer el criterio de eficiencia sobre la noción de justicia.

Populismo punitivo: definido como la doctrina política que se proclama defensora de los intereses y aspiraciones del pueblo, el populismo punitivo ha penetrado con fuerza arrolladora en los espacios de la justicia y so pretexto de sosegar los efectos de la inseguridad ciudadana y de la poca confianza en la efectividad del aparato judicial, ha logrado expandir el derecho penal, desquiciar el sistema de juzgamiento, socavar el espíritu garantista de las normas y acomodarlo a interpretaciones arbitrarias y restrictivas, ostensibles en la actuación de un amplio sector de fiscales y en las desconcertantes providencias de algunos jueces y magistrados.

INTRODUCCION

El conflicto social, político y armado de nuestro país lleva más de 50 años, caracterizados por la presencia de una guerra materializada de diversas formas, desde la utilización del derecho como un instrumento de dominación de la clase que ostenta el poder, hasta la confrontación armada.

El derecho se ha convertido en una herramienta de extensión de la guerra, máxime en materia penal, la política criminal se aplica dentro del paradigma amigo-enemigo.

En este contexto, el presente proyecto de investigación, plantea analizar cuál es la política criminal que está implantando la justicia colombiana en torno a la comisión de delitos políticos y como se ha llevado un proceso de desnaturalización de este tipo de conducta mediante la institucionalización de la justicia penal de emergencia.

1. TITULO

“JUSTICIA PENAL DE EMERGENCIA, GUERRA Y DELITOS POLITICOS”

1.1 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.1.1 Pregunta general:

¿Cuál es el papel de la política criminal Colombiana en el desarrollo del conflicto social político y armado?

1.1.2 Preguntas específicas:

- ¿Qué tipo de justicia penal se ha aplicado en Colombia en el contexto de la guerra?
- ¿Cómo se ha aplicado la legislación penal de emergencia en Colombia?
- ¿Cómo se ha desarrollado el delito político y su tratamiento en el país con la aplicación de este modelo de justicia?
- ¿Qué consecuencias ha generado la justicia penal de emergencia en el conflicto social, político y armado colombiano?
- ¿Qué propuestas se requieren para construir una política criminal para la paz con justicia social?

1.2 OBJETIVOS

1.2.1 Objetivo general. Analizar la política criminal Colombiana en el desarrollo del conflicto social, político y armado.

1.2.2 objetivos específicos:

- Analizar la justicia penal aplicada en Colombia en el contexto de la guerra.
- Identificar la legislación penal de emergencia que se ha aplicado en Colombia.
- Establecer el desarrollo del delito político y su tratamiento en el país con la aplicación de la justicia penal de emergencia.
- Determinar las consecuencias que ha generado la justicia penal de emergencia en el conflicto social, político y armado colombiano.
- Construir propuestas para una política criminal para la paz con justicia social.

1.3 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El ordenamiento jurídico colombiano posee hoy por hoy un reto, enfocar todas sus estructuras normativas hacia la búsqueda de la paz con justicia social que necesita nuestro país, empero, hablar del derecho a la paz como un bien supremo de toda la sociedad, no es un tema sencillo, puesto que todos los dispositivos políticos y jurídicos han sido enfocados a perpetuar la guerra.

Por ello, es de especial importancia analizar como el derecho y en si el derecho penal se ha convertido en una extensión de la violencia por parte del estado en medio del conflicto social, político y armado.

La existencia del conflicto ha desarrollado una política criminal estatal que se ha encargado de agudizar el tratamiento jurídico y político que se brinda al mismo a través de la institucionalización del derecho penal de emergencia.

La justicia penal de emergencia como respuesta estatal ante el inminente conflicto no ha contribuido a solucionar la crisis social, por el contrario la ha acentuado, el derecho penal del enemigo y el eficientísimo penal como sus manifestaciones, han marginado, excluido, reprimido a personas o al grupo de personas que disienten de la propuesta política del régimen. Lo preocupante de este modelo, es que propicia desde su propia normatividad la desinstitucionalización de la función penal.

Este tipo de justicia, como doctrina de la razón de estado, tiene una contraposición y es el derecho de resistencia, “concebido como derecho natural de grupos sociales organizados o de todo el pueblo a oponerse por cualquier medio (incluso con el delito político o hasta el regicidio) al ejercicio abusivo y tiránico del poder estatal”¹.

En Colombia el desarrollo del derecho a la resistencia ha configurado la comisión constante de delitos políticos, incluso mediante la creación de guerrillas que disputan el poder mediante el alzamiento armado.

La asociación del tipo penal de terrorismo a los delitos políticos constituye una orientación en la política criminal enfocada a disolver el tratamiento benigno que debería brindar al estado a este tipo de delitos, lo que implica un desconocimiento legal de las posibilidades de autoritarismo en un estado.

El conflicto colombiano, con la crisis social y con la confrontación armada deja entrever que el ordenamiento jurídico en Colombia no se ajusta a las necesidades reales de la sociedad, por eso es necesario preguntarse ¿Cómo se introdujo este

¹ DEFENSORIA DEL PUEBLO. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: http://www.defensoria.org.co/red/anexos/pdf/02/ac/conceptos03_1.pdf

modelo de justicia de emergencia y que consecuencias nos ha dejado en nuestra historia? ¿Cómo se ha desarrollado el delito político y su tratamiento en el país con la aplicación de este modelo de justicia? Y sobre todo cuál es la salida, la solución para acabar con esta guerra fratricida?

La crisis del ordenamiento jurídico y político por la existencia de para estados refleja que son múltiples los actores que en un determinado territorio deciden, evitar el diálogo y la búsqueda de la solución política, del diálogo perpetua la guerra en nuestro país indefinidamente

Inclusive se ha llegado a plantear si realmente Colombia consolidó el proceso de instauración del estado o si se continúa en una fase de guerra donde no existe monopolio ni de la fuerza ni de las armas, sino por el contrario una disputa interna por lograr el poder político y el control institucional.

La historia de sangre y fuego que en diferentes momentos ha caracterizado a nuestro país permite establecer como prioridad la búsqueda de una solución política al conflicto social y armado. Urge por el bienestar de todo el pueblo Colombiano, construir un nuevo pacto político que retome los pilares para la conformación de una sociedad realmente democrática, urge la anteposición de la necesidad de la paz sobre los intereses particulares de mantener la guerra, la política criminal debe reestructurarse y crear bases para una paz estable y duradera, donde la sanción no sea la respuesta estatal ante la crisis social y humanitaria.

Ante el caos, ante la excepcionalidad no es factible imponer el decisionismo del estado en crisis, la paz como una exigencia ineludible debe ser producto de un gran acuerdo nacional que propenda por establecer unos mínimos preceptos para lograr la conformación de un estado, para instaurar una Colombia democrática, donde disentir sea una posibilidad, un derecho que no sea acallado por mecanismos estatales o irregulares.

2. MARCO REFERENCIAL

2.1 MARCO CONCEPTUAL

2.1.1 Política criminal. "No es posible determinar quién usó por primera vez el concepto de Política Criminal: algunos autores creen que fue Feuerbach o Henke, aunque Beccaría fue el punto inicial de esta corriente en 1764 con su obra "De los delitos y de las penas". La política criminal se extendió desde Italia con Beccaria a Inglaterra con Bentham, a Francia con Berenger y Bonneville y a Alemania con Feuerbach y Henke.

En el año 1889 Fran Von Liszt, Van Hamel y Adolfo Prins fundaron la Unión internacional de Derecho Penal, pero fundamentalmente Fran Von Liszt fue el mentor de la Escuela de la Política Criminal o Escuela Pragmática, Sociológica y Biosociológica y con esta escuela se inició la política criminal sistemática o científica.

Fran Von Liszt diferenció la Política Social de la Política Criminal. La primera tenía por objeto la supresión o restricción de las condiciones y fenómenos sociales de la criminalidad, mientras que la segunda se ocupaba de la delincuencia en particular y de que la pena se adaptase en su especie y medida al delincuente, procurando impedir la comisión de crímenes en el futuro.

Von Liszt refirió el alcance de la Política Criminal a la apreciación crítica del derecho vigente y a la programación legislativa y a la programación de la acción social. El núcleo de la Política Criminal era la lucha contra el crimen pero no debía quedar restringida al área judicial o del Derecho Penal sino que debía extenderse a los medios preventivos y represivos del Estado.

Los principales objetos de la Política Criminal según Liszt eran:

La máxima eliminación de las penas cortas de prisión y el frecuente uso de la multa; La aplicación de la condena condicional donde fuere practicable; La ejecución de medidas educativas para jóvenes delincuentes; La atención primordial a la naturaleza del criminal y de sus motivaciones; La consideración del Estado Peligroso; La profilaxis de la inclinación criminal en desarrollo (habitualidad y aprendizaje criminal); Formación profesional del personal penitenciario y del de la administración del Derecho Penal; La recepción de medidas de seguridad para aquéllos supuestos en que lo aconsejaba el estado mental o la posibilidad de readaptación o corrección del delincuente. Los principios de Política Criminal fueron receptados por muchos códigos y anteproyectos, priorizando la naturaleza de los móviles del delincuente y los tipos de criminales: ocasionales, habituales y por predisposición con la consecuente individualización de la pena.

El profesor Eugenio Raúl Zaffaroni nos recuerda, que “La política criminal es un capítulo de la política general, que si bien tiene –como toda política sectorial- su aspecto técnico, éste no puede obviar los objetivos generales dentro de los que debe enmarcarse.

Por consiguiente, cuando la política criminal se concreta en normas penales, éstas deben interpretarse conforme a la pauta política general o, al menos, no contradecirla. La ciencia jurídico-penal interpreta estas normas para proyectar su aplicación racional mediante decisiones judiciales, o sea que aspira a orientar actos de un poder del estado (sentencias) que también son actos de gobierno. Por consiguiente, todo concepto jurídico-penal es políticamente funcional, como inevitable dato de realidad e independientemente de que quien lo formula tome consciencia de ello.

La tarea de la ciencia penal de nuestra región resulta, por ende, más compleja que la alemana, pues: a) por imperio constitucional debe orientarse al restablecimiento de la paz social; b) no puede pasar por alto que los defectos y perversiones de sus sistemas penales no lo hacen el instrumento mecánicamente idóneo para ello; c) ni que el propio sistema penal suele contribuir a aumentar y agravar la conflictividad. d) Pese a ello debe paliar la selectividad extrema del poder punitivo, que retarda la incorporación a la ciudadanía real. Y, e) Debe observar con especial atención la contención del poder punitivo del estado, para preservar los espacios críticos necesarios al desarrollo social democrático. Este último aspecto debe ser particularmente subrayado, dada la larga experiencia autoritaria de abuso del poder punitivo, que llevó incluso a la comisión de crímenes de lesa humanidad. De allí que todo sistema que se construya en nuestra región requiera una particular insistencia en las garantías penales tradicionales²

La corte constitucional en sentencia c-936 de 2010 define a la política criminal como “el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción”. La jurisprudencia constitucional ha reconocido así mismo que la política criminal puede ser articulada por el Legislador a través de la expedición de normas. En este sentido indicó que: “la legislación penal es manifestación concreta de la política criminal del Estado”, y que “la decisión política que determina los objetivos del sistema penal y la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados, se plasma en el texto de la ley penal”. Así mismo, se precisó que “la norma penal, una vez promulgada, se independiza de la decisión política que le da origen, conservando la finalidad buscada por su redactor en el elemento teleológico de la norma”.

² ZAMBRANO, Alfonso. La política criminal del siglo XXI. Ecuador: s.n., 2000. pp. 5-7.

Entre las distintas medidas normativas que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, forman parte del concepto de “política criminal”, se encuentran: (a) las que definen los bienes jurídicos que se busca proteger por medio de las normas penales, a través de la tipificación de conductas delictivas, (b) las que establecen los regímenes sancionatorios y los procedimientos necesarios para proteger tales bienes jurídicos, (c) las que señalan criterios para aumentar la eficiencia de la administración de justicia, (d) las que consagran los mecanismos para la protección de las personas que intervienen en los procesos penales, (e) las que regulan la detención preventiva, o (f) las que señalan los términos de prescripción de la acción penal. Así mismo ha reconocido esta Corporación que “las normas del Código de Procedimiento Penal son un elemento constitutivo la política criminal en tanto instrumento para su materialización, puesto que regulan las formas y los pasos que deben seguir quienes ejecuten dicha política en la práctica”. Según lo ha determinado la jurisprudencia de esta Corte, una parte integrante del proceso de diseño y adopción de políticas públicas en materia criminal es la utilización de instrumentos normativos, tales como el Acto Legislativo No. 3 de 2002, el cual no se limitó a efectuar reformas menores a la Fiscalía creada por la Constitución de 1991. La voluntad del Congreso al expedirlo, en ejercicio de su función constituyente y de su potestad de diseñar y adoptar la política criminal del Estado, fue de amplio espectro al punto que se orientó a instituir un “nuevo sistema” de investigación, acusación y juzgamiento en materia penal, en el cual se inscribe como figura estelar el principio de oportunidad. En este sentido ha señalado también la jurisprudencia que “el concepto de política criminal comprende la respuesta penal tradicional al fenómeno criminal”. Y si bien las leyes penales pueden ser la expresión de una política, dado su carácter de normas jurídicas deben obviamente respetar la Constitución. De modo que cuando una política pública es formulada en un instrumento jurídico, se debe respetar el ordenamiento superior. En materia penal este imperativo resulta todavía más claro que en otros ámbitos de las políticas públicas, toda vez que se trata de una esfera del orden normativo en el que los derechos fundamentales se encuentran particularmente implicados ya sea desde el punto de vista del imputado o de la víctima, y el interés de la sociedad se encuentra igualmente comprometido. El margen del órgano que adopta la política pública es más amplio o reducido según sean mayores y más detallados los condicionamientos fijados en la Constitución al respecto.

La Corte ha reconocido que existe una estrecha relación entre la Constitución y la política criminal, que parte de la idea de la “constitucionalización” de aspectos medulares del derecho penal, tanto en materia sustantiva como procedimental. Al respecto señaló la Corporación: “De un lado, encontramos el problema de la relación entre la Constitución y la política criminal del Estado, o si se quiere, entre el derecho constitucional y el derecho penal, (...). “Así, ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su

alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el ius punendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas”

2.1.2 Derecho penal de emergencia. Para entender el fenómeno de la emergencia es necesario analizar el fenómeno político y jurídico de la excepción que explica como un ordenamiento jurídico establecido puede sobrevivir en un contexto históricamente marcado por la violencia.

La emergencia suele ser definida en el plano de la doctrina constitucionalista como un "accidente súbito que sobreviene en la vida de un ciudadano o de una sociedad y que en éste caso puede llegar a poner en peligro la estabilidad o la vida mínima del sistema constitucional. La emergencia está emparentada con el estado de necesidad, el caso fortuito o la fuerza mayor. Con éste pueden ser fuentes de derecho y obligaciones, pero sólo si están previstos como tal en una norma jurídica: no pueden tener un carácter supra legal o lo que es peor aún supra constitucional. (Ekmekdjian, 1993, p.259).

Para todas las democracias occidentales existe una separación funcional del poder público, de tal forma que el desarrollo de políticas legislativas penales (la producción de la política criminal) es establecida en principio como una tarea del órgano legislativo, pero en la realidad anormal, es decir en la emergencia, se genera un desplazamiento radical de esa función legislativa al poder ejecutivo, quien produce la política criminal o por lo menos la política criminal de emergencia. El estado de excepción coloca en el centro la tensión entre guerra y derecho, entre orden y violencia, entre democracia y violencia. Es justamente la apelación sistemática a la figura de excepción, aquello que ha generado en Colombia una cultura de emergencia como correlato de la justicia penal de emergencia³

Para entender las implicaciones jurídico penales de la excepcionalidad, es necesario revisar los planteamientos de Carl Schmitt, para quien la excepción alcanza un sentido absoluto, globalizante.

La exacerbación del valor de lo excepcional significa en la práctica que la tensión entre autoridad y libertad, consustancial al problema del estado de excepción, se resuelve siempre a favor de la primera. Para Schmitt, mientras

³ APONTE, Alejandro David. Guerra y derecho penal del enemigo. Aproximación teórica al a dinámica del derecho penal de emergencia en Colombia. Bogotá: Estudios ocasionales Cijus, 1999. p.18.

que en un estado normal la soberanía radica en la libertad, en un estado de excepción, la soberanía yace exclusivamente en el estado⁴

“La ley es el estado y lo que él manda” retomando a Hobbes Schmitt plantea uno de los aspectos más discutidos de su obra: la posibilidad de ser suspendido el orden jurídico existente, cuando tiene lugar el caso excepcional”*

“Frente al caso extremo el derecho se separa del estado, al mismo tiempo que la decisión que suspende al derecho adquiere un carácter absoluto: La existencia del estado confirma sin duda, una superioridad sobre la validez de la norma jurídica.

...Lo verdaderamente relevante, es la autoridad que declara el estado de excepción y que dicta las medidas que lo desarrollan; no importan como se tome la decisión, importa quien se encuentra en ese momento en capacidad para tomarla. La decisión no requiere ser fundamentada, su fundamentación yace en ella misma, es absoluta: La fuerza jurídica de la decisión, es algo diferente al resultado de su fundamentación.

“No existe ninguna norma aplicable al caos, el orden tiene que ser restablecido”⁶

“Para Zaffaroni la legislación penal de emergencia, tiene las siguientes características:

- a) se funda en un hecho nuevo, pretendidamente nuevo o extraordinario.
- b) la opinión pública reclama una solución a los problemas generados por tal hecho.
- c) la ley penal no resuelve el problema, pero tiene por objeto proporcionar a la opinión pública la sensación de que tiende a resolverlo o a reducirlo.
- d) adopta reglas que resultan diferentes de las tradicionales en el Derecho Penal liberal, sea porque lo modifican en su área o en general, porque crean un Derecho Penal especial o alteran el Derecho Penal general

En este sentido, las leyes penales frontalistas, transnacionalizadas y renormalizantes son Derecho Penal de emergencia, al tiempo que son fuente de legislación penal creciente.

Las emergencias no son nuevas en los discursos legitimantes del poder punitivo: por el contrario, éste renace para quedarse durante el resto del milenio y proyectarse al próximo, confiscando a las víctimas, en la Edad Media (siglos XI y XII) justamente con una emergencia: el ataque de Satán y las brujas.

⁴ Ibíd., p. 21.

* “No todas las facultades extraordinarias o las medidas de policía establecidas para caso de emergencia, constituyen de hecho el estado de excepción. Si este estado tiene lugar, está claro que el estado permanece vigente, mientras el derecho retrocede” Carl Schmitt

⁶ APONTE, Óp. Cit., p. 26.

Las transnacionalizadas tienden a ser males cósmicos que, por ende, requieren soluciones extremas y no convencionales. De allí la Inquisición, que deroga el acusatorio y la legalidad, como principios que se implican recíprocamente. A ello se agrega el defensor (siempre se trata de un discurso de defensa), el simplismo conceptual, la renuncia a los planteos fundamentales y el desprecio por toda la doctrina que no los legitime.

La cuestión finca en que el Derecho Penal de emergencia y la creciente legislación penal que lo acompaña (y la que se produce fuera de su ámbito) responde a ideologías políticamente antiliberales que van marcando una tendencia que pone en peligro al Estado de Derecho, amenazado por el poder arbitrario que esas leyes otorgan a las agencias ejecutivas del sistema penal⁷.

2.1.3 Derecho penal del enemigo. “El concepto de enemigo, tiene origen en el derecho romano y el autor que con mayor coherencia trabajó el tema en la teoría política fue Carl Schmitt quien, por otra parte, no hizo más que rescatar y precisar el tradicional concepto proveniente del derecho romano.

Para este teórico del estado absoluto el enemigo no es cualquier sujeto infractor, sino el otro, el extranjero y basta a su esencia que sea existencialmente, en un sentido particularmente intensivo, algo otro o extranjero, de modo que, en el caso extremo sean posibles con él conflictos que no puedan ser decididos ni a través de un sistema de normas preestablecidas ni mediante la intervención de un tercero descomprometido y por eso imparcial.

Este concepto bien preciso de enemigo se remonta a la distinción romana entre el inimicus y el hostis, donde el inimicus era el enemigo personal, en tanto que el verdadero enemigo político sería el hostis, respecto del cual se plantea siempre la posibilidad de la guerra, como negación absoluta del otro ser o realización extrema de la hostilidad. El extranjero, el extraño, el enemigo, el hostis, era el que carecía de derechos en absoluto, que estaba fuera de la comunidad.

La palabra hostis proviene de la raíz sánscrita ghas-, que alude a comer, lo que explica su origen común con hostería. Hostire también significa matar y hostia tiene el sentido de víctima. La pena máxima en muchas sociedades era la expulsión de la comunidad, el exilio, la pérdida de la paz (dieFriedlosigkeit), justamente por dejar al sujeto en la situación de extranjero, extraño, enemigo, privado de todo derecho.

Del propio derecho romano surgieron los ejes troncales que habrían de servir de posteriores soportes a todas las subclasificaciones del hostis tomadas en cuenta

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Creciente Legislación Penal y los Discursos de Emergencia. en Varios Autores, «Teorías Actuales en el Derecho Penal. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc Editores, 1998. pp. 613-620

para el ejercicio diferencial del poder punitivo y racionalizado por la doctrina penal. Estas categorías se remontan a las dos originarias del derecho romano: (a) la del hostis alienígena –al que en escasa pero alguna medida protegía el ius Gentium- y (b) la del hostis iudicatus, o sea, el declarado hostis en función de la Auctoritas del senado, que era un poder excepcional: en situaciones excepcionales, en las cuales un ciudadano romano amenazaba la seguridad de la República por medio de conspiraciones o traición, el senado podía declararlo hostis, enemigo público...

El enemigo declarado (hostis iudicatus) configura el núcleo del tronco de los disidentes o enemigos abiertos del poder de turno, del que participarán los enemigos políticos puros de todos los tiempos. Se trata de enemigos declarados, no porque declaren o manifiesten su enemistad sino porque el poder los declara tales: no se declaran a sí mismos sino que son declarados por el poder. La institución del hostis iudicatus romano cumplía la función de dejar al ciudadano en condición semejante a la del esclavo, para hacerle aplicables las penas que estaban vedadas para los ciudadanos y la sustracción a la condena judicial mediante la expatriación hacía cesar automáticamente también la condición de ciudadano⁸.

Para Schmitt el enemigo no sería así, en principio un enemigo moral, ni un enemigo de carácter religioso: es aquel que se halla en capacidad de constituir una negación de la propia existencia. El enemigo es al mismo tiempo un enemigo público, los hombres individualmente no pueden tener enemigos en sentido político. Los odios en la esfera individual no se traducen en una confrontación de carácter político, enemigo no es pues el competidor o el adversario en general. Enemigo no es tampoco el rival privado al que se odia con sentimientos de antipatía. Tan solo aquello que tenga la intensidad para motivar el agrupamiento de los hombres entre amigos y enemigos, posee la fuerza de lo político, tan solo la eventualidad y la posibilidad de la confrontación de colectividades, expresa lo político. Por ello sintetiza Schmitt, enemigo es solo el enemigo público, porque todo lo que se refiere a dicha colectividad de personas y en especial, todo lo que se refiere a un pueblo en su totalidad llega a ser, por esa razón público. Enemigo es hostis y no inimicus⁹.

Jakobs es uno de los teóricos penales que desarrolla este planteamiento el cual ha recibido recurrentes críticas en su teoría del derecho penal del enemigo.

Jakobs plantea “Se denomina «Derecho» al vínculo entre personas que son a su vez titulares de derechos y deberes, mientras que la relación con un enemigo no se determina por el Derecho, sino por la coacción.

⁸ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. El enemigo en el derecho penal. Departamento de Derecho Penal y Criminología. Argentina: Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2006. p. 7.

⁹ APONTE, Óp. Cit., p. 38.

Ahora bien, todo Derecho se halla vinculado a la autorización para emplear coacción, y la coacción más intensa es la del Derecho penal. “En consecuencia, se podría argumentar que cualquier pena, o, incluso, ya cualquier legítima defensa se dirige contra un enemigo”¹⁰.

Tal argumentación cuenta con precursores filosóficos como Rousseau, Fichte, Hobbes y Kant.

“Son especialmente aquellos autores que fundamentan el Estado de modo estricto mediante un contrato; los que representan el delito en el sentido de que el delincuente infringe el contrato, de manera que ya no participa de los beneficios de éste: a partir de ese momento, ya no vive con los demás dentro de una relación jurídica”¹¹.

“Un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona. Y es que el estado de naturaleza es un estado de ausencia de normas, es decir, de libertad excesiva tanto como de lucha excesiva. Quien gana la guerra determina lo que es norma, y quien pierde ha de someterse a esa determinación”¹².

Por consiguiente se conoce un Derecho penal del ciudadano contra personas que no delinquen de modo persistente, por principio- y un Derecho penal del enemigo contra quien se desvía por principio; éste excluye, aquél deja incólume el status de persona. El Derecho penal del ciudadano es Derecho también en lo que se refiere al criminal; éste sigue siendo persona. Pero el Derecho penal del enemigo es Derecho en otro sentido. Ciertamente, el estado tiene derecho a procurarse seguridad frente a individuos que reinciden persistentemente en la comisión de delitos; a fin de cuentas, la custodia de seguridad es una institución jurídica. Más aún: los ciudadanos tienen derecho a exigir del Estado que tome las medidas adecuadas, es decir, tienen un derecho a la seguridad; El derecho penal del ciudadano protege la vigencia de la norma, el derecho penal del enemigo combate peligros¹³.

La amenaza sin duda es una pieza clave, que autoriza una reacción penal en aquello en el estadio previo a la comisión del delito.

La criminalización del estadio previo no solo representa un desorden en la noción de iter criminis, sino que significa ante todo, que el autor viene definido tan solo por el hecho de que puede constituir un peligro para el bien jurídico, con el añadido de que cabe anticipar, potencialmente sin límite alguno el comienzo de tal peligro. El autor no tiene ninguna esfera privada, ningún

¹⁰ JAKOBS, Gunter y CANCIO MELA, Manuel. Derecho penal del enemigo. Madrid: Thomson Civitas, 2003. p. 25.

¹¹ Ibíd., p. 26.

¹² Ibíd., p. 41.

¹³ Ibíd., p. 32.

ámbito para una conducta aun no relevante socialmente, sino que es concebido tan solo como fuente de peligro o en otras palabras como enemigo del bien jurídico tutelado. El delincuente es convertido en estas condiciones para Jakobs en un enemigo¹⁴.

El profesor Sanchez¹⁵ define el Derecho penal del enemigo como tercera velocidad, en el que coexistirían la imposición de penas privativas de libertad y, a pesar de su presencia, la flexibilización de los principios político-criminales y las reglas de imputación.

Cancio Mella manifiesta que:

El derecho penal del enemigo no estabiliza normas (prevención general positiva), sino demoniza determinados grupos de infractores; b) en consecuencia, el Derecho penal del enemigo no es un derecho penal del hecho, sino de autor. Hay que subrayar de nuevo que estas características no aparecen con esta nitidez negro sobre blanco en el texto de la Ley, sino que se encuentran sobre todo en diversas tonalidades grises. Pero parece que conceptualmente puede intentarse la diferenciación. El Derecho penal del enemigo prácticamente reconoce, al optar por una reacción estructuralmente diversa, excepcional, la competencia normativa (la capacidad de cuestionar la norma) del infractor; mediante la demonización de los grupos de autores implícita en su tipificación -una forma exacerbada de reproche- da resonancia a sus hechos. En consecuencia, la función del Derecho penal del enemigo probablemente haya que verla en la creación (artificial) de criterios de identidad entre los excluyentes mediante la exclusión.¹⁶

Igualmente Zaffaroni en contraposición a Jakobs plantea: “en el plano de la teoría política resulta intolerable la categoría jurídica de enemigo o extraño en el derecho ordinario (penal o de cualquier otra rama) de un estado constitucional de derecho, que sólo puede admitirlo en las previsiones de su derecho de guerra y con las limitaciones que a éste le impone el derecho internacional de los derechos humanos en su rama de derecho humanitario (legislación de Ginebra), habida cuenta que ni siquiera éste priva al enemigo bélico de la condición de persona.

Nuestra tesis es que el enemigo de la sociedad o extraño, es decir, el ser humano considerado como ente peligroso o dañino y no como persona con autonomía ética, desde la teoría política, sólo es compatible con un modelo de estado absoluto total y, por ende, que las concesiones del penalismo han sido, en definitiva, rémoras absolutistas que la doctrina penal ha puesto como piedras en el sendero de la realización de los estados constitucionales de derecho.

¹⁴ APONTE, Óp. Cit., p. 33.

¹⁵ SÁNCHEZ, M. El tratamiento del delito político en Colombia: un legado de su tradición Jurídica. Realidades y tendencias del derecho en el siglo xxi (448-477). Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, 2010.

¹⁶ JAKOBS y CANCIO MELA, Op. Cit., p. 91.

Las racionalizaciones de la doctrina penal para ocultar la admisión de la categoría de enemigo en el derecho penal, leídas desde la teoría política, son concesiones del estado liberal al estado absoluto, que debilitan el modelo orientador del estado de derecho, que es la brújula indispensable para marcar la dirección del esfuerzo del poder jurídico en su tarea de permanente superación de los defectos de los estados de derecho reales o históricos. Si entregamos los instrumentos de navegación del poder jurídico de contención de las pulsiones autoritarias -normales en todo estado de derecho real-, el poder jurídico queda privado de cualquier posibilidad de eficacia no sólo táctica sino incluso estratégica¹⁷.

De igual manera Ferrajoli plantea:

La razón jurídica del estado de derecho, en efecto, no conoce amigos ni enemigos, sino solo culpables e inocentes. No admite excepción a las reglas más que como hecho extra o antijurídico, dado que las reglas (si se las toma en serio como reglas y no como simples técnicas) no pueden ser doblegadas cada vez que conviene. Y en la jurisdicción el fin nunca justifica los medios, dado que los medios es decir las reglas y las formas, son las garantías de verdad y de libertad y como tales tienen valor para los momentos difíciles más que para los fáciles; en cambio, el fin no es ya el éxito a toda costa sobre el enemigo, sino la verdad procesal obtenida solo por su medio¹⁸

La corte constitucional en sentencia C939 del 2002 manifestó: “En un Estado social de derecho, fundado en la dignidad humana y en la libertad y autonomía de las personas (CP arts. 1º, 5º y 16) resulta desproporcionado que el Legislador opte por el derecho penal para amparar bienes jurídicos de menor jerarquía que la libertad autonomía personales. Y es que el derecho penal en un Estado social de derecho tiene el carácter de última ratio, por lo que, resultan inconstitucionales aquellas penalizaciones que sean innecesarias. Así lo reiteró esta Corte, en la sentencia C-647 de 2001, MP Alfredo Beltrán Sierra, fundamento 4º, en donde señaló que “el derecho penal en un Estado democrático sólo tiene justificación como la última ratio que se ponga en actividad para garantizar la pacífica convivencia de los asociados”, por lo cual la “utilidad de la pena, de manera ineluctable, supone la necesidad social de la misma; o sea que, en caso contrario, la pena es inútil y, en consecuencia, imponerla deviene en notoria injusticia.” Por consiguiente, como consecuencia ineluctable de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, es claro que existen comportamientos, que por no afectar ningún bien jurídico de importancia, se encuentran excluidos del poder punitivo del Estado. Como se explicó en aparte anterior, la razón de estos límites materiales al derecho penal es que éste implica una afectación muy intensa de la libertad de las personas, por lo cual, sólo se justifica su presencia cuando se trate de amparar bienes jurídicos de mayor trascendencia que la propia libertad.

¹⁷ ZAFFARONI, Op. Cit., p. 2.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Madrid: Trotta, 1995. p. 821.

c) En la lucha contra el terrorismo, la sociedad de riesgo ha creado lo que Gunther Jakobs denomina “el derecho penal del enemigo”, que se caracteriza por ver al infractor no como un ciudadano que desconoce la vigencia de las normas sociales, sino como un enemigo de la sociedad a quien hay que responder con todas los instrumentos de control formal de que dispone el Estado. Este derecho penal, que Jakobs ha criticado en diversas oportunidades, se caracteriza básicamente por (i) la anticipación del ejercicio del ius punendi a un estado previo a la lesión de bienes jurídicos, (ii) por la exacerbación de las penas y (iii) la supresión de las garantías procesales.

Pues bien, esa “política criminal” facilista, consistente en afrontar únicamente la criminalidad con una estrategia simple –incrementos de pena inaplicables- es incompatible con dos de los principios que rigen los estados de excepción, a saber: (i) con el de finalidad, porque estas medidas no apuntan realmente al restablecimiento del orden público, sino que buscan fines no declarados de la pena, como el de crear la apariencia de que se está enfrentando el terrorismo, y (ii) con el de proporcionalidad, porque si las penas no van a ser aplicables finalmente en virtud del principio de favorabilidad, resulta desproporcionado derivar de ella consecuencias procesales, como la variación de las medidas preventivas durante el proceso”.

2.1.4 Eficientísimo penal. Es una de las manifestaciones del derecho penal de emergencia que pretende atacar al enemigo interno creado por el legislador de excepción (El terrorismo y el crimen organizado) de manera eficaz.

Se trata entonces de que el ejecutivo debe crear una justicia penal eficaz como mecanismo para evitar la crisis en la administración de justicia.

“El eficientismo penal ve a la eficacia como un cometido exclusivo de la función de justicia penal, ha hecho surgir una tensión cada vez más dramática entre eficacia o eficiencia y derechos fundamentales y garantías. El eficientismo penal es aquella tendencia del derecho penal que privilegia la eficiencia sobre los derechos y las garantías y que ve en estos un obstáculo para el ejercicio efectivo de la función penal.

La concepción de eficacia que se maneja en relación con la legitimación política y jurídica que se ha hecho en modelos como la justicia regional (justicia sin rostro) ha sido sobre todo la noción de eficacia entendida como la producción a toda costa de sentencias condenatorias. Es decir la eficacia ha sido concebida, especialmente por el ejecutivo y luego de manera generalizada en otros ámbitos institucionales como en sectores de la fiscalía y en algunos despachos de la sala penal de la corte suprema de justicia y de la corte constitucional, como sinónimo de condena. La eficacia ha obrado como fin absoluto, sin atención real a los medios utilizados para su logro. Se presenta un número abstracto de resultados

(las sentencias condenatorias) que mostrarían la supuesta eficacia del sistema judicial, sin tener en cuenta en ningún caso la manera como se ha llegado a ese número de sentencias. Es decir se da a conocer un resultado final, abstracto eludiendo la realidad de negación cotidiana de derechos y garantías por parte de la justicia penal de emergencia. En todos los años de la vigencia de la justicia sin rostro, ha sido sintomático el uso de estadísticas, que terminan produciendo un efecto social apenas simbólico, pues el ciudadano común no observa ningún cambio real en la dinámica cotidiana de la violencia que lo amenaza”¹⁹

El eficientismo penal constituye un nuevo modelo de derecho penal de emergencia. Se trata sobre todo de un modelo con marcada vocación instrumental, que agencia en su dinámica práctica una justicia penal igualmente instrumental. La administración de justicia adquiere ese carácter, en tanto tiende a servir a intereses particulares situados en el ámbito de decisiones políticas coyunturales, pragmáticas o meramente partidistas; o en tanto pretende dar respuesta a exigencias que se originan en otros ámbitos, como es el caso por ejemplo de aquellas que surgen del conflicto armado interno crónico que vive el país. El derecho penal fruto del eficientismo constituye por ello un derecho penal altamente politizado, se trata de un derecho penal político.²⁰

En el caso Colombiano, además de darse el fenómeno de un derecho penal político instrumental, se trata en general de una forma muy especial de la acción política: de la política concebida y vivida fundamentalmente como confrontación irreductible entre enemigos. De esta forma la justicia penal eficientista se expresa a través de un derecho penal que no es concebido y utilizado en la práctica como ultima ratio sino, al contrario como prima ratio, que tiende a ser movilizad o con el propósito de resolver problemas económicos, sociales o políticos. Es un modelo que tiende a ser totalizante, respecto no solo del sistema derecho penal sino del sistema del derecho en general²¹

“Al serle impuesta al sistema penal la obligación de producir ante todo sentencias condenatorias y al hacerse ello bajo el supuesto de la eficacia, se propicia el que todo a nombre de la eficacia, se convierta en válido”²²

La decisión del soberano es la que por sí sola le otorga validez a las normas de excepción independientemente de su contenido, en este sentido la decisión se convierte en absoluta.

“En este sentido, parece evidente, en lo que se refiere a la realidad del Derecho positivo, que la tendencia actual del legislador es la de reaccionar dentro de

¹⁹ APONTE, Op. Cit., p.12.

²⁰ Ibíd.

²¹ Ibíd., p. 16.

²² Ibíd., p. 29.

muchos sectores diversos de regulación en el marco de la «lucha» contra la criminalidad, es decir, con un incremento de las penas previstas”.²³

2.1.5 Delito político. La noción del delito político se ha adaptado a los diferentes regímenes políticos de los pueblos, regímenes que han variado y varían constantemente:

“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 del 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 de 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 del que se tiene noticia, fue el llamado parricidium. Ambos eran castigados con la pena de muerte, aplicada 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.

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, ósea 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 de 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 aun 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 de su persona, a su nombre o a su efigie. Y al poco tiempo que se multiplicaban las figuras

²³ Ibíd., p. 71.

delictivas se hacían más rigurosos los procedimientos y más generalizada la aceptación de pruebas privilegiadas²⁴.

Pese a las particularidades de cada régimen, en su desarrollo el delito político se divide en dos fases: “la primera comprende todo el periodo anterior del siglo XIX y se remonta hasta la época romana y la segunda inicia con la revolución francesa. En el derecho clásico propiamente dicho se reservaba a los delitos políticos las penas más severas y se les consideraba, según la expresión consagrada por la mayor parte de autores como delitos de derecho común calificado.

Los delincuentes políticos, después de haber sido sometidos a los suplicios más refinados, eran finalmente condenados a muerte.

La revolución francesa abolió todos los suplicios y declaró que la pena de muerte no constituía más que una simple privación de la vida. Según Garçon²⁵ a partir de este acontecimiento político, el derecho represivo o de represión del siglo XIX se liberó de sus antiguos principios y por tanto los responsables son perseguidos con menor rigor.

En Efecto así como lo afirmó el maestro Carrara, se puede decir que: “El delito político no se define por verdades filosóficas, sino más bien por el predominio de los partidos o de la fuerza, o por la suerte de una batalla”²⁶

La resistencia contra el orden jurídico que los ciudadanos consideren injusto, es una de las tradiciones históricas en la cual ha oscilado el delito político, expuesta como quedó la resistencia es trasunto de un supuesto derecho natural de los grupos sociales a resistirse a un ordenamiento jurídico injusto, al ejercicio abusivo y tiránico del poder estatal²⁷.

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 el guarden los ciudadanos.

El concepto de razones de estado es reciente, data de las posiciones políticas absolutistas del siglo 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,

²⁴ PACHECO OSSORIO, Pedro. Delitos contra el Estado. Bogotá: Temis S.A., 1986. p. 77.

²⁵ ZARATE, Luis Carlos. El delito político. Bogotá: Ediciones librería del profesional, 1996. p. 3.

²⁶ CARRARA, Francesco. Programa de derecho criminal. Parte especial Vol. VII Trad Ortega Torres, José Jorge y Guerrero Jorge. Bogotá: Temis, 1978. p. 523.

²⁷ FERRAJOLI, Op. Cit., Traducción de Ibáñez Perfecto Andrés, Ruiz Miguel Alfonso, Bayon Mohino Juan Carlos, Teradillos basoco Juan y Cantarero Brandres Rosio. Madrid: Trotta S.A., 1995. p. 811.

se encuentra presente en textos como el príncipe de Maquiavelo, las obras de Juan Bodino, Hegel y Carl Schmitt y frente al tema del delincuente político todos 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 el, se estructure todo un aparato inspirado en el derecho penal del enemigo.

El delito político pertenece a la categoría de los hechos políticos. Su razón de ser es la política misma, por ello es tan difícil distinguir un delito político del derecho común". Dice Vidal "Lo que distingue el delito político del delito común es que el primero no causa herida, daño, detrimento en el estado considerado en su organización política, en los derechos propios del estado; Cuando un delito lesiona a la vez los derechos de dos especies, es un delito concurrente o un delito político relativo, complejo o conexo.....[.] la doctrina y la jurisprudencia distinguen generalmente entre:

- Los delitos políticos puros, simples, específicos según los autores.
- Los delitos políticos relativos o concurrentes, sean los delitos que lesionan desde el punto de vista objetivo, un individuo o el estado como persona privada, pero que, desde el punto de vista subjetivo, en la intención de sus autores tienen la política por móvil, efecto u ocasión, estos delitos se distinguen en dos categorías:
 - Los delitos políticos complejos o mixtos, caracterizados por un acto único desde el punto de vista material, pero lesionando a la vez derechos de orden político y de los intereses privados.
 - Los crímenes o delitos de derecho común conexos a un delito político o a un fin político.

El delito político por lesionar directamente y exclusivamente al estado, el delito político complejo lesiona al estado no menos directamente, pero por la naturaleza misma de sus verdaderos derechos, el estado no puede ser atacado sin lesionar intereses privados. Los delitos complejos violan a la vez el derecho común y el derecho político y que los delitos conexos violan los derechos individuales con un fin político²⁸

Lo que separa a los delincuentes comunes de los delincuentes políticos, lo que los distingue esencialmente, son los móviles que los haya determinado en su acción ilícita. En los primeros, los móviles son de interés egoísta y antisocial. En los segundos sobresale su naturaleza social, noble, altruista o de carácter elevado inspirado en el servicio público o de interés general. Además hay que tener en cuenta su temporalidad, pues mientras el delito político desaparece con las instituciones que ha combatido, o cuando no tiene razón para combatirlas, el delito común es persistente a través de los siglos... Es preciso revisar los motivos y los fines perseguidos por quien ataca la organización política. Sin embargo para definir la característica que diferencia al delincuente político del delincuente común, no basta concretar el móvil de

²⁸ ZARATE, Op. Cit., p.3.

naturaleza política o social que indujo los actos del infractor de la norma sino que además es necesario tener en cuenta el bien o interés jurídico atacado²⁹

2.1.6 Delito contra el régimen constitucional y legal. “El código penal en su título XVIII tipifica la rebelión, la sedición y la asonada.

El término rebelión deriva de la locución latina “rebelio onis” y quiere decir levantamiento, sublevación de algunos contra el gobierno constituido, o acción de impedir con violencia la ejecución de las órdenes emanadas de la autoridad pública.

Dicha infracción en opinión de Manzini, constituye una figura del derecho moderno, ya que el derecho romano no contemplaba como delito de estado la modificación de su forma o de su organización; en el derecho romano, el hecho en sí no era incriminable. En la época republicana, a esta regla presentaron una excepción las normas contra la tentativa de restaurar la monarquía y ciertas leyes protectoras de la constitución plebeya. Pero tales excepciones perdieron su valor bajo la dictadura del César y bajo el principio insaturado por Augusto. En aquel tiempo la tentativa de reestablecer la constitución republicana o de sustituir al gobernante por otra persona, se la consideraba sin duda como crimen de lesa majestad, pero en relación a la persona no a la constitución. Dicho criterio se consolida cada vez más a medida que fue desvaneciéndose más y más el recuerdo de la antigua república. En nuestro derecho se ha mantenido la tradición romana.

El delito de rebelión es uno de aquellos que la doctrina denomina “plurisubjetivo”, ya que se exige la presencia de varias personas que realicen la conducta descrita en la ley penal para que dicha conducta pueda considerarse como típica.

La conducta característica del delito de rebelión está constituida por los siguientes elementos:

- a. Los sujetos comprometidos deben actuar a través de un alzamiento en armas, concepto que implica un levantamiento colectivo, público, más o menos tumultuoso, pero con ciertos rudimentos de organización impuesto a, sobre todo por su finalidad común y armado.
- b. Ese alzamiento en armas debe tener como finalidad próxima cualquiera de las siguientes circunstancias: Derrocar el gobierno nacional legalmente constituido, cambiar o suspender en todo o en parte el régimen constitucional existente en lo que se refiere a la formación, funcionamiento o renovación de los poderes

²⁹ Ibíd., p.155.

públicos u órganos de la soberanía. Es decir todo aquello que tienda a transformar esencialmente las instituciones adoptadas por la constitución.

Conforme a lo dicho anteriormente es pues elemento característico del delito de rebelión el dolo específico, ya que la ley exige a aquella particular finalidad que el agente se propone obtener.

El objeto de la tutela en el delito de rebelión, es el régimen constitucional, es el interés concerniente a la personalidad interna del estado, en cuanto conviene garantizar la seguridad del presente ordenamiento contra las tentativas de innovaciones ilegítimas

El delito de rebelión es delito de peligro, a través del cual el legislador ha tratado de proteger intereses colectivos de tal importancia, que no es posible a aguardar a que sean destruidos para sancionar al infractor, sino que los resguarda incluso de conductas que puedan afectarlos; lo anterior significa que para que la infracción quede consumada, no es necesaria. Se requiere una manifestación externa, constituida por ese mismo alzamiento en armas y en virtud de la cual se inicia y se agota la rebelión.

El delito no admite tentativa ya que todo acto idóneo e inequívoco encaminada a promover la acción insurreccional armada es suficiente para el perfeccionamiento del delito, ósea que se perfecciona desde los actos preparatorios.

El delito de rebelión, por el hecho mismo del alzamiento en armas y por las finalidades que persigue, implica la inminencia de combates entre los rebeldes y las fuerzas legítimas, o fuerza pública. Si ellos llegan a producirse hay que tenerlos como una lógica consecuencia de la rebelión. Y si durante ellos se causan muertes o lesiones que son a su vez, consecuencia lógica de los combates, aquellas no deben ser consideradas como delitos aparte sino como absorbidas por la rebelión, según la teoría del delito complejo³⁰

SEDICION:

La sedición es como la rebelión, un alzamiento en armas que pretende o ya el derrocamiento del gobierno nacional o el de la autoridad de los poderes del estado, sino el desconocimiento de dicha autoridad de los poderes del estado sino el desconocimiento de dicha autoridad estatal.

El delito de sedición es uno de aquellos que la doctrina, en la clasificación de los delitos, cataloga como infracciones colectivas, en cuanto que para su perfeccionamiento se requiere la presencia simultánea de varios actores animados por una finalidad común.

³⁰ Ibíd., pp. 160-165.

Los sediciosos deben actuar a través de un alzamiento en armas, alzamiento que debe también cumplir con los requisitos del delito de rebelión, es decir debe ser un levantamiento colectivo público, más o menos tumultuoso, pero con ciertos rudimentos de organización impuesta sobre todo por la finalidad común y armada.

El objeto de la tutela es la seguridad interna de la nación, en cuanto a la necesidad de mantener la continuidad de la organización jurídica, sin altibajos. En este delito basta que se cumpla con el comportamiento descrito en la ley para que, sin tener en cuenta el resultado de la acción el delito se reputa perfecto.

Estos delitos están generalmente informados de un dolo de peligro, en los que se sancionan los simples actos preparatorios, porque de suyo, tienen un potencial suficiente para dañar³¹

ASONADA:

En el delito de asonada el ataque no va dirigido contra el estado, sino contra la normalidad social: contra la actividad social de los ciudadanos o corporaciones por medio de actos que pretenden coartar el ejercicio de un derecho legítimo.

El delito de asonada tiene un sujeto activo plural, es decir que para su perfeccionamiento es imprescindible que concurren varios sujetos animados por el mismo propósito.

Para que se configure la asonada se debe buscar uno o varios de los siguientes fines:

- Intimidar o amenazar a alguna persona, corporación o autoridad, exigiendo de ellas la ejecución u omisión de algún acto reservado a su voluntaria determinación.
- Injuriar o ultrajar a alguna persona, corporación o autoridad. Pretender coartar el ejercicio de un derecho legítimo.
- Perturbar el pacífico desarrollo de las actividades sociales, alarmando o atemorizando a los ciudadanos.

El objeto jurídico de la tutela penal en dicha infracción es el régimen constitucional. Solamente conservando el normal desenvolvimiento de las funciones del estado, la tranquilidad social y el libre ejercicio de los derechos legítimos, se puede garantizar el orden y la seguridad ciudadana.

En la asonada, los solos actos de preparación se castigan sin que se espere el resultado ocurrido o querido, aunque la acción del delito debe expresarse de una manera objetiva y concreta, pues no cualquier tumulto puede ser considerado

³¹ Ibíd., pp. 170-173.

como asonada sino solamente aquel que pretende en cualquier forma perturbar el pacífico desarrollo de las actividades sociales.

Para que la acción se reputa perfectar, no es necesario que se realicen los fines perseguidos con la reunión tumultuaria, ya que no se entiende el resultado mismo de la acción antijurídica, sino al daño que esa conducta puede llegar a producir.

Al delito de asonada no le es aplicable la teoría sobre el delito complejo, lo que si ocurre con los delitos de rebelión y sedición. En consecuencia cuando se produzcan infracciones comunes so pretexto o con motivo de la asonada, los actores serán responsables de ellas y las penas se aplicaran de acuerdo al sistema de acumulación jurídica.³²

DISPOSICIONES COMUNES A LOS DELITOS DE REBELION, SEDICION Y ASONADA: “Existen algunas figuras subordinadas a los tipos principales de rebelión, sedición y asonada y son los siguientes:

CONSPIRACION: El delito de conspiración llamado por otras legislaciones complot, se encuentra definido en el artículo 471 código penal.

Esta infracción se configura cuando varias personas se conciertan para cometer los delitos de rebelión o sedición, mediante el acuerdo de voluntades con relación al objetivo que se proponen y a las condiciones medios de llevarlos a ejecución, no faltando al iter criminis, sino el paso a los actos ejecutivos propios de esos ilícitos.

La conspiración es una infracción de aquellas catalogadas como plurisubjetiva ósea que para que el delito se perfeccione, es necesario que concurran en su comisión varias personas.

Los elementos que integran el delito de conspiración son:

- Que varias personas se concierten o se pongan de acuerdo para programar delitos.
- Que estos delitos tengan las modalidades específicas de rebelión o sedición.
- Que los proyectos criminosos sean descubiertos antes de iniciarse los actos ejecutivos.

En cuanto a este último elemento es necesario aclarar que como la conspiración conlleva un daño indirecto para la seguridad de la nación, el delito solo se castigará cuando el acuerdo de voluntades para la programación de los ilícitos vaya acompañado por escogencia de los medios idóneos para realizarlos, porque de lo contrario, se trataría apenas de la intención de cometer los delitos, intención que como bien sabemos no puede ser punible.

³² Ibíd., pp. 173-176.

En la conspiración el objeto específico de la tutela penal es el régimen constitucional, por ello el legislador ha querido sancionar el peligro que engendraría un concierto de voluntades de varias personas que tenga por objeto la comisión de delitos atentatorios contra la forma de gobierno, contra la normalidad de las instituciones y contra las decisiones oficiales.

La conspiración constituye una excepción al principio general que establece la no sancionalidad de los actos preparatorios. Pero como el delito se consuma en el instante mismo en que los conspiradores acuerdan sus voluntades para cometer el delito, este se perfecciona y es esa la causa por la cual se sanciona.

La conspiración es un delito de peligro, a través del cual se trata de impedir la producción de un resultado.

2.1.7 Delito de seducción de tropas y usurpación de mando para cometer rebelión o sedición. Esta modalidad tiene tres formas punibles de acción:

Seducir las tropas: El verbo seducir se emplea en el sentido de persuadir a las tropas con el propósito de que cometan el delito de rebelión o sedición. Pero no es necesario, para que se consuma esta primera modalidad del delito, que el uso de los medios persuasivos haya tenido éxito. Basta la instigación, que es preciso distinguir de la simple proposición, la cual no es suficiente para constituir la acción delictiva.

Usurpar el mando de tropas: En esta modalidad se utiliza ya sea la violencia ya sea el engaño para usurpar el mando a quien legítimamente lo tiene. Este delito puede ser cometido por particulares o por militares, en el último caso, la infracción será sancionada conforme a las normas contenidas en el código de justicia penal militar.

Retener ilegalmente el mando político o militar: El que se arroga el mando político que corresponde a otro aunque sea para cometer rebelión o asonada no incurre en estos delitos si el alzamiento en armas no llega a producirse, sino eventualmente en la usurpación de funciones públicas”³³.

La Constitución de 1991 prevé los medios para librar de responsabilidad y de pena, o solamente de pena los sujetos comprometidos en el delito político, es porque acoge la tesis que sostiene el carácter de venial del mismo y consecuentemente, el tratamiento benigno que se da al delincuente político comparativamente con aquel que se aplica a los restantes hechos punibles. El constituyente quiso que no se confundieran los valores positivos acendrados en el

³³ Ibíd., pp. 170-182

delincuente político con las perversiones que van envueltas en el delincuente común.”³⁴

Se puede resumir en tres aspectos el tratamiento benigno que reciben los delincuentes políticos en Colombia:

- La misma constitución y la ley lo hacen objeto de indultos o amnistías generales
- La ley prohíbe terminantemente la extradición para los sindicados o procesados por delitos políticos
- Internacionalmente el derecho de asilo está reconocido para los delincuentes políticos.

Sin embargo es necesario resaltar que en el marco del conflicto social político y armado colombiano “la guerra no ha sido subordinada a la política, sino al revés; la guerra sustituye la política y ésta se vive más como conflicto entre amigos y enemigos: a los problemas políticos se les ha dado históricamente tratamiento y solución militar”³⁵

“A la justicia hoy se le encarga en gran medida de la guerra. Es una justicia de enemigo. De allí todo el andamiaje eficientista que la acompaña en contra del derecho, en contra de la amplia consagración de los derechos humanos en una nueva carta política”³⁶

En Colombia se ha desarrollado un procesos de desnaturalización del delito político con el fin de impedir la aplicación de la benignidad, eliminando su caracterización de delito complejo y asociándolo a la comisión de delitos comunes, utilizando la justicia militar o propuestas legislativas represivas como el estatuto de seguridad, la justicia sin rostro, figuras como el terrorismo o la perturbación del orden público que tratan de suplantar la tipificación de estas conductas y que consecuentemente no brindan garantías para el tratamiento jurídico de los delincuentes políticos.

En la historia aparece el tránsito de la dominancia del tipo penal de la rebelión hacia la dominancia del tipo penal del terrorismo...

...La entronización prematura del tipo penal del terrorismo -en cuanto a que es importado de la actual legislación europea- como figura dominante y como virtual sustituto del delito de rebelión, y su aplicación ampliada a la represión de la protesta social y política no armadas, constituyen, en tal sentido, un

³⁴ Ibíd., p. 155.

³⁵ APONTE, Alejandro David. Delito político, estrategias de defensa jurídica, derecho penal y derechos humanos en Colombia, una reflexión crítica. Revista de derecho público No 6, junio de 1996. Universidad de los Andes. Facultad de derecho.

³⁶ Ibíd., p. 140.

grave error de apreciación histórica, con nefastas consecuencias en el ámbito político-criminal y jurídico penal³⁷

Cabe recordar que en la última etapa del proceso histórico del tratamiento a los delitos políticos sólo se juzga por rebelión (cuando se tiene la suerte de no ser acusado de terrorismo y otros graves delitos) a los miembros del movimiento popular y sindical, criminalizando su legítimo derecho a la protesta. A los alzados en armas contra el sistema se les viene juzgando por terrorismo, homicidios y delitos conexos; ahora se les tiende a juzgar como narco-terroristas, quitándoles toda connotación política.

Así mismo, cabe recordar, como se ha tratado en otros apartes, que a partir del fallo de la Corte Constitucional de 1997, mediante el cual se desconoció la complejidad del delito de rebelión al considerar que los homicidios y otras conductas cometidas en combate no hacen parte de la misma, los rebeldes recibirán penas adicionales por esos delitos, es decir, que no serán juzgados por rebelión y, en consecuencia, están condenados a recibir las máximas penas que permite el código.

El nuevo código modifica la pena de multa de la rebelión. La multa, pena principal que acompaña en la mayoría de los casos la de prisión y la interdicción de derechos y la prohibición para ejercer funciones públicas, se modifica estableciendo límites de 1 salario mínimo a 50 mil (aproximadamente 14 mil millones de pesos) contemplando la posibilidad de pagarlo con trabajo o arresto permanente o de fin de semana, sin que pueda pasar de 2 años.

Pero detengámonos en la rebelión, considerado el delito político por excelencia. Contemplada en el artículo 467, se le impone una pena de 6 a 9 años de prisión (se aumenta la pena mínima en relación al anterior código) y 100 a 200 salarios mínimos de multa, aumentándola a la mitad para los que promuevan, dirijan u organicen y una tercera parte si es empleado oficial.

Como es lógico, dentro de la estructura general del sistema penal colombiano de cara al opositor político, se ve cómo el código mantiene la ambigüedad frente al delito de terrorismo. Contemplado dentro del título XII de los delitos contra la seguridad pública en su capítulo primero, artículo 343, sigue manejándose como el tipo abierto y oscuro que permite su aplicación desproporcionada y desmedida. Sin duda seguirá siendo como ha sido utilizado para criminalizar acciones legales y legítimas, de protesta social y sindical.

Además, conserva como agravante la toma de instalaciones de la Fuerza Pública, lo que en el marco del conflicto armado interno significa que la ley tilda de

³⁷ OROZCO ABAD, Iván. Combatientes, rebeldes y terroristas: Guerra y derecho en Colombia. Bogotá: Editorial Temis, 2006. p. 182.

"terrorismo" a las acciones propias de la guerra, aunque ellas se ajusten a los dictados del DIH.

En suma, los nuevos códigos penales no se ciñen a los parámetros mínimos establecidos en la normatividad internacional de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario. "Su estructura sigue desconociendo los principios básicos del debido proceso y, a cambio, sigue manteniendo una marcada tendencia a instrumentalizar el derecho penal para asegurar la implantación de las políticas del establecimiento, las que no precisamente pretenden garantizar los derechos fundamentales de la mayoría de la población"³⁸.

2.2 MARCO LEGAL

2.2.1 Bloque de constitucionalidad:

- **Declaración universal de derechos humanos**

PREAMBULO: "Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias;

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión;

Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones;

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad;

³⁸ DERECHOS HUMANOS. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/libros/dih/cap3.html>. Pág. 24-25

Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y

Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso”

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS Ley 74 de 1968, ratificado 29 de octubre de 1969

CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: (Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos)

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO: Ley 5 de 1960 Promulgados por medio del decreto 1016 de 1990, aprobatoria de INSTRUMENTOS INTERNACIONALES CONVENCIONALES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO –DIH, ratificado 8 de mayo de 1962.

- I. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, 1949
- II. Para aliviarla suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar.
- III. Relativo a la protección de la población civil.

Protocolos Adicionales de 1977 a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949:

- I. Relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.
- II. Relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional

Ratificados 1 de septiembre de 1993.

ARTICULO 3 Común a los cuatro Convenios de Ginebra

Tomado de III. Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra

2.2.2 Constitución 1991:

ARTICULO 35. Modificado por el artículo 1 del A.L. No. 1 de 1997. La extradición se podrá solicitar, conceder u ofrecer de acuerdo con los tratados públicos y, en su defecto, con la ley. Además, la extradición de los colombianos por nacimiento se

concederá por delitos cometidos en el exterior, considerados como tales en la legislación penal colombiana.

La extradición no procederá por delitos políticos.

No procederá la extradición cuando se trate de hechos cometidos con anterioridad a la promulgación de la presente norma.

ARTICULO 150: Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

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.

ARTICULO 179. No podrán ser congresistas:

Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a Pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.

ARTÍCULO 201: Corresponde al Gobierno, en relación con la Rama Judicial:

1). Prestar a los funcionarios judiciales, con arreglo a las leyes, los auxilios necesarios para hacer efectivas sus providencias.

2). Conceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley, e informar al Congreso sobre el ejercicio de esta facultad. En ningún caso estos indultos podrán comprender la responsabilidad que tengan los favorecidos respecto de los particulares.

ARTICULO 232. Para ser Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se requiere:

1). Ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio.

2). Ser abogado.

3). No haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la Libertad, excepto por delitos políticos o culposos.

ARTICULO 299. Modificado por el artículo 3 del A.L.1 de 2007. En cada Departamento habrá una corporación política administrativa de elección popular que se denominará asamblea departamental, la cual estará integrada por no Menos de 11 miembros ni más de 31. Dicha corporación gozará de autonomía

Administrativa y presupuesto propio, y podrá ejercer control político sobre la Administración departamental.

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados será fijado por la ley. No podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda. El período de los diputados será de cuatro años y tendrá la calidad de servidores públicos.

Para ser elegido diputado se requiere ser ciudadano en ejercicio, no haber sido Condenado a pena privativa de la libertad, con excepción de los delitos políticos o culposos y haber residido en la respectiva circunscripción electoral durante el año inmediatamente anterior a la fecha de la elección.

2.2.3 Código penal, ley 600 del 2000. En especial:

TITULO VIII

DE LOS DELITOS CONTRA EL REGIMEN CONSTITUCIONAL O LEGAL

CAPITULO UNICO

DE LA REBELION, SEDICION Y ASONADA

ARTICULO 467. REBELION. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> 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.

ARTICULO 468. SEDICION. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> Los que mediante el empleo de las armas pretendan impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigentes, incurrirán en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

<Incisos adicionados por el artículo 71 de la Ley 975 de 2005 INEXEQUIBLES>

ARTICULO 469. ASONADA. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> Los que en forma tumultuaria exigieren violentamente de la autoridad la ejecución u omisión de algún acto propio de sus funciones, incurrirán en prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses.

ARTICULO 470. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA. La pena imponible se aumentará hasta en la mitad para quien promueva, organice o dirija la rebelión o sedición.

ARTICULO 471. CONSPIRACION. Los que se pongan de acuerdo para cometer delito de rebelión o de sedición, incurrirán, por esta sola conducta, en prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses.

ARTICULO 472. SEDUCCION, USURPACION Y RETENCION ILEGAL DE MANDO. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que, con el propósito de cometer delito de rebelión o de sedición, sedujere personal de las fuerzas armadas, usurpare mando militar o policial, o retuviere ilegalmente mando político, militar o policial, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses.

ARTICULO 473. CIRCUNSTANCIA DE AGRAVACION PUNITIVA. La pena imponible para las conductas descritas en los artículos anteriores se agravará hasta en una tercera parte, cuando el agente sea servidor público.

2.2.4 Código de procedimiento penal, ley 906 de 2004:

LEYES Y DECRETOS:

- LEY 782 DE 2002, por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y se modifican algunas de sus disposiciones.
- DECRETO No 128 DE 2003: por el cual se reglamenta la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002 en materia de reincorporación a la sociedad civil.
- ACTO LEGISLATIVO No 1 DEL 31 DE JULIO DE 2012: MARCO JURÍDICO PARA LA PAZ, Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.
- LEY 1448 DE 2011, Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.
- Ley 1453 de 2011, LEY DE SEGURIDAD CIUDADANA: Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia

y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad

2.2.5 Jurisprudencia. La corte en sentencia 456 de 1997 manifestó: “No puede sostenerse que exista en la Constitución una autorización ilimitada al legislador para dar un tratamiento privilegiado a los llamados delincuentes políticos. Por el contrario: el trato favorable a quienes incurren en delitos políticos está señalado taxativamente en la propia Constitución. Por lo mismo, el legislador quebranta ésta cuando pretende legislar por fuera de estos límites, ir más allá de ellos. Cabe anotar que ni la Constitución ni la ley definen o enumeran los delitos políticos. Suelen considerarse delitos políticos en sí, en nuestra legislación, los de rebelión y sedición. En conexión con éstos pueden cometerse otros, que aisladamente serían delitos comunes, pero que por su relación adquieren la condición de delitos conexos, y reciben, o pueden recibir, el trato favorable reservado a los delitos políticos. En conclusión: el trato favorable a los delitos políticos, en la Constitución, es excepcional y está limitado por las propias normas de ésta que se refieren a ellos. Normas que son por su naturaleza excepcional, de interpretación restrictiva”.

La sentencia c928 de 2005 establece que: En forma general, puede considerarse que 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.

Para su determinación, en la doctrina penal se han considerado los criterios objetivo y subjetivo. A este respecto la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

“Bien sabido es, que la definición de delito político o la conexidad con él, ha dado lugar a muchas discusiones en la doctrina. Al respecto se han enfrentado dos criterios contrapuestos:

“Por un lado el criterio objetivo que acepta como delito político, únicamente aquellos que con variadas denominaciones están definidos y reprimidos en las normas sustantivas para la salvaguardia de la estructura y funciones del Estado como organismo político; por el otro la concepción subjetiva del delito político, que acepta como tales, no sólo los previstos en las normas enunciadas, siendo aquellos hechos que siendo aparentemente comunes, por conexidad con los ilícitos políticos, pueden favorecer la comisión de ellos o permitir al autor escapar a la aplicación de la sanción penal”.

Conforme a la primera tesis se considera que los delitos políticos propios o principales son los que atentan directamente contra el bien jurídico tutelado consistente en el régimen constitucional y legal, como son la rebelión, la sedición y la asonada, que consagran expresamente numerosos ordenamientos.

Conforme a la segunda tesis la regulación aplicable a los delitos políticos se extiende a los delitos no políticos conexos con aquellos.

La Constitución colombiana prevé expresamente el delito político y le otorga un tratamiento benévolo, con fundamento en su motivación altruista, respecto del delito común, que tiene móviles egoístas”.

La corte en sentencia c-009 de 1995 mencionó: "El delito político es aquél que, inspirado en un ideal de justicia, lleva a sus autores y copartícipes a actitudes proscritas 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 y su intención

Sentencia 19009 del 6 de Diciembre de 2001 la Corte Suprema de Justicia fallo aplicando las concepciones peligrosistas sustentadas en el derecho penal del enemigo. “En la providencia recurrida, es evidente que el a quo no desborda en modo alguno el anterior marco, pues su negativa a reconocer la sustitución solicitada obedece a una valoración ordenada por la ley, con fundamento en unos elementos de juicio que ciertamente el proceso contiene. Su negativa no tiene por fuente la arbitrariedad sino la reglada discrecionalidad que le defiere el Código de Procedimiento Penal, por ello, analizando el desempeño personal del condenado, reflejado en los hechos que le merecieron el reproche penal, así como el laboral, cuando fue en ejercicio de la judicatura que ejecutó las conductas punibles objeto de condena, la deducción del Tribunal, como no podía ser de otro modo, fue desfavorable, pues esos elementos de juicio le permitieron colegir que el condenado pondría en peligro a la comunidad, sin contar que, en concepto de la Corte, también, como está sucediendo, evadiría la pena, pues no otra cosa indica su evasiva actitud que ha imposibilitado la materialización de las órdenes de captura”.

En sentencia c 771 de 2011, la corte expresó *“Si bien bajo circunstancias históricas específicas las instituciones de justicia transicional pueden resultar benéficas para una determinada sociedad, tales mecanismos son normalmente aceptados en el derecho internacional y constitucional comparado como una situación excepcional, por lo mismo transitoria, frente a lo que, en perspectiva eminentemente comparativa, pudiera denominarse el derecho penal ordinario, vigente y aplicable a la generalidad de las conductas punibles y directamente derivado de los principios y pautas constitucionales que regulan la materia. A partir de esta reflexión, resulta claro que la implantación de ese tipo de medidas en un determinado Estado debe resultar aceptable dentro de su marco constitucional, pues lo contrario implicaría una disminución de los estándares de justicia y de*

protección de los derechos de las víctimas, que la sociedad tiene derecho a asegurar, como consecuencia y realización de los preceptos, valores y principios presentes en el texto superior, y de las reglas contenidas en los tratados que integran el bloque de constitucionalidad. Así, frente a la existencia de normas que el mismo legislador denominó disposiciones de justicia transicional, cabe entonces preguntar de qué manera y bajo qué circunstancias la Constitución Política y las demás reglas y normas que conforman el bloque de constitucionalidad, admiten la posibilidad de que el legislador adopte una preceptiva de tal contenido. No hay en la carta política colombiana ni en los tratados tradicionales de preservación de los derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad, una referencia directa a la justicia transicional. Empero, sí existen, principalmente a nivel de los valores y principios constitucionales y de su reflejo en los derechos y deberes de los ciudadanos, pautas y elementos que al ser ponderados con otros criterios relevantes, permiten apreciar la conformidad entre tal noción y los textos constitucionales. En este sentido, la Corte encuentra en la normativa superior al menos tres distintas referencias, con apoyo en las cuales puede admitirse la vigencia de medidas de justicia transicional.

La más notoria e importante de ellas es la frecuente mención de la paz, como uno de los objetivos principales del Estado colombiano, para cuyo logro se adopta en 1991 la nueva carta política, y como prominente valor constitucional que se traduce en la existencia de derechos y deberes ciudadanos encaminados a hacer posible y sustentable, tanto en el presente como para el futuro, tan anhelada necesidad. Sobre este tema existen además abundantes y reiteradas referencias a la paz como propósito central del Derecho Internacional, especialmente en los respectivos preámbulos de los instrumentos constitutivos de los principales organismos internacionales, entre ellos la Carta de las Naciones Unidas y la Carta de la Organización de Estados Americanos, como también en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Entre los otros aspectos relevantes que sirven como fundamento constitucional de la justicia transicional, no por indirecto menos válido, puede mencionarse además la presencia en el texto superior de instituciones como la amnistía y el indulto para delitos políticos, que pese a su larga tradición podrían hoy ser en buena parte ubicados como herramientas de justicia transicional, útiles y conducentes en la búsqueda y creación de condiciones que hagan posible, o al menos faciliten, el logro de la concordia y la paz política y social. También debe tenerse en cuenta la expresa mención que la Constitución hace del concepto de política criminal del Estado, a partir de la cual se clarifica que, siempre que se observen adecuados criterios de proporcionalidad y razonabilidad y no se contravenga ninguna prohibición ni limitación del texto superior, la mayor parte del contenido específico de las normas penales, tanto sustanciales como procesales, no dependerá directamente de aquellos preceptos, sino de lo que en cada momento consideren adecuado y pertinente las distintos órganos constituidos que tienen a su cargo el diseño, seguimiento y eventual ajuste de tales políticas. Desde esta perspectiva, resulta entonces posible asumir que la implantación de mecanismos propios de la justicia transicional es una

alternativa válida dentro del marco constitucional colombiano, siempre que queden a salvo los derechos de las víctimas así lo juzguen las autoridades a quienes la norma superior asignó la responsabilidad de formular esas políticas, por considerar que concurren las especiales circunstancias que, según se explicó, justifican y hacen conveniente la adopción de este tipo de medidas. En torno a la trascendencia y alcance de la paz como valor constitucional, como derecho y deber ciudadano y como criterio que justifica la existencia de instituciones de justicia transicional, este tribunal vertió extensas reflexiones dentro de la ya citada sentencia C-370 de 2006, mediante la cual decidió sobre la exequibilidad de distintas disposiciones de la Ley 975 de 2005, usualmente conocida como Ley de Justicia y Paz, que como ya se indicó, puede ser considerada como una norma de justicia transicional. Estas consideraciones precedieron el análisis que la Corte adelantó en ese caso respecto del alcance de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, en el derecho internacional y en la jurisprudencia constitucional e interamericana dentro de un contexto de justicia transicional, razón por la cual resulta clara y directa su pertinencia frente al presente caso.”

3. METODOLOGIA

El proyecto investigativo que se presenta es socio jurídico de carácter cualitativo.

Las técnicas que se plantean es la revisión documental, utilizando las fuentes del derecho la doctrina, las normas, la jurisprudencia.

Se realizara un ejercicio comparativo de la implantación del modelo de justicia penal de emergencia en el marco del desarrollo del conflicto social, político y armado colombiano.

3.1 ESTRATEGIAS DE COMUNICACIÓN

Los resultados finales del presente proyecto de investigación serán difundidos mediante artículos en los medios de comunicación del departamento teniendo en cuenta las tecnologías de información y comunicación y los avances tecnológicos en materia de difusión de información.

Igualmente como ponencia se presentará en los espacios que susciten la reflexión en torno a la política criminal y a la comisión de delitos políticos.

3.2 PRESENTACIÓN DE EQUIPO DE INVESTIGADORES

El presente proyecto de investigación es presentado por: “JOHANA CAROLINA BASTIDAS BURGOS”. Estudiante de quinto año del programa de derecho de la universidad de Nariño.

4. LEGISLACIÓN PENAL DE EMERGENCIA

Los conflictos sociales son recurrentes al interior de todas las sociedades, generalmente se agudizan, en otras ocasiones se aplacan, su mera existencia demuestra que ninguna colectividad humana es homogénea y que los objetivos colectivos contrapuestos son inherentes a cualquier dinámica social.

La confrontación de intereses no infiere patologías sociales o dolencias incurables, por el contrario “el conflicto es un imperativo estructural y un motor de cambio social”³⁹, porque produce forzosamente transformaciones sociales a corto o largo plazo”*

La estructura social alberga en su seno gran cantidad de contradicciones algunas de las cuales coexisten pacíficamente, sin embargo existen disputas tan acentuadas que requieren para su resolución la utilización de la violencia.

El sociólogo Guy bajoit establece unas categorías para analizar el comportamiento de los conflictos sociales, por una parte plantea la acción colectiva conflictual, que se caracteriza porque los miembros de una clase, raza, grupo sexual, religioso, etc. , evidencian una desigualdad de la cual ellos son víctimas, causada por los intercambios con otra categoría social definida como adversaria. Esta evidencia de la desigualdad no lleva sin embargo, a excluir al adversario, ni a suprimir la relación, ella apunta por el contrario a mejorarla, a hacerla más soportable, por el contrario la acción colectiva contradictoria es la que busca excluir de la relación a otra categoría social o es amenazada de ser excluida por ella.⁴¹

La acción colectiva contradictoria como máxima expresión del conflicto lleva inmersa en si “la utilización de la violencia como elemento fundamental de acción política, la cual está asociada a la convicción (real y supuesta) de que la conflictiva relación entre actores sociales y políticos, solo se desarrolla en la dimensión contradicción y que en el escenario sociopolítico, no existen oponentes con proyectos que conciban espacios de búsqueda de consenso, sino que hay,

³⁹ TEORIAS SOBRE EL CONFLICTO SOCIAL. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: <file:///C:/Users/MiPc/Downloads/Dialnet-PrincipalesTeoriasSobreElConflictoSocial-241031.pdf> p. 237.

* “Sin antagonismo social no habría transformaciones sociales u ocurrirían de manera excesivamente lenta, lo que haría de la sociedad algo demasiado estático” en SILVA GARCÍA, German. La teoría del conflicto, un marco teórico necesario. Universidad militar nueva granada. Bogotá. Revista Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. XI, núm. 22, julio-diciembre, 2008, p. 32

⁴¹ VARGAS VELÁSQUEZ, Alejo. Reflexiones sobre la metodología y agenda de una negociación con la guerrilla Colombiana” ‘Guerra y paz. Politeia. Revista de la facultad de derecho, ciencias políticas y sociales.2 Universidad Nacional de Colombia. p. 60.

antagonistas irreconciliables, con proyectos excluyentes y pretensiones de dominación total”⁴².

Por tanto los conflictos desarrollados en esta dimensión se solucionan mediante la eliminación del otro, es decir en la provocación de la guerra, en la utilización de la intensidad y la violencia para el aniquilamiento del contendor.

La intensidad viene determinada por el grupo de participación y la violencia se refiera a la forma de expresión de los conflictos. La intensidad y la violencia decrecen según Dahrendorf, en la medida que los grupos de interés tiene posibilidad de organizarse, en que los conflictos existentes en una sociedad no confluyen sino que permanecen desasociados y en la posibilidad de movilidad social de las clases sociales. La amplitud de los cambios de estructuras depende más de la intensidad del conflicto que de su violencia (una mayor intensidad provoca un cambio más radical) y la inminencia del cambio depende de su violencia (a mayor violencia del conflicto, cambio más inmediato).

La guerra como producto de la mayor crispación de las disputas sociales, refleja un grado de desarrollo social, “es la confesión de que esa sociedad se ha enredado en una irremediable contradicción consigo misma, está dividida en antagonismos y que es impotente para conjurarlos”; Las guerras, por ello son una preocupación clásica del pensamiento humano, puesto que se convierten en “parteras de una nueva sociedad”⁴³.

Si bien en la historia de las sociedades se han desarrollado diferentes tipos de guerras, todas han estado enfocadas a estructurar el orden social de acuerdo a sus condiciones materiales de existencia, por ello es de especial importancia analizar cómo surge el estado, como producto de una necesaria transformación social originada mediante la lucha de estos intereses irreconciliables que surgieron en las clases sociales.

El estado nace con el afán de “que estos antagonismos, estas clases con Intereses económicas en pugna no se devoren a sí mismas y no consuman a la sociedad en una lucha estéril, se hace necesario un poder situado aparentemente por encima de la sociedad y llamador a amortizar el choque, a mantenerlo en los límites del orden. Y ese poder, nacido de la sociedad, pero que se pone por encima de ella y se divorcia de ella, es el estado.

“El estado nació de la necesidad de refrenar los antagonismos de clase y como al mismo tiempo nació en medio del conflicto de estas clases, es por regla general el estado de la clase más poderosa, de la clase económicamente dominante,

⁴² Ibid., p.61.

⁴³ ILICH LENIN, Vladimir. El estado y la Revolución. Obras escogidas. Rusia: Editorial progreso, 1980. p. 286.

adquiriendo para ello nuevos medios para la represión y la explotación de la clase oprimida”⁴⁴.

La gran narrativa del contrato social establece el surgimiento del estado como resultado de un pacto social, no obstante este pacto no se ejecuta entre fuerzas iguales, se desarrolla en un escenario de contradicción donde los acuerdos de ese pacto serán favorables a la clase que posee la mayor fuerza en la contienda, se incluirán prerrogativas de los vencidos con el objetivo de evitar el uso de la violencia en su accionar político.

La clase dominante por tanto se aboga el derecho de declarar la guerra, puesto que posee un instrumento de dominación, el estado como organización especial de la fuerza. “la violencia no es naturalmente, ni el medio normal, ni el único medio de que el estado se vale pero si es su medio específico”.⁴⁵

El contrato social permite así, la renuncia a la libertad personal y colectiva de ejercer la violencia de los sectores vencidos, otorgando el monopolio de la fuerza en el estado y con ello facultando a la clase que ostente el poder para ejercerla, sin embargo no solo la fuerza es una manifestación de la violencia las normas jurídicas del estado llevan el sello indeleble de clase y por tanto de violencia dirigida.

La constitución del estado no implica como no tal la renuncia a la existencia de los conflictos sociales, por el contrario, los mismos están inmersos en cada dinámica social, por ello el contrato social es “el resultado de una tensión dialéctica entre regulación social y emancipación social, la cual se reproduce debido a una polarización constante entre voluntad individual y voluntad general, entre el interés general y el bienestar común.”⁴⁶.

El pacto como un instrumento que evita la prolongación de la guerra, se asienta en una lógica de inclusión- exclusión, solo se legitima por la inexistencia de excluidos.

“Entre mayor sea la exclusión existente en el mencionado pacto los conflictos sociales por el poder continuaran emergiendo, llegarán a la rebelión, a la guerra civil, es decir la suspensión transitoria del derecho y a renovadas tentativas violentas que una vez transcurridas, pueden ceder el lugar a un nuevo orden legal”⁴⁷.

⁴⁴ Ibíd., p. 275.

⁴⁵ WEBER, Max. El político y el científico. Madrid: Alianza editorial, 1984. pp. 82-83.

⁴⁶ DE SOUSA SANTOS, Boaventura y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. El Caleidoscopio de las justicias en Colombia. Bogotá: Siglo del hombre editores y universidad de los Andes, 2001. p.18.

⁴⁷ FREUD, Sigmund. El porqué de la guerra. Viena: s.n., 1933.

Carl Smith en relación con el surgimiento del estado, y como tal del contrato social plantea la necesaria relación entre política y violencia, rompe con las posturas que sustraen la violencia del ejercicio de la política y por el contrario la comprende como posibilidad inherente a la enemistad, es decir como atributo de la sustancia misma de la política. Esta relación de política y violencia esta articulada con el proyecto político de un estado fuerte, que desde la violencia legítima garantice un orden social determinado. “Los conceptos de amigo, enemigo y lucha adquieren su sentido real por el hecho de que están y se mantienen en conexión con la posibilidad real de matar físicamente. La guerra no es sino la realización extrema de la enemistad.

Acorde a estos razonamientos un contrato social que surge en el medio de un contexto de lucha de clases, donde el pacto evidentemente será a favor de los vencedores de la disputa, concede a los vencedores toda la legitimidad para declarar la guerra, porque desde esta orilla ideológico los excluidos no deslegitimarían el contrato sino que se convertirían en enemigos del estado, fortaleciendo de esta manera el totalitarismo de estado, que evidentemente no constituye una política para evitar la guerra.

La visión de Smith ha penetrado el discurso de las élites Colombianas quienes disfrazan el autoritarismo político del régimen a través del contrato social que demuestra la existencia de una democracia plena, con la salvedad que los excluidos del pacto que son amplios sectores del país son declarados enemigos impidiendo de esta manera cumplir con el propósito de buscar el bien común, el cual producto de la fragmentación social se convierte en un enunciado sin soportes fácticos.

El Estado moderno y por ende el contrato social atraviesan una crisis, puesto que el mismo no se ha convertido en una herramienta política y social para acabar con la guerra, sino por el contrario se ha convertido en un pacto de las elites que ostentan el poder para distribuirse el poder y declarar la guerra a los excluidos del pacto. El contrato social hoy por hoy no tiene por objeto la articulación de intereses sociales divergentes, por el contrario se ha interpuesto una contractualización liberal individualista que antepone los acuerdos entre individuos y no entre agentes colectivos.

La nueva contractualización es un falso contrato, una mera apariencia de compromiso constituido bajo condiciones impuestas y sin que la parte más débil intervenga en su discusión, condiciones estas, tan onerosas como inaceptables. Bajo la apariencia de contrato, se propicia la emergencia del estatus que es el resultado de la enorme desigualdad de poder económico que existe entre las partes en un contrato individual y nace de la capacidad

que tal desigualdad confiere a la parte más fuerte para imponer aquello que le es más favorable⁴⁸

La crisis de la contractualización en Colombia merece un interrogante ¿realmente Colombia consolidó el proceso de instauración del estado o continúa en una fase de guerra donde no existe monopolio ni de la fuerza ni de las armas, sino por el contrario una disputa interna por lograr el poder político y el control institucional? ¿Las distintas constituciones logradas en el país son tan solo un disfraz para consolidar un régimen totalitario que promueve la guerra bajo el sofisma de la democracia?

La historia colombiana evidencia que no ha existido sometimiento de los ciudadanos al poder central, constantemente se han configurado diferentes focos de poder que limitan la acción estatal y deslegitiman con ello el establecimiento de un acuerdo político.

Al no desarrollarse el contrato como tal, en Colombia se podría hablar de ejercicios de precontractualización que se han encaminado a la suscripción de un acuerdo, pero que la acentuación de la exclusión ha generado la ausencia de varios sectores políticos en el gran consenso para culminar la guerra. Han existido contratos promesas que nunca se cumplieron y que por ende no permitieron la participación política de varios sectores sociales y políticos en la suscripción del acuerdo.

Lo caótico de la situación colombiana no es la “exclusión política resultante del carácter meramente formal de la democracia, sino la pervivencia de la exclusión integral, más radical que la política o la social, en ocasiones, incluso ⁴⁹se trata de una exclusión que tiene como consecuencia la desaparición física”

“La exclusión puede ser ocasionada no solo por la intervención del estado, sino también por su ausencia o por su desnaturalización como actor estatal”⁵⁰, el estado se minimiza, se reduce ante la emergencia de otras fuerzas paralelas que se imponen, los diferentes dispositivos institucionales se convierten en la herramienta del poder económico dominante que promueve la justicia privada y con ello la criminalización de fenómenos sociales, el estado no se convierte en un elemento neutral de la guerra, el estado colombiano es una de las partes en la confrontación.

“Al lado de las instituciones estatales, de un funcionamiento pautado y reglado de las mismas, permanece una realidad, no solo caótica, sino completamente desinstitucionalizada. Se trata de una realidad tan radical que hace ver las

⁴⁸ DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p.23.

⁴⁹ Ibid., p. 36.

⁵⁰ Ibid., p. 44.

instituciones casi como meramente accidentales y en todo caso extrañas a grandes segmentos de la población colombiana”⁵¹. Este fenómeno es una clara muestra de la marginalidad de amplios sectores en la suscripción del contrato social, por tanto existen algunos sectores conscientes de su exclusión, que luchan por el reconocimiento de su participación política y deciden de esta manera combatir al soberano incluso desde la misma guerra, pero existen otros donde la marginación es tan extrema que se desconoce en absoluto el porqué de esa misma exclusión.

“El sociólogo Von trotha explica que para el caso Colombiano existe una forma para estatal del control de la violencia, es decir aunque suene paradójico se trata de una especie de organización paraestatal de la forma como se ejerce la violencia propia del poder. Una especie de sustitución del poder estatal por entidades para estatales”⁵².

Además de la profunda subordinación de lo público en favor de los intereses privados, la existencia del estado paralelo propicia que el estado tenga un comportamiento con las sociedades civilizadas que viven en el contexto del contrato aparente, en cambio los habitantes de la sociedad extraña, tienen un acceso precario al estado y al derecho, en el mejor de los casos son víctimas de la anomia social cuando no son declarados enemigos internos del estado.

Las fuerzas de seguridad del estado se convierten en una herramienta perversa que internamente participa de las desiciones del estado. Al existir personas por fuera del pacto que son declarados enemigos, el estado promulga su eliminación desde sus dispositivos estatales o paraestatales para garantizar la permanencia y credibilidad de un estado en crisis no consolidado, no constituido mediante un pacto social y político real.

La encarnación de lo militar en el seno del poder ejecutivo durante más de cuarenta años, ha determinado un tipo de estado militarizado desde adentro de su poder civil y politizado desde adentro de su poder militar, un tipo sui generis de estado militar cooptado por el poder civil en donde cada estamento, civil y militar, encuentra en la distribución de funciones cuasi autónomas, la mejor fórmula para atenuar sus respectivas debilidades⁵³.

Por tanto se podría afirmar que en Colombia no se ha desarrollado un ejercicio de contrato social, se ha estructurado un modelo de estado totalitario disfrazado de una república democrática, donde los pactos se han hecho entre los sectores

⁵¹ APONTE, Guerra y derecho penal del enemigo. Op. Cit., p.17.

⁵¹ Ibíd., p. 18.

⁵² APONTE, Alejandro David. El derecho penal en una perspectiva de paz. de la tensión entre eficientismo y garantismo en el caso colombiano. Bogotá: Facultad de derecho, Universidad de los Andes. s.f.

⁵³ DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p.67.

poderosos que sustentados en la doctrina de la razón de estado tienen legitimidad para declarar la guerra a todos los excluidos que jamás han participado en un acuerdo, estas elites gozan del derecho de promover la guerra porque han construido un modelo de estado basado en la política como polémica, como enemistad, fundado en la necesidad de preservar ese estado de todas las críticas que puedan realizar los excluidos que además de su limitada participación política, deben soportar la persecución, incluso el exterminio al considerarse como enemigos. La crisis del contrato social significa entonces la crisis del estado de derecho y el paso al estado autoritario (parafraseando a Hobbes si el estado es la negación de la guerra y sobre todo de la guerra civil, en Colombia no existe un estado consolidado)

La no consolidación de un acuerdo para la consecución de la paz entre toda la sociedad Colombiana ha llevado a que se viva en un constante estado de excepción, un anormalidad cotidiana que legitima el desarrollo de la guerra.

No podríamos entender nuestra historia de violencia política sin comprender el fenómeno jurídico y político de la excepción, pues el sistema jurídico ha sido condicionado por la situación de excepcionalidad, los estados de sitio, los estados de excepción se colocan en el centro de la tensión entre guerra y derecho.

“En Colombia para la normalidad como en todas las democracias occidentales, existe una separación funcional del poder público, de tal forma que el desarrollo de políticas legislativas penales es establecida en principio como una tarea del órgano legislativo, en la realidad de anormalidad que se ha vivido, se ha producido un desplazamiento radical de esa función legislativa, ella se ha concentrado históricamente en el poder ejecutivo, liderado este por el presidente de la república, ha sido el encargado por excelencia de producir la política criminal, por lo menos la política criminal de emergencia, que en la realidad constituye la política criminal de más impacto en el orden social, jurídico y político”⁵⁴, con una frase radical lo sintetizaría Carl Smith “Soberano es quien decide en un estado de excepción”, para él: “Mientras que en un estado normal la soberanía radica en la libertad, en un estado de excepción, la soberanía yace exclusivamente en el estado”.

La inequidad entre las ramas del poder público desnaturaliza los postulados del derecho liberal, maximizando la crisis estatal y con ello el estado de emergencia política que vive el país, configura materialmente otro tipo de estado así desde la formalidad se exprese que nuestro ordenamiento jurídico se desenvuelve en medio de un estado social de derecho.

“La excepción como fenómeno jurídico y político es uno de los factores que contribuyeron a la formación de un sistema jurídico veladamente autoritario en

⁵⁴ APONTE, Guerra y derecho penal del enemigo. Op. Cit., p.18.

Colombia durante la segunda mitad del siglo XX: de una parte, el excesivo y continuo recurso a los estados de excepción como mecanismos de gobierno. Semejante uso abusivo de la emergencia ha permeado todas las esferas de la vida social y política colombiana y dado lugar a una cultura de la crisis y la excepción que justifica la confrontación y la exclusión como formas de hacer política. De otra parte, la discrecionalidad absoluta y libre de todo control efectivo del ejecutivo para decidir sobre la excepción y el curso de acción que ha de ser tomado⁵⁵, por ello es que el soberano como decisor de la política tiene fuerza y aunque exista una institucionalidad construida, el ejecutivo realmente posee un poder extra jurídico sustentado en su función de preservar la constitución de un estado edificado de acuerdo a los intereses de los sectores en el poder, de esta manera el “sistema político Colombiano se vuelve reducido y hermético, dado que las élites de este país optaron por hacer política por medio de la guerra, a través de la normalización de la excepción, en vez de adelantar de una forma más integradora y menos de confrontación las reformas requeridas para estabilizar la tensa situación política nacional; así la sociedad Colombiana vive presa del miedo, acepta la limitación de los derechos y las libertades (particularmente de los otros) como una situación normal”⁵⁶.

La debilidad del estado, aunada a las presiones propias de la globalización para que el país adapte su sistema económico y político a las necesidades del mercado internacional, donde capitalismo y democracia al servicio del mercado son una combinación ideal para la visión hegemónica sobre el desarrollo económico, ha intensificado la relación paradójica que se da en Colombia entre democracia y autoritarismo, entre guerra y derecho⁵⁷.

La guerra en Colombia adquiere unas dimensiones multilaterales en el marco de la geopolítica mundial, el conflicto, el estado de excepción y la justicia de emergencia se convierten en instrumentos diseñados no solo para la satisfacción de las elites colombianas sino para el beneficio de sectores poderosos internacionales que definen a quien declarar la guerra y cuáles son los enemigos en cada contexto histórico de cada país.

Se podría hablar entonces de acuerdo a Schmitt de un soberano en el marco de la globalización mundial que determina el que hacer de todos los estados, situación que se ha generado con el imperialismo como fase superior del capitalismo.

⁵⁵ ITURRALDE, Manuel. Guerra y derecho en Colombia: El decisionismo político y los estados de excepción como respuesta a la crisis de la democracia. Revista de estudios sociales número 15. Universidad de los Andes, 2003. p. 33.

⁵⁶ *Ibíd.*, p.33.

⁵⁷ *Ibíd.*, p.37.

La guerra en Colombia tiene por tanto en sus dispositivos de emergencia tiene influencias de sectores internacionales que se benefician con las políticas económicas y militares en el país.

Esta legislación de emergencia en el marco de la división internacional del trabajo genera una política de ordenamiento territorial que se explica en la creación de lugares para los partícipes del pacto social y espacios marginados para los excluidos; con ello existen lugares donde es factible aplicar algunas disposiciones acordes al estado de derecho (o al menos simbólicamente generar un imaginario colectivo de que existe normas, así en la realidad muchas de ellas no se cumplan) y lugares donde el soberano decide sin limitación alguna.

Al respecto Buenaventura de Soussa Santos plantea:

El estado de excepción, es un caso particular de aplicación constitucional selectiva, por medio del cual el estado democrático faculta a sus agentes para actuar de manera fascista en las zonas salvajes. El uso recurrente del estado de excepción ha sido la forma específica ideada para legitimar las modalidades fascistas de actuación del estado en las zonas salvajes de conflicto armado. Desde mediados de los ochenta, el estado de excepción ha dejado de ser suficiente para garantizar la dualidad de la actuación estatal. Desde entonces parte del estado se ha deslizado hacia los terrenos de la guerra sucia, lo cual representa algo así como una excepción dentro de la excepción informal e ilegal para garantizar el control fascista de las zonas salvajes excluidas del contrato social y político.⁵⁸

El uso de la violencia estatal en medio de un estado de excepción permite la creación de fuerzas paraestatales para atacar y combatir al enemigo y los territorios marginados del pacto social, este ejercicio implica que se desarrolla la desinstitucionalización de la función penal por cuanto el derecho penal es el encargado de sancionar las conductas que lesionan los bienes jurídicos tutelados por el estado y mediante la violencia paraestatal automáticamente se usurpan las funciones del derecho penal para imponer sanciones y castigos lejos de un espíritu garantista, por el contrario se efectúan acciones orientadas a la eliminación física de las amenazas, de los peligros que representen ciertos sectores sociales para el estado.

Esta turbulenta realidad del país, solo es explicable porque se vive una situación de caos, donde la institucionalidad democrática cohabita con la violencia. “Guerra y derecho, guerra y política, son expresiones de dilemas más genéricos, como es el caso de la coexistencia entre la violencia y la democracia o entre la legitimidad y la violencia. Autores como Clausewitz conciben la política como la continuación de la guerra por otros medios, en el caso Colombiano, la ecuación sufre igualmente en nuestra historia una variación fundamental, en muchas ocasiones constituye la

⁵⁸ DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, Op. cit., p.48.

política en cambio la continuación de la guerra por otros medios. Es decir la guerra tiende a convertirse en un fin en sí misma, de manera que la política es convertida en un medio para hacer la guerra, para servir a ella como fin, como consecuencia de ello, de una manera reiterada a problemas de carácter político, se les otorga en la practica un tratamiento militar o meramente punitivo”⁵⁹, dado que el derecho es la continuación de la guerra por los medios o dispositivos de los cuales el estado goza. Las soluciones a los fenómenos sociales en un estado de excepción es la confrontación de los efectos no se buscan alternativas y soluciones a las causas se atacan los efectos mediante la represión jurídica y extrajurídica.

Si bien vivimos en medio de una excepción, de un caos perpetuo, cabe destacar que jurídicamente existe la figura del estado de excepción, es decir en medio de un estado autoritario como el nuestro, es posible que las facultades del ejecutivo se amplíen y con ello su capacidad de decisión. (Sería un tanto irónico que en un estado autoritario exista además la figura jurídica de la excepción que implicaría el comportamiento descarado del ejecutivo al estilo de una dictadura).

Es menester para ello, analizar que no todas las medidas de emergencia constituyen el estado de excepción, es clave revisar la tensión existente entre estado de excepción de carácter constitutivo y estado de excepción de carácter declarativo, “en esta discusión nace en gran medida el debate sobre la sustancia democrática o el carácter autoritario que asuma el instrumento jurídico de la excepción.

En el estado de excepción constitutivo el decisor tiende a constituir un estado de excepción, lo construye de acuerdo a sus valoraciones y esto permite que se tomen muchas veces medidas de emergencia desproporcionadas y que afectan los derechos fundamentales, falseando hechos que podrían ser tramitados por otras vías, mientras que en el estado de excepción declarativo se hace una valoración más ajustada a los hechos, se declara, mas no se constituye, no se construye artificialmente.⁶⁰

Analizar los estados de excepción desde el punto de vista jurídico es importante, porque surge el interrogante de: ¿cómo actúa el soberano en esas circunstancias?; Schmitt pensaba en el caso extremo y con ello en cómo debe actuar el soberano, es decir la autoridad, así surge la posibilidad de la suspensión del derecho en virtud del estado de excepción.

Para Schmitt al configurarse este estado de excepción “El estado permanece vigente mientras el derecho retrocede”, esta conclusión es extremadamente polémica. El estado prevalece al derecho en la concepción de Schmitt, el derecho no nace en el estado, sino que es el estado el que está en el derecho, conservar el

⁵⁹ APONTE, Guerra y derecho penal del enemigo. Op. cit., p.17.

⁶⁰ Ibíd., p. 22.

estado es viable a costa de sacrificar las garantías mínimas de todos los ciudadanos. Nuestro país se ha caracterizado por utilizar la figura de la excepción de forma continua, sobre todo en la constitución de 1886 donde se avizoraba la presencia del estado de excepción constitutivo, y es en estos estados donde se emitió contundentemente legislación de emergencia, sin embargo, nuestra carta política actual plasma esta filosofía, el artículo 212 reza así: “Los decretos legislativos que dicte el gobierno suspenden las leyes incompatibles con el estado de guerra”, mientras que el artículo 213 dice: Los decretos legislativos que dicte el gobierno podrán suspender las leyes incompatibles con el estado de conmoción; Estas prerrogativas nos permiten observar como la teoría de la razón de estado se ha materializado en nuestro ordenamiento jurídico y político.

“La suspensión del derecho en los estados de excepción, confirma, sin duda, una superioridad del soberano sobre la validez de la norma jurídica. La decisión la libera de toda dependencia normativa y se convierte en el sentido más verdadero en absoluta.”⁶¹ “De esta manera la línea divisoria entre guerra y política se borra y con ella, el límite que separa el estado de derecho del estado totalitario. La Alemania nazi fue una expresión devastadoramente clara de la conducción de la guerra contra los enemigos internos del estado (sus mismos ciudadanos) a través del derecho”⁶².

Esta suspensión del derecho realizado en una situación caótica se sustenta de acuerdo a este autor, en que las decisiones se tomen por la autoridad correspondiente, no importe el contenido, ni el cómo, importan quien en el momento tiene la capacidad de tomar decisiones, esto quiere decir que los contenidos de las normas que regulan los ámbitos sociales, jurídicos, políticos retroceden ante la autoridad, esto se explica en que para Schmitt “no existe ninguna norma aplicable al caos, el orden tiene que ser restablecido de tal manera que el orden jurídico tenga un sentido. Las decisiones del soberano cobran tal importancia que incluso el mismo decide quién es el enemigo, como atacarlo y que hacer para preservar el orden público.

Empero existen unas prerrogativas mínimas que neutralizan el comportamiento del estado, que son los principios reguladores de las normas y los derechos fundamentales, todas estas normas surgieron precisamente para limitar la actuación del sujeto de la decisión en el manejo de los estados de excepción, Siguiendo las reflexiones de Roxin, un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo *mediante* el Derecho Penal, sino también *del* Derecho Penal⁶³.

⁶¹ Ibíd., p. 26.

⁶² ITURRALDE Op. cit., p. 30.

⁶³ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. T. I, Civitas. Madrid: s.n., 1997. p. 137.

Con ello se quiere decir, que el ordenamiento jurídico no sólo debe preocuparse de establecer las consecuencias jurídicas para aquellas personas que vulneran bienes jurídicos, sino también de establecer los límites al empleo de la potestad punitiva del Estado, en busca de que el justiciable no quede desprotegido ante probables abusos estatales (policiales, judiciales, penitenciarios). Sin embargo la lógica excepcionalista posibilita la suspensión de estas garantías, retornando con ello a un estado de naturaleza, desencadenando en la guerra. Un estado autoritario entonces sacrifica el derecho cuando se ve amenazado para actuar de forma fascista y lograr así restaurar el orden establecido y en su devenir aparentemente normal utiliza al derecho como una herramienta para prolongar la guerra y con ello la situación de excepción, de conflicto en el país.

Es decir el estado Colombiano cuenta con todos los dispositivos para preservar el mandato del soberano y cuando se acrecentan situaciones caóticas, abandona incluso sus mismas prerrogativas para intervenir descaradamente y mantener la autoridad a costa de la vulneración de los derechos fundamentales de la población. De esta manera la crisis social, política, económica que pervive en el país ha sido tratado mediante la consolidación de un estado autoritario que rompe con los postulados del estado de derecho y que ha impuesto para su funcionamiento la justicia de emergencia como un instrumento para provocar la guerra, incluso estas mismas reglas se han abandonado en las situaciones más críticas para privilegiar el uso de la fuerza como principal arma política. “El orden jurídico y político Colombiano se encuentra a merced de las exigencias de la guerra que se libra en contra del narcotráfico, la insurgencia, la delincuencia organizada y la común, según la coyuntura, encubierto por el manto de la formalidad jurídica. El derecho se convierte así en la vestidura de la guerra.

Las normas en circunstancias aparentemente normales, se convierten en violencia dirigida al igual que la administración de justicia que tiende a servir intereses particulares situados en el ámbito de las decisiones políticas coyunturales, pragmáticas o meramente partidistas; “García Villegas le da el nombre de constitucionalismo perverso a esta tendencia, que es responsable del abuso gubernamental de los estados de excepción que, a su vez, alimentan la situación de violencia generalizada en Colombia, pues las posturas en el interior de la sociedad se polarizan a través de la división esquemática entre amigos y enemigos, cuyas posiciones no se pueden reconciliar mediante una política integradora, y que alimenta los odios y la sed de venganza a través de la vía militar que se expresa no solo en las acciones de este tipo, sino también a través del discurso mismo del estado y de su accionar por medio de las formas jurídicas”.⁶⁴ Más aún cuando se trata del derecho penal, que es donde más se encuentran en juego los derechos fundamentales. “El derecho penal se ha dejado de ser un medio limitado y un instrumento para asegurar la libertad y ha pasado a

⁶⁴ ITURRALDE, Op. cit., p.35.

ser un medio absoluto autorizado para la consecución de cualquier tipo de finalidad política.

Como sugiere Neumann, los regímenes autoritarios tienen un principio energético, el del temor y la ansiedad. El miedo irracional es un soporte y un ingrediente esencial de todos los regímenes totalitarios, el cual es explotado por aquellos que detentan el poder, con el fin de garantizar la obediencia de la población sobre la que gobiernan, es la acción punitiva del estado su principal forma de expresión⁶⁵

En el caso colombiano, además de darse el fenómeno de un derecho penal político instrumental, se trata en general de una forma muy especial de la acción política: de la política concebida y vivida fundamentalmente como confrontación irreductible entre enemigos, de esta manera el derecho penal no es utilizado en la práctica como ultima ratio, sino al contrario como prima ratio, que tiende a ser movilizado con el propósito de resolver todo tipo de problemas económicos, sociales o políticos. Es un modelo que tiende, al mismo tiempo, a ser totalizante, respecto no solo del sistema derecho penal, sino del sistema del derecho en general⁶⁶

Este esquema de Schmitt, y la justicia penal de emergencia se ha impuesto como correlato de la instauración de un estado autoritario en nuestro país. “El Derecho Penal de emergencia y la creciente legislación penal que lo acompaña (y la que se produce fuera de su ámbito) responde a ideologías políticamente antiliberales que van marcando una tendencia que pone en peligro al Estado de Derecho, amenazado por el poder arbitrario que esas leyes otorgan a las agencias ejecutivas del sistema penal”⁶⁷.

La justicia penal de emergencia, tiene unas características en su discurso que de acuerdo con Zaffaroni⁶⁸ son:

- El *armamentismo* del discurso. Poco importa la naturaleza pacífica de lo que el objetivo manifiesto del discurso pretende defender.
- La *disparidad de enemigos* es otra característica infaltable. El enemigo manifiesto nunca es el real. Los peores enemigos de toda emergencia son los que ponen en duda la magnitud de la necesidad invocada, porque son los que cuestionan el poder represivo de quienes lo ejercen.

⁶⁵ Ibid., p.36.

⁶⁶ APONTE, Guerra y derecho penal del enemigo. Op. cit., p.15.

⁶⁷ ZAFFARONI, Op. cit., pp. 613-620.

⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El Derecho Penal Liberal y sus Enemigos. tomado de ZAFFARONI, Eugenio Raúl. En Torno de la Cuestión Penal. Op. cit., pp.153-177

- A lo anterior corresponde la *disparidad de fines*: no interesan los objetivos manifiestos, sino la forma misma del ejercicio del poder (Foucault)
- Es indispensable que el propio discurso, ante la magnitud del mal, deba proceder a la *legitimación del bien*.
- Lo anterior en parte se explica porque el mal logra aliarse con los humanos más débiles y defectuosos (inferiores o subhumanos). La *inferioridad del enemigo* es dato necesario de toda emergencia, para lo cual construye estereotipos que responden a los peores prejuicios de cada sociedad.
- La *inmunidad al mal* de los propios especialistas es condición indispensable del éxito del discurso: quien combate el mal debe ser inmune a éste.
- El *uso encubridor del discurso* *Justificación de todas las anomalías*.
- El discurso de emergencia nunca contradice los prejuicios funcionales. En este sentido, opera el *refuerzo de prejuicios* sociales, por lo cual aparece como un elemento sedativo de la sociedad, al reafirmar las convicciones más aberrantes pero fuertemente arraigadas. Sin los prejuicios la convicción pública de la necesidad no puede instalarse.
- Asegurar la *reproducción de la clientela* es condición indispensable para la permanencia de la emergencia. Si se agotan los enemigos la necesidad cesa.
- La *alquimia o inversión valorativa* de los signos es fundamental: Todo se convierte en indicios en contra para el enemigo.
- La emergencia debe operar una *neutralización de fuentes deslegitimantes de autoridad*.
- No nos ocupamos aquí de las importantes características procesales derivadas de las mencionadas, sólo por razones de espacio, pero no podemos dejar de anotarlas y, especialmente, señalar su rasgo común: la *degradación ética del represor*.

Todo embuste o engaño era útil para obtener los nombres de cómplices, incluyendo las falsas promesas aún bajo juramento. No otra cosa son los sobornos a testigos y a codeficientes en forma de impunidad o benignidad, la introducción de espías, la compra de información y todas las inmoralidades que acompañan a los procedimientos inquisitorios de todos los tiempos”.

Todas estas características del derecho de emergencia nos muestran como se ha construido un discurso jurídico para la guerra que legitima la creación de enemigos dentro de la misma sociedad que regula el ordenamiento jurídico y político, basados en los prejuicios morales y en la militarización de los fenómenos sociales y políticos.

“La característica común del autoritarismo de todos los tiempos es la invocación de la necesidad en una emergencia: la herejía, el Maligno, el comunismo internacional, la droga, la sífilis, el alcoholismo, el terrorismo, etc. Se absolutiza un

mal justificando una necesidad apremiante, inmediata e impostergable de neutralizarlo (argumentos para provocar la guerra)”⁶⁹.

La excepción perpetua del país permite que constantemente el poder ejecutivo abuse de sus funciones y de su capacidad de decisión en situaciones trascendentales para el país, por lo que se busca justificar la acción estatal desproporcional y desmedida en contra de los mismos ciudadanos que disienten de la política del régimen y que son considerados como enemigos utilizando sanciones exacerbadas acompañadas de la represión y de mecanismos de violencia paraestatales. Diría Roxin un estado que actúa con esas características es un Estado que se ubica al mismo nivel del delincuente,* y esa actitud resulta sumamente perjudicial para la conformación de la democracia.

Además de las características mencionadas anteriormente, el derecho penal de emergencia, específicamente, se caracteriza por tener leyes trasnacionalizadas, construidas a favor de los intereses de grandes potencias multinacionales que riñen con un derecho penal civilizado, el modelo económico globalizador responde a una ideología de seguridad ciudadana que se traduce en leyes represivas que no sólo alteran toda racionalidad en las escalas penales, sino que son de imposible cumplimiento: sanciones de más de 50 años por ejemplo. Otra de las respuestas de los operadores políticos es crear prerrogativas renormalizantes, de situaciones que se encuentran reguladas, creando tipos penales insólitos sin que los mismos resuelvan los problemas que aparentemente regulan.

Estas leyes trasnacionalizadas, frontalistas y renormalizantes son características inherentes a la legislación penal de emergencia, si por tal entendemos una legislación que: “a) se funda en un hecho nuevo, pretendidamente nuevo o extraordinario; b) la opinión pública reclama una solución a los problemas generados por tal hecho; c) la ley penal no resuelve el problema, pero tiene por objeto proporcionar a la opinión pública la sensación de que tiende a resolverlo o a reducirlo; d) adopta reglas que resultan diferentes de las tradicionales en el Derecho Penal liberal, sea porque lo modifican en su área o en general, porque crean un Derecho Penal especial o alteran el Derecho Penal general”⁷¹, originando en muchas circunstancias tipos penales en blanco, delitos de peligro abstracto, la configuración de delitos de comisión por omisión, que ante determinados

⁶⁹ Ibíd., pp.153-177

* Así lo sostiene ROXIN cuando manifiesta que: “esto (en relación a un caso de tortura a un secuestrador para obtener datos del secuestrado) no legitima al Estado para atacar por su parte la dignidad humana del autor porque su superioridad moral frente al delincuente reside precisamente en que no utiliza los mismos medios que éste”, Conferencia: ¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?, brindada el 04/Marzo/2004 en la Universidad PABLO DE OLAVIDE, Op. Cit.

⁷¹ ZAFFARONI, La Creciente Legislación Penal y los Discursos de Emergencia, Op. Cit., pp. 613-620.

supuestos de hecho pueden resultar vulnerando los principios de legalidad, proporcionalidad, etc., además también se recurre en muchas ocasiones a la creación de normas que nunca se materializan en la sociedad, que existen de manera simbólica, creando con ello el llamado *Derecho Penal simbólico*⁷².

Estas características conllevan a que el control que ejerce el derecho penal al poder punitivo del estado en un estado liberal sea invadido por el derecho administrativo de coerción directa, es decir se da el fenómeno que muchos autores denominan como la administrativización del derecho penal, retomando el viejo esquema de derecho de policía y desnaturalizando el derecho penal liberal; autores como Silva Sánchez opinan de esta manera que es imposible “*volver al viejo y buen derecho penal liberal*”, y que la propuesta de devolver al Derecho Administrativo todo lo nuevo del Derecho Penal representa una postura loable desde perspectivas academicistas. Propone la configuración del derecho penal de dos velocidades que sostiene que la “*función racionalizadora del Estado sobre una demanda social de punición puede dar lugar a un producto que resulte, por un lado funcional y, por otro lado, suficientemente garantista. Así se trata de salvaguardar el modelo clásico de imputación y de principios para el núcleo duro de los delitos que tienen asignada una pena de prisión. Por el contrario, a propósito del Derecho penal económico, por ejemplo, cabría una flexibilización controlada de las reglas de imputación (así, responsabilidad penal de las personas jurídicas, ampliación de los criterios de autoría o de la comisión por omisión, de los requisitos de vencibilidad del error, etc.), como también de los principios políticos criminales (por ejemplo, el principio de legalidad, el mandato de determinación o el principio de culpabilidad)* quedando así caracterizadas a juicio del autor las “dos velocidades” del Derecho Penal, una primera velocidad representada por el “Derecho penal de la cárcel” y una segunda velocidad para los delitos de “penas privativas de derechos o pecuniarias”.

El derecho penal de emergencia se trata también de sustentar en los discursos de la postmodernidad, el catedrático de la Universidad de Frankfurt (Alemania) hassemer considera que “aquel Derecho Penal clásico de la Ilustración, asentado en los principios de intervención mínima y legalidad, y que representaba una imagen de delito como delito de lesión a un bien jurídico, en la actualidad no se encuentra en condiciones de dar respuesta a las modernas exigencias sociales y llega a considerarlo como “contra productivo y anacrónico” y el nuevo Derecho Penal rompe con esa tradición en la medida que lo consume (fenómeno que él denomina “*la dialéctica de lo moderno*”), pasando a caracterizarse por tres notas: a) Protección de bienes jurídicos con un criterio positivo de criminalización; b) La prevención como paradigma penal dominante, en el sentido de que al “*Derecho Penal ya no preocupa tanto una respuesta adecuada al pasado, como prevenir el futuro*” y en la que subyace subliminalmente la noción de que “el fin parece

⁷² DIEZ RIPOLLES, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. Actualidad Penal, N° 1. Madrid: s.n., 2001. pp. 1-22.

justificar los medios”; y c) La orientación a las consecuencias como meta dominante en la que el Derecho Penal pretende ser considerado “*un instrumento de pedagogía social y de transformación*”⁷³.

Si bien se trata de argumentar que el derecho penal de emergencia es una reacción al anacrónico derecho penal liberal, es importante considerar que a lo largo de la historia han existido expresiones de autoritarismo estatal y por ende de legislación de emergencia, máxime en nuestro país que vive el drama de la confrontación desde hace varias décadas. Lo que ha ocurrido es que las circunstancias han generado la configuración de nuevas conductas punibles con base en la existencia de los enemigos que ha declarado las circunstancias históricas y que pretenden tratarse desde la justicia penal de emergencia para consolidar el modelo de estado autoritario.

Este modelo de justicia penal de emergencia se ha materializado desde tres vertientes en nuestro país: El derecho penal eficientista, el derecho penal del enemigo y el populismo punitivo.

4.1 DERECHO PENAL EFICIENTISTA

El fordismo como un sistema socioeconómico de producción en serie, impulsó la eficiencia como un criterio económico que revela la capacidad administrativa de producir el máximo de resultados con el mínimo de esfuerzos, energía y tiempo.

Los momentos de crisis, desestabilidad social, miedo, guerra y tensión se han explotado para crear normativas antagónicas a la idea de democracia, de esta manera con el auge del fordismo se impulsó la eficiencia como un fin en todas las esferas políticas y sociales, incluyendo al conjunto del ordenamiento jurídico, específicamente al derecho penal.

El discurso eficientista ha desnaturalizado el derecho liberal, las garantías, los derechos están en función de lograr la mayor eficacia, es decir la obtención de resultados en el menor tiempo posible, la eficacia se determina como fin y no como medio para la obtención de la justicia.

La eficacia surge como respuesta a la crisis del modelo de justicia y sus índices de impunidad, las constantes infracciones al derecho requiere de un tratamiento punitivo eficiente que permita la consecución de positivos judiciales que resuelvan estas problemáticas de forma efectiva, construyendo para ello un sistema jurídico endurecido y fuerte. Así el derecho penal asume un papel preponderante para la pacificación eficientista, utilizando para ello un modelo de derecho levantado sobre

⁷³ HASSEMER, Winfried. Crisis y características del Moderno Derecho Penal. Actualidad Penal, Nº 43. Madrid: s.n., 1993. pp. 643-644.

una idea particular de “eficacia” o de “eficiencia” de la administración de justicia, prevaleciendo las sanciones fuertes que prevengan la comisión de conductas punibles.

Esta utilización del derecho penal como *prima ratio* re caracteriza al estado, otorgándole funciones propias de un modelo autoritario donde las problemáticas sociales se criminalizan y no se solucionan por otras vías. Este tipo de justicia en la práctica se convierte en un promotor de la guerra, pues los conflictos se tramitan mediante el uso desmedido de la fuerza estatal desde sus dispositivos jurídicos y militares.

El eficientísimo como un avance antiliberal se vale de dos discursos diferentes, según se dirija al gran público o al reducido círculo técnico jurídico, en razón de que, conforme al destinatario, fundan la supuesta eficacia preventiva del poder punitivo en diferentes formas de prevención. En tanto que el discurso político periodístico basa la eficacia en la prevención general negativa (la disuasión), el discurso legitimante de los juristas lo hace en la positiva (el refuerzo de la confianza en el sistema).⁷⁴

Las prerrogativas del estado liberal cedieron de esta manera terreno a “las racionalizaciones asentadas sobre una pretendida necesidad de eficacia entendida no solo como la producción a toda costa de sentencias condenatorias o, en todo caso, como la producción de decisiones que afectan de manera directa la libertad de las personas sino en la promoción de una eficacia preventiva ante supuestas nuevas amenazas que exigen mayor represión.

Desde esta óptica lo único que importa es generar credibilidad en el estado como actor preventivo, lo cual implica ceder garantías para aumentar la seguridad del estado, por ello se formula más allá de todo límite razonable la detención preventiva como un mecanismo para evitar la vulneración de los bienes jurídicos tutelados.

Una persona está detenida “preventivamente” hasta que el Estado prácticamente le consiga las pruebas para condenarlo. En la práctica eficientista el proceso penal se convierte, en sí mismo, en la pena”⁷⁵.

La detención preventiva, convierte al derecho penal de acto en un derecho penal de autor, donde el criterio de peligrosidad del agente que comete la conducta punible se asume como una violación al principio de buena fe, determinando así la culpabilidad sin que se desarrolle con plenas garantías y en su totalidad el proceso jurídico penal.

⁷⁴ ZAFFARONI, El Derecho Penal Liberal y sus Enemigos, pp.153-177.

⁷⁵ APONTE, El derecho penal en una perspectiva de paz de la tensión entre eficientismo y garantismo en el caso colombiano. Op. Cit.

Por otra parte las sentencias condenatorias son muestra de un derecho penal endurecido que permite además de realizar la prevención general negativa, generar confianza en la efectividad del derecho penal, aunque estas decisiones en realidad se encuentren alejadas del sentido de justicia y con ello propicien la vulneración de otros derechos fundamentales.

La detención preventiva y el derecho penal endurecido se convierten, por tanto, en las expresiones propias del eficientismo penal.

La eficacia termina superponiéndose sobre los derechos fundamentales, la urgencia de resultados ágiles, basados en un derecho penal fuerte que juzga a priori y que vulnera la libertad de los ciudadanos, bajo la necesidad de evitar peligros para la sociedad, utilizando la detención preventiva, es una muestra del abuso del ius puniendi del estado.

La eficacia termina desplazando la legitimidad del sistema penal. Aquí adquiere todo su dramatismo la tensión entre eficientismo y garantismo. Los resultados se anteponen al contenido de las decisiones y como tal a la noción de justicia.

“Este modelo de justicia se viene desarrollando en Colombia a partir de la ‘década de los ochenta, concretamente a partir de la ley 30 de 1986 o estatuto nacional de los estupefacientes y tiene su punto de consolidación en la expedición del estatuto para la defensa de la justicia o la creación de los llamados jueces sin rostro.

“El estatuto de estupefacientes en su discurso incorporo como objetivo esencial encontrar la eficacia en el sistema penal, la nueva criminalidad solo podía ser enfrentada con un derecho penal verdaderamente eficaz; pero es el estatuto para la defensa de la justicia el que instaura con mayor precisión la justicia penal de emergencia.

El estatuto para la defensa de la justicia tenía como principio rector, buscar mecanismos jurídicos que permitieran dar seguridad a los jueces, y a las demás personas que vinieran siendo objeto de atentados por razón de su participación en las investigaciones adelantadas contra sus integrantes, en general, a todos los funcionarios estatales e intervinientes dentro del proceso penal, sobre la base de dotar toda la jurisdicción de orden público, de un soporte administrativo eficiente, que permitiera a sus integrantes cumplir su función en forma adecuada. Así se robusteció la capacidad operativa de los cuerpos auxiliares de la justicia, para luchar eficazmente contra las organizaciones delictivas que perturbaban la tranquilidad del país. Esto bajo el supuesto de un proceso secreto y con restricción

severa de las garantías del estado de derecho. Lo cual fue escenario perfecto para la aplicación de un derecho penal del enemigo”.⁷⁶

El eficientismo en el marco de la constitución de 86 se amparaba en las características que tenía el estado de excepción y en las amplias potestades que se le otorgaban al estado, sin embargo con la realización de la constituyente de 1991, se generan mayores restricciones a las facultades que posee el ejecutivo para restringir los derechos y las garantías. “el artículo 214 numeral 6 preserva el control constitucional automático, mientras que el congreso tienen una nueva dinámica de control político también. El numeral 2 del artículo 214 establece una limitación fundamental: “No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales, en todo caso se respetaran las reglas del derecho internacional humanitario.

Sin embargo si bien ya no se utiliza el estado de excepción como herramienta jurídica de la doctrina de la razón de estado, ahora se desconoce el derecho so pretexto de buscar la eficacia como fin de la administración de la justicia, la cual se desarrolla en un seudo discurso de argumentación del propio orden jurídico para *lograr desconocer el derecho*.

Esto lo evidenciamos en el control constitucional donde la corte se ve presionada a fallar bajo el imperativo de la eficacia, empero la falta de fundamentación de las normas de excepción ha convertido a “la rama judicial en un verdadero codecisor, en un sujeto paralelo de la decisión sobre los estados de excepción y sobre la normas que lo desarrollan, en una hacedor simultaneo de la política criminal de emergencia y del derecho penal de enemigo”⁷⁷.

La fiscalía y la corte constitucional han contribuido en el posicionamiento del eficientismo penal, la Fiscalía

Su carácter administrativo interno, igualmente la corte constitucional pese a su imperiosa labor de promover la aplicación del derecho en una sociedad en conflicto ha contribuido en sus ejercicios de ponderación a dar mayor prevalencia a la eficacia sobre los derechos fundamentales.

Desde el principio de su actuación, la Corte se vio impelida a buscar equilibrios entre el valor de la Carta de Derechos, y aquellas normas propias de la organización institucional dentro de la Constitución Política. Pero, en relación con las declaraciones del Estado de Excepción como conmoción interior, y en la

⁷⁶ UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA. Los Derechos Humanos un contrasentido en las políticas securitarias en el Estado Colombiano. Revista Facultad de derecho y ciencias políticas. Vol. 43. No 118. Medellín. Junio de 2013.

⁷⁷ APONTE, Guerra y derecho penal del enemigo. Op. cit., p.77.

revisión automática que de ellas hace la Corte constitucional, ésta en diversas ocasiones ha privilegiado la parte organizativa sobre la Carta de Derechos.

Es de aclarar que esta idea no desconoce en ningún momento el enorme aporte que la corte constitucional ha realizado, en relación con la construcción de un derecho penal de la constitución.

“Los importantes controles realizados en numerosos casos en guía de proteger las garantías y los derechos fundamentales, incluso ha llevado a que la misma sea criminalizada dentro de la lógica del derecho penal del enemigo que ella se ha negado en diversas ocasiones a prohijar, pero debe evidenciarse el peligro que representa que el poder judicial se convierta en cohacedor simultaneo de política criminal. Más allá de las decisiones mismas, se trata también de la presión de algunos sectores sociales o de medios de comunicación sobre la corte constitucional, para que esta decida en función de intereses políticos específicos y coyunturales”.

El eficientismo penal se configura, por ende, como un mecanismo de criminalización de problemas sociales, políticos y económicos que se desarrolla en la formula crimen- pena, encontrando salidas penales a situaciones que requieren la concurrencia de múltiples agencias estatales, irónicamente lo que arroja el tratamiento específicamente punitivo a los problemas sociales es la ineficacia pues la complejidad de estos fenómenos excede la capacidad regulativa del derecho penal.

Además de lo señalado con este tratamiento inadecuado, se empieza a generar una profunda decepción y desconfianza en el ciudadano del común, que no solo observa como los problemas no son resueltos con la norma penal, sino como estos problemas día a día se agravan más.

El eficientismo penal en su pretensión de sancionar todas las conductas que atenten contra los bienes jurídicos especialmente el de la seguridad del estado, reproduce en su práctica cotidiana el castigo de inocentes. “Esta situación se ve reflejada en diversos casos en los que se reprimen conductas atendiendo a una política criminal que es extraña al entorno en donde se ha de aplicar, razón por la cual suele suceder que el sistema penal termine persiguiendo e incriminando al último eslabón de la cadena delictiva, que no representa una verdadera amenaza contra el orden social (Caso del consumidor de drogas)”⁷⁸

⁷⁸ ZULUAGA VARÓN, Diana Carolina. Tendencias actuales de los sistemas penales: Consideraciones en torno a la criminalización de conductas relacionadas con el consumo de drogas. Redalyc. Reed de revistas científicas de américa latina, el caribe, España y Portugal. Jurídicas, volumen 5. Manizales Colombia: Universidad de Caldas. 2008. pp. 157-163.

“Menores garantías importan mayor arbitrio de las agencias estatales y menores espacios de libertad social. Además de la pérdida general de seguridad que esto conlleva, el espacio de arbitrariedad ofrece un vacío de reglas (anomia) que rápidamente ocupa la corrupción, cuyo resultado es la pérdida de eficacia preventiva de las agencias de coerción directa del Estado”⁷⁹; obviamente esta anomia propicia la arbitrariedad en la justicia y la victimización de seres humanos que no son vistos como ciudadanos con derechos, y muchas veces ni siquiera como infractores del derecho sino como enemigos.

La respuesta penal de un estado que basa su política criminal en el eficientismo se desliza hacia una población distinta a la que origina las diversas problemáticas sociales, es decir se ataca y se victimiza a la población más vulnerable, siendo completamente obsoleta esta justicia en la eficacia que se proponía conseguir pues el sistema penal termina fallando y convirtiéndose en un cohacedor de los conflictos, la violencia y la guerra.

4.2 DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Para comprender el derecho penal del enemigo, es necesario analizar la noción de la política y como su visión polémica ha generado que las realidades y los conflictos sociales se tramiten mediante la guerra.

Tradicionalmente se ha concebido lo político como la construcción solidaria de la polis, Hannah Arendt, quien ha sistematizado varios trabajos sobre la concepción de lo político desde la noción de la polis, comprende la actividad política en el horizonte de la libertad, por ello para la autora el sentido de todo lo político es la libertad, no en la libertad de la voluntad, ni en el libre arbitrio, sino en la libertad de actuar en relación con el otro, esta interacción presupone la existencia de lo contradictorio, y es allí donde justamente lo político encuentra su esencia, pues lo político no consiste en la negación y exterminio de lo opuesto, al contrario consiste en situarlo en terreno del trato colectivo, consiste en concebirlo en función de la capacidad social de negociación que les asiste a los hombres entre sí, Lo político no es la destrucción de lo contradictorio sino su mediación.⁸⁰

Por otra parte para Marx, Engels y Lenin la definición de lo político y de la política gira en torno a dos preposiciones: “Toda lucha de clases es una lucha política, la lucha de clases es el motor de la historia”⁸¹. De esta manera la política es todo elemento perteneciente a las formaciones sociales y sus continuos devenires, es decir la política sería la ciencia de la transformación de la historia de la humanidad.

⁷⁹ ZAFFARONI, El Derecho Penal Liberal y sus Enemigos, Op. Cit., pp.153-177.

⁸⁰ APONTE, Guerra y derecho penal del enemigo. Op. cit., p.36.

⁸¹ CRUZ REVUELTAS, Juan Cristóbal. Que es la política? Antología de los mejores textos modernos. México: Publicaciones Cruz O.S.A., 2000.

Bajo esta concepción, el objeto de todas las disputas sociales y por tanto el fin de la política, es lograr la felicidad de toda la humanidad a través de la creación de una sociedad igualitaria donde prime la premisa de a cada quien según su necesidad para lograr acabar con la explotación del hombre por el hombre.

Según aponte⁸² “en Carl Schmitt, por el contrario, no hay tendencia a la mediación, desde la idea general de la negación, emprende Schmitt su definición de lo político. Para el autor, este concepto se puede tener, de una diferenciación última que tenga lugar en el universo particular y distinto de otros ámbitos. Smith deduce, entre tanto diferenciaciones últimas, que según él, tendrían lugar en otras esferas de lo humano y que determinarían su naturaleza, en el ámbito de la moral se encuentra la diferenciación entre bueno y malo, en lo estético lo bonito y lo feo y en el terreno específico de lo político, en la búsqueda de una diferenciación independiente de todas las demás, encuentra el autor que la diferenciación política específica a la cual se reducen los comportamientos y motivos políticos, es la diferenciación entre amigo y enemigo.

El enemigo no sería así, en principio un enemigo moral, ni un enemigo de carácter religioso, es aquel que se halla en capacidad de constituir una negación de la propia existencia. El enemigo es al mismo tiempo un enemigo público; Los odios en la esfera individual no se traducen en una confrontación de carácter político, tan solo aquello que tenga la intensidad para motivar el agrupamiento de los hombres entre amigos y enemigos posee la fuerza de lo político, tan solo la eventualidad y la posibilidad de la confrontación de colectividades, expresa lo político”.

La disyuntiva de este pensamiento antitético es que nunca logra encontrar una síntesis, como pensamiento dialectico. Este enfoque de enemistad conduce en la práctica a una absolutización del concepto de enemigo, pues la política siempre será polémica y no se deja posibilidades para la amistad. Pese a la deducción de la última diferenciación aplicable en el terreno político, se desarrolla una contradicción, donde se genera una visión moralista de la política, para poder demostrar que si los enemigos amenazan la humanidad, la política debe estar orientada a la guerra.

Esta concepción del enemigo está directamente vinculada a la posición filosófica política que se mantenga en torno a la autoridad. Si la autoridad se concibe de modo funcional, ella misma puede convertirse en enemigo al dejar de cumplir su misión. Si por el contrario se entiende de modo formalista, sus

⁸² APONTE, Guerra y derecho penal del enemigo. Op. cit., p. 39.

presupuestos ideológicos se convierten en la definición de la cultura jurídica común.⁸³

Es decir la construcción teórica de la definición de lo político de Carl Schmitt está ligada a una perspectiva filosófica política de obediencia ciudadana al poder establecido, se niega el derecho legítimo de la resistencia a la tiranía desde esta óptica; el contrato social surge con la intención de limitar los excesos y abusos de poder emanados de la autoridad y de la necesidad del control político, pero la razón de estado configura el totalitarismo y con ello afecta el pacto social, pues los fines esenciales del mismo se desnaturalizan.

“El paradigma del enemigo adquiere mayor relevancia cuando nos referimos al derecho, el autoritarismo hobbesiano pretendió el monopolio de la fuerza y toda fisura en ello sería delito o guerra, que pasaron a ser sinónimos. El positivismo jurídico quiso legitimar y regular la guerra mediante leyes”⁸⁴, se presenta entonces el derecho como un instrumento al servicio de la lógica bélica, especialmente el derecho penal, como la utilización de la facultad sancionatoria del estado para la resolución de los fenómenos sociales que lesionan bienes jurídicos tutelados.

Válida sería la reflexión de Nietzsche, el derecho nunca se ha podido desligar de su función esencialmente vengativa, el derecho constituiría la teatralidad donde la venganza se escenifica; el derecho sería así el mimo de la guerra.

La propuesta teórica de Schmitt en cuanto a la política, si bien no es citada explícitamente, es sustentada por Jakobs, quien desarrolla los postulados del derecho penal del enemigo en contraposición al derecho penal del ciudadano, con bastantes ambivalencias, que terminan de alguna forma enrutando sus análisis hacia la legitimación del totalitarismo y de un derecho poco garantista en la práctica.

Según Aponte⁸⁵, Gunther Jakobs, en un trabajo muy importante presentado al seminario de profesores de derecho penal alemán en el año de 1985, enfrenta las pretensiones legislativas eficientistas en ese país, que buscan criminalizar el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. Para Jakobs esta tensión entre la protección de los bienes jurídicos tutelados y la libertad se resuelve a favor de la primera, en palabras de Franz Von Liszt “se busca la protección de bienes jurídicos, mediante la lesión de otros bienes jurídicos. Esta intangibilidad de los bienes jurídicos, trastorna la lógica de la reacción estatal penal frente al delincuente: este es definido como tal, en la medida en que como sujeto, pueda

⁸³ BASTIDAS FREIXEDO, Xacobe. Los bárbaros en el umbral. Fundamentos filosóficos. Ver en MELA, Cancio y GÓMEZ Jara Diez. Derecho Penal del enemigo. Discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: Euros editores, 2006. p. 291.

⁸⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídica penal. Democracia autoritaria y capitalismo maduro. Barcelona: El viejo topo, 1983. p. 181.

⁸⁵ APONTE, Guerra y derecho penal del enemigo. Op. Cit., p. 33.

representar un peligro potencial para bienes jurídicos tutelados, de tal manera que el comienzo del peligro, así sea este, establecida bajo meras suposiciones, puede en todo caso ser criminalizado.

La amenaza sin duda, una pieza clave dentro de la lógica eficientista, es la que autoriza una reacción penal en el estadio previo a la comisión del delito. Es previo en relación con la realidad objetiva y por ello anterior a la conducta punible objetivada, pertenece por ello exclusivamente a la esfera de la subjetividad.

La criminalización del estadio previo significa, ante todo que el “autor viene definido tan solo por el hecho de que puede constituir un peligro para el bien jurídico, con el añadido de que cabe anticipar potencialmente sin límite alguno el comienzo de tal peligro. El autor es concebido como fuente de peligro, como enemigo del bien jurídico tutelado. El delincuente es convertido en estas condiciones para Jakobs en un enemigo”.

El derecho penal del enemigo por tanto se predispone a la existencia de la excepcionalidad, representa una contradicción absoluta con el estado liberal y con los presupuestos necesarios para la consecución del pacto social, los conflictos sociales se terminan resolviendo mediante el uso del derecho como arma de guerra o con el uso desproporcionado de la fuerza.

Generalmente el ius puniendi suele ser la última ratio, empero en el marco de la visión del enemigo, el derecho penal se utiliza como prima ratio, anteponiendo el derecho penal de autor sobre el derecho penal de acto, lo cual implica un desorden en la noción de iter criminis dado que no se sanciona por los hechos punibles cometidos (los actos consumados), por el contrario se juzga el peligro y la amenaza que pueden representar ciertas personas para los intereses del estado. El derecho como sistema de reducción de la complejidad, actúa entonces incluso sobre aquello que es anterior a la conducta exteriorizada: sobre la expectativa.

El enemigo, en el derecho penal genera una lógica de criminalización indiscriminada, dado el juzgamiento del estado previo del delito, bajo el criterio de la peligrosidad, los simples supuestos configuran las amenazas, no solo las tensiones provocan las guerras, la invasión del fuero interno crea la enemistad y dirige hacia estos sujetos el ius puniendi y el ius belli.

Para Jakobs “El “*enemigo*” es un individuo que, mediante su comportamiento individual o como parte de una organización, ha abandonado el Derecho de modo supuestamente duradero y no sólo de manera incidental; es alguien que no garantiza la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y manifiesta ese déficit a través de su conducta. “El tránsito del “*ciudadano*” al “*enemigo*” se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas. Y en ese tránsito, más allá del significado de cada hecho delictivo

concreto, se manifestaría una dimensión fáctica de *peligrosidad*, a la que habría que hacer frente de modo expeditivo a través de un ordenamiento jurídico especial.”⁸⁶

Esta definición de enemigo funciona como estrategia de organización social basada en la inclusión- exclusión, por ende se genera una expulsión del pacto social a los infractores que se niegan a reconocer al soberano y se sustenta con ello una doctrina de la muerte y la guerra. “La exclusión de algunos sujetos del circuito de comunicación es un indicio de la presencia de una situación de estado de excepción en el ordenamiento y por tanto implica la suspensión de las garantías constitucionales”⁸⁷.

El pacto social termina moldeándose a los intereses del estado y deja de ser un acuerdo para convertirse en una imposición inconsulta de prerrogativas que no protegen los derechos que se supone, son objeto del contrato social.

Con el enemigo no cabe comunicación porque ha dado muestras de lo que podríamos llamar afasia jurídica: no solo no respeta las reglas semánticas (esto tampoco lo hace el delincuente ordinario) sino que tampoco las hace con las sintácticas. En suma produce ruido, no enunciados susceptibles tan siquiera de corrección. Por seguir utilizando este símil lingüístico, el ciudadano que delinque habla mal nuestra lengua y en consecuencia el derecho intenta enseñarle su uso correcto reafirmando la validez del patrón ortográfico que usa la mayoría; el enemigo en cambio habla otro idioma y además da muestras de no querer aprender el nuestro. Por eso al enemigo como dice Jakobs no se le comunica nada, simplemente se le combate⁸⁸

Esta diferenciación entre infractores del derecho y enemigos, crea un derecho penal que no ofrece garantías ni derechos a los excluidos por el contrario, de una forma religiosa se demoniza a determinado grupo de personas para justificar su exterminio, “Los enemigos se convierten en enemigos no por los hechos sino por las características del autor”⁸⁹, características que las construye el estado en determinación de los criterios de exclusión, afectando con ello las históricas

⁸⁶ GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl. Los discursos de emergencia y la tendencia hacia un derecho penal del enemigo. Bogotá: s.n., s.f. p. 12.

⁸⁷ CORNACCHIA, Luigi. La moderna hostis iudicatio, entre norma y estado de excepción. El derecho penal del enemigo y la sociedad del conflicto ver en MELA y GÓMEZ, Op. cit., p. 420.

⁸⁸ BASTIDA FREIXEDO, Op. cit., p.280.

⁸⁹ KAI, Ambos. Derecho penal del enemigo. Bogotá: s.n., s.f. Ver en MELA, Cancio y GÓMEZ, Op. Cit., p. 137.

reivindicaciones jurídicas en relación a las libertades y al reconocimiento que tienen todos los seres humanos por el hecho de ser personas.

“En el plano de la política social práctica, la agrupación ciudadano/ enemigo conduce a un incremento en la presión sobre los grupos sociales que de todas maneras tienen que luchar contra su marginalización” es decir tratar de insertarse en el sistema y evitar convertirse en enemigo.

Jakobs evoca el peligro de la pluralidad extrema y la fuerza explosiva de la llamada multiculturalidad, sus reflexiones se dirigen sobre todo contra los otros que provienen de una cultura extranjera. “Si la pena tiene que confirmar la cultura dominante (sin tener en cuenta la realidad multicultural de las modernas sociedades industriales que ciertamente, excluye una base cultural homogénea para el derecho penal) entonces el emigrante que permanece en su propio entorno cultural no puede ofrecer la necesaria seguridad cognitiva para estar seguro de su fidelidad al derecho”⁹⁰

Resulta evidente que debe distinguirse entre enemigo interno y externo. “El enemigo externo amenaza lo propio desde afuera de la propia sociedad. Aparece así, especialmente en la guerra clásica entre estados e instituciones pre estatales. Muy diferente resulta la cuestión relativa al enemigo interno. Él es un desviado en su propia sociedad”⁹¹.

Existe la necesidad de crear jurisdicciones especiales para el tratamiento jurídico de ciertas comunidades, especialmente las étnicas por su legado cultural, pero este argumento consolida una visión homogeneizada de la sociedad, la pluralidad es por ello una amenaza dado que implica mayores criterios integradores sociales.

Para salvaguardar el orden jurídico y social desde la visión del enemigo, surge la necesidad del control apriorístico de los fenómenos que amenazan la estabilidad del sistema, por ello el derecho penal del enemigo consolidaría el ordenamiento jurídico promovido por una cultura dominante, que en el marco de la globalización tiende a extenderse y a crear enemigos, en otras palabras sectores sociales mundialmente excluidos y combatidos por acuerdos multilaterales por cada estado.

Así el enemigo tendría tres virtualidades: “en primer lugar estimula la obediencia del ciudadano ante la autoridad benefactora, en segundo lugar educa en la obediencia y por último crea lazos de identidad, pues si el enemigo es tal por

⁹⁰ Ibíd., p. 138.

⁹¹ Ibíd., p. 130.

poner en riesgo el modelo básico de convivencia y por construir su identidad al margen del derecho, cabría decir que el ciudadano es el que asume como identidad el contenido de la base jurídica común. La identidad social creada por el derecho se instaura así y genera, en la imposibilidad de cuestionar sus propias instituciones”⁹²

Termina creándose un prototipo de persona y un perfil de los enemigos, disenter por tanto de las políticas del estado puede moldear las apreciaciones críticas, a la caracterización del enemigo, quien deja de ser sujeto de derechos para entrar al plano de la confrontación directa, de la continua amenaza estatal que busca su eliminación a través del combate; y por otra parte existe un conjunto de personas que se adaptan a este modelo de sumisión y que merecen el status de personas.

Silva Sánchez diría “el debate jurídico-penal sobre los enemigos y sobre las personas se ha centrado, pues, en la forma de reducción del *status civitatis* de ciertos seres humanos”⁹³.

Creer que existe un grupo que no reúne las características para ser personas es un gran retroceso que acaba a toda costa con los preceptos humanistas y que incentiva la acción bélica, podría decirse que, de una forma cualitativamente superior se regresaría al estado de naturaleza, se priorizaría la neutralización del enemigo sobre la punición del reo.

Esta situación implicaría también, que el estado dispondría de adjudicar el status de ciudadano, lo cual mermaría la generación de mecanismos integradores para evitar la exclusión, dado que la exclusión por el contrario sería la política por antonomasia.

“En este esquema el ciudadano es concebido más como un menor de edad, él mismo no puede diferenciar lo que es bueno o lo que es malo para él o para otros; de esa diferenciación, lo desea preservar el estado mediante la amenaza de castigo frente a otros los “enemigos”. El otro es siempre un enemigo potencial”⁹⁴

En este contexto se incrementa del valor de la amenaza como criterio exclusivo para la toma de decisiones político criminales, demuestra la crisis de una sociedad que recurre siempre a la función punitiva para resolver problemas sociales, la política social es absorbida por una política criminal de emergencia, se desestructura incluso la relación entre los propios ciudadanos: Existe el riesgo de imponerse socialmente una lógica de la enemistad.

⁹² BASTIDAS FREIXEDO, Op. Cit., p. 297.

⁹³ UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA, Op. Cit.

⁹⁴ APONTE, Alejandro. Derecho penal del enemigo vs derecho penal del ciudadano ver en MELA, Cancio y GÓMEZ, Op. Cit., p. 169.

La peligrosidad y la amenaza, generan consecuentemente la priorización del derecho a la seguridad del estado sobre los derechos sociales, los cuales en su vulneración generan por excelencia los conflictos y las crisis. “El derecho penal del enemigo que descende del estado de excepción, se justifica sobre la base del principio de auto conservación de la sociedad o bien de acuerdo con la definición de Schmitt, del derecho del estado a su auto conservación”⁹⁵

Se vive entonces en una sociedad del miedo, que solo la promoción del derecho a la seguridad puede confrontar, la seguridad se convierte en un especie de derecho madre, sin el cual ningún otro derecho puede materializarse, así en la práctica termine desplazando a los derechos sociales más que configurarse como un requisito para su goce.

Según Peres (2007), hay un mundo donde no solo el sospechoso es vigilado con zozobra en la búsqueda de la seguridad ciudadana, sino donde todos somos vigilados. De esta manera, con la criminalización y persecución indiscriminada de todo tipo de actores se activa un derecho penal basado en una lectura radical de la noción de seguridad. Así, la seguridad no nace del poder estatal "sino desde los límites de dicho ejercicio, en la medida en que la legislación contra el terrorismo desmonta los límites al poder estatal, y en vez de seguridad produce inseguridad"

En nombre del derecho a la seguridad se han seguido dos estrategias simbólicas: una basada en la creación de nuevos bienes jurídicos y otra, a través de la prevención general positiva. Es evidente que la nueva legislación no obedece a razones de seguridad, sino a la satisfacción de la opinión pública por las amenazas sociales, un miedo infundado que sirve de fundamento a medidas estatales simbólicas, que bien soportan la doctrina del derecho penal del enemigo.⁹⁶

Lo preocupante de este modelo de justicia es que propicia desde su propia normatividad la desinstitucionalización de la función penal, el derecho termina convirtiéndose en un instrumento al servicio de la lógica bélica. Existen múltiples normas que desde el derecho penal, material y procesal, convierten la sanción penal en una sanción desinstitucionalizada. La amenaza del desborde penal es en estas normas evidente, en la lucha contra la amenaza, el derecho penal se convierte, él mismo en una gran amenaza.

El derecho a la seguridad es entonces un sustento del mismo ejercicio paraestatal de la fuerza, combatir al enemigo, conservar al estado es una premisa que se defiende con todos los medios posibles. Cuando el poder punitivo no es suficiente aparece el componente militar, al enemigo no se lo sanciona, se lo elimina.

⁹⁵ CORNACCHIA, Op. Cit., p. 424.

⁹⁶ UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA, Op. Cit.

Para Jakobs, aunque se trata de un tema que no está muy desarrollado en él, no es lo mismo la seguridad (Como discurso estatal) y la función del derecho penal o del derecho como afirmación de expectativas cognitivas. Es decir la fuerza orientadora de la norma no coincide necesariamente con políticas de seguridad, La pretensión de la seguridad no significa en la práctica la pretensión de afirmación del derecho. En este sentido, se puede entender que el autor sostenga que el fin alcanzado por la pena en estas circunstancias no es tanto la prevalencia del derecho, sino la mera provisión de seguridad. Ahí el pensamiento de Jakobs se vuelve de nuevo contra sí mismo: Quien no preste una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no solo no puede ser tratado aún como persona, sino que el estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas⁹⁷

La búsqueda de la seguridad y la respuesta del estado, por fuera del derecho convierte a la pena en un instrumento de estabilización social: El derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el derecho penal del enemigo combate peligros, es un instrumento que combate peligros que atentan contra la seguridad.

“Para enfrentar los nuevos retos que propone la sociedad del riesgo, -donde los peligros son para todos- se propugna por un Derecho penal máximo en detrimento de uno mínimo, para poder reprimir a quienes dicen ser los enemigos que ponen en peligro y en riesgo la sociedad, todo ello típico de un derecho penal del enemigo (Jakobs, 2006)”⁹⁸

Las políticas de seguridad logran absorber las políticas de acción social y de manera especial logran absorber la política criminal, la facultad sancionatoria del estado se establece como la primera herramienta para la resolución de los conflictos sociales, cualquier función posible de la pena, se distorsiona en la práctica por estas pretensiones.

Se impone de esta forma la lógica de la prevención, el juzgamiento de las probabilidades de las amenazas, hacen que “en la práctica política, la calificación del contrario como enemigo, sirva para justificar cualquier forma de medidas represivas, desde sanciones económicas hasta la guerra interna o externa. La guerra preventiva de cualquier forma parece convertirse en indispensable como reacción a esa realidad ficticia”⁹⁹

⁹⁷ APONTE, Alejandro. Derecho penal del enemigo vs derecho penal del ciudadano ver en MELA, Cancio y GÓMEZ, Op. Cit., p.191.

⁹⁸ UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA, Op. Cit.

⁹⁹ KAI, Op. Cit., p. 143.

Por ende, la guerra no es el punto más álgido de los conflictos, se convierte en un arma preventiva para evitar la desestabilización del estado.

El enemigo nace así, en cada coyuntura, es una respuesta penal a cada fenómeno social, es absoluto u ocasional de acuerdo a la exigencia del momento, así, los problemas sociales se terminan tramitando bajo el código crimen pena, el derecho penal esta forzado a dar respuestas a problemas que lo sobrepasan y que no solucionan los conflictos, por el contrario los incrementan, potenciando la exclusión y criminalizando a la población marginada y vulnerable.

La movilidad en la definición del enemigo hace que el mismo sea volátil, diría Rene Girard el derecho penal de emergencia recae sobre objetos de recambio, es decir siempre trata de generar victimas que no logren generar en otros la obligación de vengarla, afectando de esta forma a los últimos eslabones de la cadena del punible, no se persigue y se condena a los narcotraficantes como a los cultivadores de coca, por ejemplo.

El opulento drama que genera el derecho penal del enemigo tristemente se escenifica en la continua victimización colectiva de varios sectores sociales y específicamente en la producción de victimas individuales, quienes en su silencio y anonimato con frecuencia se sacrifican.

La existencia de la impunidad, como un hecho social muy grave, ha sido utilizada en muchas ocasiones de manera ideológica e instrumental, de tal manera que ella sirva de razón suficiente para la exacerbación del derecho penal del enemigo, aunque irónicamente este mismo sea su productor principal.

“La decisión de quien es el enemigo está ligada al caso extremo, respecto del cual es posible el agrupamiento de colectividades humanas en torno a la enemistad. Por su parte, el sujeto de la decisión máxima es el estado, máxima unidad política y en el cual yace para Schmitt el derecho de hacer la guerra, el *ius belli*”¹⁰⁰.

Aparece en el autor, la alusión clara de la necesidad de la guerra para defender la máxima unidad política que es el estado, cualquier amenaza al soberano se convierte entonces en una razón para declarar la enemistad, lo contradictorio no se concibe en la mediación, por el contrario exclusivamente el estado tiene la potestad de incentivar la guerra para exterminar al contradictor; De esta manera los principios del estado liberal y sobre todo del estado social de derecho se vulneran, no cabe el derecho a disentir del soberano en la doctrina de la razón de estado, “*auctoritas, non veritas facit legem*”, la autoridad y no la verdad o la justicia determinan la ley.

¹⁰⁰ APONTE, Guerra y derecho penal del enemigo. Op. Cit., p. 41.

Las tensiones y peligros de una concepción polémica de lo político, alcanzan un grado de intensidad especialmente significativo cuando se trata de la decisión sobre la enemistad tomada en el extranjero.

Es apenas natural que en el contexto geopolítico mundial, sean las potencias mundiales y los organismos multilaterales, los que de acuerdo a sus intereses específicos en cada país o en cada coyuntura, determinen, quienes son los enemigos de la sociedad globalizada, para lograr justificar las guerras, las invasiones y propagar así la crisis humanitaria.

Según Zaffaroni¹⁰¹ “No menos notorio es que los estereotipos de quienes son mostrados como enemigos de la sociedad corresponden a todos los excluidos del actual momento de poder planetario (conocido como *globalización*) y que se concentran según grupos que resultan *molestos* en diferentes localizaciones geográficas (inmigrantes en países desarrollados o menos subdesarrollados; desocupados o contestatarios en los países pobres; desplazados económicos, políticos o bélicos; los *extraños*; etc.).

Con frecuencia se agregan los que, por su conducta de vida, se hacen sospechosos de no compartir las metas proclamadas por el sistema (según las circunstancias pueden ser grupos disidentes o minorías políticas, sexuales, consumidores de algún tóxico, etc.”

Se desarrollarían así cánones mundiales de lo que serían los enemigos, en otras palabras habrían guerras internas en cada estado dirigidas por las potencias mundiales de acuerdo a sus intereses políticos sobre los territorios, el derecho penal del enemigo se expandiría a nivel mundial creando un ambiente de confrontación entre toda la sociedad, provocando la constante sospecha de amenazas en todos los países, con las mismas características, homogenizando globalmente el status de persona, sin tener en cuenta contextos, historia, particularidades que perviven en medio de esta nueva comunidad global.

Lo curioso es que la globalización se entiende como la homogenización de la cultura dominante no como una interacción de diversas culturas, los marginados no tendrían derechos a traspasar las fronteras, las posibles amenazas no pueden disfrutar de los derechos de la nueva civilización global.

El Derecho penal del enemigo tiene dos líneas de evolución la simbólica y la punitivista como productos del expansionismo penal.

Esta combinación extraña entre la prevención general positiva trastornada a un grado de superioridad de la norma más que de la tutela de bienes jurídicos y la criminalización de fenómenos sociales, es un claro ejemplo de una herramienta

¹⁰¹ ZAFFARONI, El Derecho Penal Liberal y sus Enemigos, Op. Cit., pp.153-177

jurídica que no contribuye en nada a la paz, por el contrario con el punitivismo promueve la proliferación de conflictos y de salidas basadas en la sanción, la pena, en la búsqueda de condenas como positivos judiciales.

“Tenemos cuatro características diferenciales que aborda el derecho penal del enemigo. En primer lugar existe una anticipación de la punibilidad. No se penan hechos acontecidos, sino actos preparatorios de hechos venideros. La pena es prospectiva referida al futuro. En segundo lugar nos encontramos con una amplia desproporción de las penas. Ante el enemigo se proponen penas excesivas comparadas con las destinadas a ciudadanos que cometan las mismas infracciones. Los actos preparatorios del enemigo son penados, de la misma manera que si fueran hechos consumados. En tercer lugar, encontramos una considerable restricción de garantías procesales que se sustancian en intervención en las comunicaciones, incomunicación, ampliación de plazos de detención policial, etc. Por último el derecho penitenciario también experimenta un notable endurecimiento en lo que se refiere a la limitación de beneficios penitenciarios y la ampliación de requisitos de libertad condicional”

Jakobs le añadiría el tránsito de la legislación jurídico-penal a la legislación de lucha; la norma como tal estaría dirigida a combatir amenazas, a lucha contra punibles no a regular conductas desviadas mediante un tratamiento garantista que cumpla los fines esenciales de la pena.

La anticipación de la punibilidad, implica la violación flagrante al principio del hecho. “En la doctrina tradicional el principio del hecho se entiende como aquel principio genuinamente liberal de acuerdo con el cual debe quedar excluida la responsabilidad jurídico penal por meros pensamientos, es decir como rechazo a un derecho penal orientado con base en la actitud interna del autor”¹⁰²

Las meras suposiciones determinarían delitos, no los actos inequívocos, se abandonaría el derecho penal de acto para desarrollar el derecho penal de autor, donde las características del agente establecen la punibilidad. El fuero interno es invadido y se criminaliza el estadio previo a la ejecución del delito, en otras palabras el resultado, la acción punible no es el principal objeto de imputación, son los pensamientos, las ideas, imponiéndose con ello una forma de vida y de pensar para evitar entrar en la lista de los enemigos del estado.

Este sistema penal, opera a través de delitos de status, más que a través de delitos de acción o resultado, identificables en vez de serlo mediante pruebas, en valoraciones referidas a la subjetividad subversiva o sustancialmente

¹⁰² MELIA, Manuel Cancio. De nuevo ¿Derecho penal del enemigo? ver en MELA, Cancio y GÓMEZ Jara Diez. Op. Cit., p. 373.

antijurídica del autor. De ello resulta un modelo de antijuridicidad sustancial, en vez de formal o convencional, que solicita investigaciones sobre los reos en vez de hacerlo sobre los delitos y que actúa sobre la idea de que se debe castigar no por lo que se ha hecho sino por lo que se es.¹⁰³

En pocas palabras el derecho penal del enemigo funciona mediante la ampliación de un derecho penal endurecido utilizado como *prima ratio*, dirigido a la persecución jurídica de las amenazas a través de la invasión de la intimidad de las personas, su objetivo es eliminar esos peligros, que son los mismos conciudadanos y evitar el coejercicio del poder a través de la ley o a través de la fuerza, el pretexto es que no se debe permitir que se viole la seguridad del estado. Estaríamos así ante un derecho de emergencia, en la que la sociedad ante la situación excepcional de conflicto creada, renuncia a sus garantías personales.

Estas características del derecho sustancial punitivo también se trasladan al Derecho Procesal y se hacen visibles ante determinados imputados “peligrosos” mediante institutos como la prisión preventiva, la incomunicación, las intervenciones telefónicas, los investigadores encubiertos y la suspensión del *habeas corpus*.

“Ello, lleva a Silva Sánchez a preguntarse si ante esta postura nos encontramos ante un *Derecho Penal de Tercera Velocidad*, el cual pareciera que de a poco va tendiendo a estabilizarse y crecer”¹⁰⁴.

Es decir, las “dos velocidades” del Derecho Penal, una primera velocidad representada por el “Derecho penal de la cárcel” y una segunda velocidad para los delitos de “penas privativas de derechos o pecuniarias”, serían superadas por un nuevo derecho que se encarga de expulsar a los enemigos del estado, orientado de esta forma la política criminal hacia la guerra.

El proceso tiende a convertirse en un instrumento de definición del reo, más que de prueba del hecho; no se trata de constatar si aquel ha cometido el delito, sino si es un enemigo, un terrorista, un criminal no recuperable; o bien si es un amigo (arrepentido, ex miembro, colaborador de la justicia, etc.) con el uso a menudo paternalista de una alternativa entre encarcelación preventiva y colaboración con el ente que asume la acción penal¹⁰⁵.

El derecho penal no coadyuvaría a buscar justicia, pretendería que no hayan elementos desestabilizadores del ordenamiento jurídico, se encargaría de encontrar enemigos para someterlos, incluso negociando sus penas so pretexto de preservar la seguridad del estado, produciendo impunidad en algunas ocasiones, en otras penas excesivas e incongruentes con los delitos,

¹⁰³ FERRAJOLI, Derecho y razón. Op. Cit., p. 821.

¹⁰⁴ SILVA SANCHEZ, J., Op. Cit., p. 163.

¹⁰⁵ CORNACCHIA, Op. Cit., p. 426.

criminalización de fenómenos sociales, en sí la tramitación de los conflictos a través de la fuerza.

El derecho penal del enemigo ataca fundamentalmente dos pilares del derecho penal liberal: “la teoría del bien jurídico y el principio de culpabilidad. El bien jurídico tiene una importancia ancilar, no importa si el delito lesiona realmente algún bien jurídico. Lo relevante es que el delito pone en tela de juicio a la norma. El delito es una amenaza a la integridad y a la estabilidad social porque es expresión de una falta de fidelidad al derecho y por ello la pena reafirma la vigencia de la norma. Por otro lado Jakobs vacía el contenido de culpabilidad, lo deja como un residuo sin mayor importancia a los efectos de la función de la pena, lo cual implica que la pena pueda graduarse de acuerdo con los desórdenes que pudiera causar, según constituya una amenaza mayor o menor a la norma. El sujeto de imputación de responsabilidad penal deja de ser el fin y se convierte en el soporte sicofísico de una acción simbólica que tiene su finalidad fuera de él y de la cual es solo instrumento”¹⁰⁶

Así, el derecho penal del enemigo se convierte en un derecho que no protege los bienes jurídicos, sino que en sí, sanciona la potente infracción a la norma, es decir la posibilidad de cuestionar el poder establecido, no se tutelan los derechos se salvaguarda la integridad del estado y su ordenamiento jurídico, la prevención general positiva se desvirtúa, la intangibilidad de la norma es superior, incluso so pretexto de su protección se lesionan derechos que se suponen las mismas normas custodian. “Ello puede causar la paradoja de que, por ejemplo: El asesinato de una persona le interesaría al derecho penal, sobre todo como un hecho de inseguridad social y de peligro y no como la desaparición de una vida individual que es necesario preservar”¹⁰⁷

La función de la pena en el derecho penal del enemigo hay que verla en la creación artificial de criterios de identidad entre los excluyentes mediante la exclusión; una función cuya incompatibilidad con la teoría de la prevención general positiva no necesita subrayarse. Dicho en las palabras del propio Jakobs “La pena no lucha contra un enemigo, tampoco sirve al establecimiento de un orden deseable, sino solo al mantenimiento de la realidad social”¹⁰⁸

La pena se convierte en una exigencia funcional de autoconservación del sistema político.

¹⁰⁶ BASTIDAS FREIXEDO, Xacobe. Los bárbaros en el umbral. Fundamentos filosóficos. Ver en MELA y GÓMEZ, Op. cit., p.294.

¹⁰⁷ APONTE, Alejandro. Derecho penal del enemigo vs derecho penal del ciudadano ver en MELA y GÓMEZ, Op. cit., p.169.

¹⁰⁸ MELIA, Manuel Cancio. De nuevo ¿Derecho penal del enemigo? ver en MELA y GÓMEZ, Op. cit., p.372.

“Jakobs atribuye tres afectos a la pena: Ejercitar en la confianza hacia la norma (respalda al que confía en la norma), ejercita en la fidelidad al derecho y ejercita en la aceptación de las consecuencias, en suma es un ejercicio en el reconocimiento de la norma como un patrón adecuado de comunicación de expectativas”¹⁰⁹

La cuestión de si puede haber derecho penal del enemigo queda resuelta negativamente en el plano de la teoría de la pena. Precisamente desde la perspectiva de un entendimiento de la pena y del derecho penal con base en la prevención general positiva, la reacción que reconoce excepcionalidad a la infracción del enemigo, mediante un cambio de paradigmas de principios y reglas de responsabilidad penal es disfuncional de acuerdo con el concepto de derecho penal. El derecho penal del enemigo prácticamente reconoce, al optar por una reacción estructuralmente diversa, excepcional, la competencia normativa del infractor. Por ello, en cierto modo, mientras el discurso legitimador del derecho penal del enemigo positivo en la discusión político criminal parece afirmar que es “algo menos” que el derecho penal de la culpabilidad (La reacción imprescindible, pero serena, sin reproches, tecnocrática frente a un riesgo gravísimo, una reacción frente a un peligro examinado de modo neutro) en realidad es “algo más” (la construcción de una categoría de representantes humanos del mal, algo más grave que ser simplemente culpable).¹¹⁰

La sanción como tal no cumpliría los fines de protección, reinserción social, prevención y retribución justa, por el contrario se transformaría en una herramienta que clasificaría a las personas y no buscaría su incursión en las relaciones sociales, tampoco su protección porque al considerar al delincuente como una amenaza, el tratamiento es la eliminación y por ende se excedería en la retribución, pues su pena sería siempre superior a su infracción dado que su vida sería limitada al no poseer el estatus de persona: De igual manera la prevención general positiva se afectaría porque esta lógica no reafirma la veracidad de la norma, provoca en un contrasentido la desinstitucionalización de la función penal, el uso paraestatal de la fuerza bajo la exigencia de las expectativas formuladas por el estado.

La pena tiene un papel comunicador y es una herramienta de coacción, para el derecho penal del enemigo predomina esta segunda dimensión, la pena es aseguramiento, pero no solo es la pena tiene que significar de alguna forma un ataque una tortura al enemigo, una reafirmación de la norma para que nadie salga del círculo de ciudadanos.

¹⁰⁹ BASTIDAS FREIXEDO, Xacobe. Los bárbaros en el umbral. Fundamentos filosóficos. Ver en MELA, Cancio y GÓMEZ Jara Diez. Derecho Penal del enemigo. Discurso penal de la exclusión. Euros editores. Buenos Aires. 2006. Pág. 299

¹¹⁰ MELIA, Manuel Cancio. De nuevo ¿Derecho penal del enemigo? ver en MELA y GÓMEZ, Op. cit., p.373.

El derecho penal del enemigo sería un instrumento idóneo para tales fines de infundadas y absurdas cruzadas morales, manifestaciones de un derecho penal simbólico, retomándose y resucitando los conceptos de exclusión de grupos humanos ya utilizados por el nacionalismo y el fascismo.

La mayoría de la doctrina se ha pronunciado en contra de este pensamiento, específicamente en la forma en como Jakobs la aborda, como es el caso de Cancio Melia al argumentar que tal abordaje es un resurgir del punitivismo, manifestación de un derecho penal meramente simbólico; así mismo es inconstitucional porque violenta el principio de igualdad, es no derecho penal, porque sería meramente formal y diferiría estructuralmente de la imputación correspondiente al derecho penal, propiamente dicho y no se refiere al hecho sino al autor.¹¹¹

Generalmente el derecho ha sido un instrumento de regulación del comportamiento de todos los ciudadanos y por tanto una herramienta de dominación, sin embargo es contradictorio que se construya un derecho para personas declaradas por fuera del acuerdo estatal o más bien direccionado a expulsar a personas del pacto social so pretexto de conservar y defender la seguridad de la máxima unidad política representada en el estado.

Es completamente absurdo crear un derecho especial para personas que se encuentran por fuera del contrato social, puesto que este argumento sustentaría que esas personas catalogadas como enemigos, bajo esa lógica no estarían cometiendo ningún delito, sino que realizarían un acto de guerra.

El soberano abusaría de sus facultades y actuaría por tanto por fuera de los acuerdos sociales que si bien son desiguales y favorecen los intereses de una clase, dieron origen al estado, descaradamente el soberano decidiría todo e impondría los términos del derecho en sí y del derecho penal.

Cómo podría entonces ser el derecho penal del enemigo imparcial, al menos con la jurisdicción penal que exige la imparcialidad del órgano que enjuicia y su indiferencia ante cualquier fin o valor extraño al juicio.

El derecho penal del enemigo rompe con el principio de necesidad que justifica el estado de excepción, se establece por el contrario una sociedad paranoica que vive en medio de un riesgo latente es decir la excepcionalidad ya no sería el caso extremo sino la realidad cotidiana y permanente que legitima en la practica la utilización de este modelo de derecho.

¹¹¹ ALLER, German. El derecho penal del enemigo y la sociedad del conflicto ver en MELA y GÓMEZ, Op. cit., p.82.

El derecho penal del enemigo revela el ámbito de la exclusión (Kenoma) mediante pura coacción (pleroma), el excluido debe materializar la idea de persona para evitar ser enemigo.

Luiggi Cornacchia nos plantea que: “Es inadmisibles una intervención simbólica con una función discriminatoria, censurables son los casos en los que la hostis iudicatio sobrepasa la mera neutralización de las fuentes de peligro orientada a la conservación de la sociedad, para convertirse en instrumentos de demonización de algunos grupos de delincuentes”¹¹²

Según Mantovani “el sistema penal liberal habría desarrollado también una función tutelar de las clases más acaudaladas en detrimento de las otras, a las cuales se ha llamado clases peligrosas, dando lugar al nacimiento del totalitarismo penal como trágica manifestación del siglo XX”¹¹³

La doctrina italiana tiende a centrar la crítica entre los principios claramente perjudicados por el derecho penal del enemigo, “se encontrarían los principios de offensivita, debido a la anticipación de la punibilidad, el principio de derecho a la defensa, el principio de presunción de inocencia y el principio de no autoincriminación, además en algunos casos, el principio de responsabilidad personal e individual”¹¹⁴

Hassemer rechaza la idea de que el delincuente tienda a convertirse en el enemigo y el derecho penal, en un derecho penal para enemigos, porque esta evolución que ha tenido la actitud social frente al delito y la violencia es anacrónica y nos retrotrae a una época ya superada de la filosofía del derecho penal y de las teorías político criminales que solo podían percibir al delincuente como infractor de la norma, como un extraño al que había que alejar. En cambio las modernas teorías, enraizadas en la filosofía política de la ilustración, se caracterizan por considerar los derechos humanos y civiles como los fundamentos del derecho penal y del derecho procesal penal y por admitir al delincuente como parte del contrato social.

El derecho penal del enemigo da cabida al autoritarismo penal, alienta a continuar una política criminal del enemigo y tiende a la militarización de la sociedad.

El estado no debe convertirse en un fin en sí mismo, sino que el poder estatal ha de estar al servicio de la protección del ser humano y de la humanidad”

¹¹² CORNACCHIA, Luigi. La moderna hostis iudicatio, entre norma y estado de excepción. El derecho penal del enemigo y la sociedad del conflicto ver en MELA y GÓMEZ, Op. cit., p. 448.

¹¹³ ALLER, German. El derecho penal del enemigo y la sociedad del conflicto ver en MELA y GÓMEZ, Op. cit., p.82.

¹¹⁴ CORNACCHIA, Op. Cit., p. 419.

“Rengifo Bello manifiesta que “El derecho penal del enemigo no se proclama como contra derecho, ni siquiera como derecho injusto, sino que se afirma que forma parte del ordenamiento jurídico penal totalmente considerado. Se juridifica la exclusión y así aparentemente se respeta el imperio del derecho y de los valores propios de regulación jurídica democrática”¹¹⁵

Alejandro Aponte expone que: “La visión funcionalista del derecho penal de Jakobs es polémica porque permite la legitimación de nuevas funciones atribuidas a la pena, como la búsqueda de la afirmación de la estructura social vigente, o la afirmación de la validez contra fáctica de la norma abstracta, más allá de la defensa de cualquier bien jurídico; más aún lo es la filosofía de la fidelidad ciudadana al derecho. Es un error creer que la anticipación de la punibilidad logrará el cumplimiento del principio de la protección a los bienes jurídicos, a través de la lesión de otros derechos, un ataque peligroso a un bien jurídico, se considera socialmente nocivo, si se intenta definir el estado de integridad de la sociedad por la intangibilidad de los bienes jurídicos.

El derecho penal del enemigo mediante la anticipación, desestructura la lógica dogmática de la tentativa como dispositivo amplificado del tipo penal”¹¹⁶.

Se trataría de analizar si el estado mismo propicia un respeto al derecho, o si es él, en cambio y sus instituciones, los primeros que no respetan el orden jurídico: Un estado que no propicia la socialización en el derecho, no está muy legitimado para exigir el respeto al orden jurídico y castigar tan duramente a quien no lo hace. Si la sociedad presupone la circulación de personas y estas son construcciones jurídicas y condiciones para el funcionamiento del derecho, lo primero que es necesario observar, es si en el país existen las condiciones para que un ser humano se convierta en persona en el sentido comentado.

Lo más perverso de una actuación estatal es cuando se integra en el derecho, a quien de manera tradicional ha sido olvidado, a través de la sanción penal. La cárcel como mecanismo de integración social, de reconocimiento de una persona en el tráfico del derecho: un exabrupto que contradice toda relación razonable del ciudadano con el estado¹¹⁷

Donde hay guerra, sobre todo guerra civil no hay estado y donde hay estado no puede haber guerra civil, señala con extrema claridad Hobbes en su leviatán. La guerra no podría ser pensada en un contexto jurídico.

Es en este concepto de lo político y por ende de un modelo autoritario de estado, donde se desarrolla la supuesta democracia Colombiana, construyendo un

¹¹⁵ BELLO RENGIFO, Carlos Simón. Las razones del derecho penal. Ver en MELA y GÓMEZ, Op. cit., p. 320.

¹¹⁶ APONTE, Alejandro. Derecho penal del enemigo vs derecho penal del ciudadano ver en MELA y GÓMEZ, Op. cit., p. 164.

¹¹⁷ Ibid., p. 181.

ordenamiento jurídico ambiguo, que posee una carta de derechos, pero pocas medidas para su materialización, tenemos una confluencia de normas que se hallan establecidas bajo la idea de paz como condición formal de la existencia de un estado y acciones propias de guerra, la simultaneidad de la vigencia de la constitución política y una profunda anomia social que subsiste a espaldas de dicha constitución; esta situación provoca que en el contexto del conflicto social y armado, bajo el imperio de la excepcionalidad, se desconozca estas mismas prerrogativas para otorgarle vía libre al soberano y legitimar así la confrontación.

El derecho penal del enemigo en el caso Colombiano tiene una connotación especial porque surge de un contexto social, político y jurídico en el cual la guerra vivida en la expresión del conflicto interno armado brinda una respuesta penal en un escenario de violencia, lo cual implica que no solo se tiene una amenaza de un sujeto o de un grupo de sujetos situados en uno de los polos de tensión entre bienes jurídicos tutelados y bienes jurídicos restringidos, sino que los mismos pasan de convertirse en sindicatos a ser objetivos militares, confundiéndose de esta manera la guerra y la política¹¹⁸.

Este paradigma, en el caso Colombiano se agudiza cuando en sospechosos se convierten todos los sectores sociales que se han distanciado de las directrices estatales, algunos de manera consciente, otros por el abandono estatal, se criminaliza entonces a los campesinos, a las organizaciones sociales y en medio del conflicto actores sociales son blancos de la guerra en su expresión jurídica y en la expresión militar o paramilitar.

Con ello se revela la continuidad histórica del carácter extremadamente selectivo del sistema penal colombiano y la facilidad de su violencia para desplazarse de objeto: ante una situación insoportable socialmente, como lo es la generada por la agresividad de una delincuencia incontrolada, la respuesta penal de emergencia se desliza hacia una población distinta a la que origina dicha respuesta penal¹¹⁹.

La guerra no es ya la última medida para la resolución de los conflictos, por el contrario es el instrumento perfecto y prioritario para evitar las amenazas y la proliferación de los enemigos, creándose así una cultura de la muerte, un sustento del estado autoritario, generando lamentablemente la victimización individual y colectiva de la población marginada.

La acción guerrillera se convirtió en el paradigma de la violencia política en Colombia. El guerrillero constituía el gran enemigo. No se tuvo en cuenta que la guerrillera surge en un contexto social y política de exclusión y que sus militantes son mayoritariamente campesinos pobres, irónicamente no se combatió de la

¹¹⁸ APONTE, Guerra y derecho penal del enemigo, Op. Cit., p. 35.

¹¹⁹ *Ibíd.*, p. 55.

misma manera a las bandas de delincuencia común, ni a los paramilitares, la violencia estatal es dirigida ideológicamente hacia el pensamiento disidente que plantea otras opciones de poder diferentes al establecido.

En un país como Colombia este tipo de derecho recrudece y reproduce el conflicto pues el estado no es un ente neutral, por el contrario asume su rol de parte en el conflicto, su facultad sancionatoria pretende generar la prevención general positiva a través del miedo, la ausencia de garantías, la introducción de nuevas figuras delictivas, ampliación de las existentes y los incrementos y agravación desmedido de las penas, propiciando con ello congestión judicial e ineficacia jurídica, por consiguiente irónicamente anomia social.

“La anomia innata al derecho penal del enemigo parecería ser un modo diverso de expresar la carencia de identidad normativa de la misma sociedad.”¹²⁰

Una de las críticas que se realizar al derecho penal del enemigo como modelo de la justicia pena de emergencia es la concesión de grande poderes a los organismos de policía. Ello adquiere en Colombia una especial complejidad pues las funciones de policía y las funciones militares se entremezclan y se confunden, lo cual representa en la práctica una militarización de la policía judicial. Esto significa al mismo tiempo que el escenario de guerra se continúa directamente en el escenario de la administración de justicia

Aceptar la realidad Colombiana partiría de reconocer que no ha sido posible constituir un pacto social como tratado de paz y que los acuerdos logrados para la creación del estado se han roto para anteponer la seguridad de los intereses del soberano sobre cualquier exigencia social. Aparecen así enemigos en los sectores sociales mediante la criminalización, es paradójico que se catalogue a personas por fuera del pacto social, incluso que se quiere negar ese status de personas para justificar las acciones bélicas para luego enfocar en el discurso la necesidad de un derecho penal del enemigo, es ilógico por cuanto si se ha declarado el estado de guerra, la solución a los problemas de la criminalidad no serían las penas, serían los acuerdos para lograr la paz.

4.3 POPULISMO PUNITIVO

Otra de las manifestaciones del derecho penal de emergencia es el populismo punitivo, el cual se origina de acuerdo a Elena Larrauri por la concurrencia de cuatro fenómenos:

¹²⁰ CORNACCHIA, La moderna hostis iudicatio, entre norma y estado de excepción. Op. Cit., p. 363.

- “El surgimiento del neoliberalismo, el cual recorta el Estado social y pasa a gobernar a través de un estado punitivo. El recorte del Estado social comporta diversas consecuencias: aumenta las desigualdades propiciadoras del delito (BeckettWestern, 2000); favorece la inseguridad por medio de la inestabilidad laboral (Zedner, 2002: 362-363) y los fenómenos de deslocalización de empresas; produce un sector de personas excluidas (underclass) en función de su pertenencia a minoría étnica, género, edad y clase social. En definitiva, el neoliberalismo económico traducido a los textos criminológicos aparece como influyente en la producción y acentuación de desigualdades sociales (las cuales se entienden como favorecedoras de determinados comportamientos delictivos) y en el surgimiento de sentimientos de ansiedad, producto de la inestabilidad del mercado laboral presente y futuro (los cuales se entienden como favorecedores de sentimientos punitivos).
- 2. El surgimiento de un neoconservadurismo político, que enfatiza el mensaje de la peligrosidad de la delincuencia. Así nos encontramos con una nueva imagen del delincuente, que no concita la solidaridad que en su día pudo suscitar el delincuente, pues cada quien obtiene lo que se merece. En tiempos de globalización el discurso punitivo legitima el estado.
- El surgimiento de un sentimiento de inseguridad ontológica (Giddens, cit. por Young, 1999:14) producido probablemente por la ausencia de una comunidad local, y en ocasiones por la desaparición de una comunidad nacional, y por una estructura familiar que se tambalea. Agudizado por la presencia de nuevas y distintas culturas producto del fin de una época colonial y de las grandes desigualdades territoriales que conllevan sentimientos de diferencia, dificultad y racismo. Acrecentado el sentimiento de inseguridad en una sociedad que se enfrenta a nuevos riesgos (alimentarios, ecológicos), que se desplazan por todas las clases sociales, de los que es más consciente y menos dispuesta a tolerarlos. Y una sociedad que proyecta estas inseguridades en el delito porque como afirman Roberts-StalansIndermaur-Hough (2003:90): el delito cumple una función socialmente útil al permitir que la ansiedad sea reemplazada por la indignación: siendo la ira un estado emocional más decoroso y reconfortante que el miedo.
- Un aumento continuado del delito cuantitativo desde la década de los cincuenta y cualitativo, por haber cambiado su carácter y ser más violento, organizado, y transnacional”¹²¹.

En este contexto de reducción del estado, de caos y de brotes de conservadurismos nace el populismo punitivo que es una de las formas de expansión del derecho penal, se caracteriza por la expedición de leyes que regulan hechos punibles mediáticos, para aumentar penas, crear delitos, reducir beneficios, privatizar la justicia, desestructurar el modelo procesal, todo con el fin

¹²¹ LARRAURI, Elena. Populismo punitivo... y cómo resistirlo. Revista Jueces para la democracia, información y debate. Barcelona: s.n., 2006.

de brindar respuestas a justas exigencias sociales mediante la represión y el endurecimiento del sistema penal.

Antony Bottoms, es el artífice de la expresión “populismo punitivo” (2005, p. 284). Al proponer dicho concepto, Bottoms (1995, p. 39) hace alusión a la utilización del Derecho Penal por parte de políticos que buscan sacar réditos electorales defendiendo tesis político-criminales, tales como la de que el incremento en las penas conllevaría automáticamente a una reducción de las tasas de delito o el postulado de que las penas refuerzan determinados consensos morales esenciales para la vida en sociedad¹²².

El experto dominicano Eduardo Jorge Prats define el populismo punitivo como , “la estrategia desplegada por actores políticos y funcionarios del sistema penal, encaminada, aparentemente, a remediar los problemas que se derivan del crimen y la inseguridad”, pero que en el fondo implica una alianza demagógica para crear en la conciencia ciudadana la necesidad de aplicar medidas extremas de “mano dura” y “tolerancia cero” contra los infractores, aun en delitos de menor impacto, a sabiendas de que son respuestas eufemísticas, viscerales, basadas en sondeos no confiables, que lejos de disminuir la tasa delincencial, la incrementan de manera incontrolable”¹²³.

Al igual que el derecho penal del enemigo este modelo de derecho penal de emergencia, se desarrolla bajo una lógica de la exclusión, pues no se propician elementos societales integradores que permitan un tratamiento garantista al reo, por el contrario con la demonización de una hecho punible que genera escándalo en la sociedad, se propone una sanción o la creación de un delito para generar un efecto simbólico, dado que en la práctica dichos fenómenos para su resolución requieren más allá de medidas penales.

Se predice que el exceso de garantías ha sido el causante de la impunidad, lo cual desprotege a las víctimas y a la sociedad, por ello, se estima necesario medidas duras o excepcionales para enfrentar estos peligros, se incrementa con ello la cadena de venganza, aumentando la confrontación, la generación de víctimas tanto colectivas como individuales.

Así, la naturaleza del populismo punitivo se caracteriza por: La Exclusión de académicos y especialistas en la construcción de propuestas legislativas, instaurándose la subjetividad en la creación de la agenda de la política pública, además de “la construcción de una democracia desinformada, la cual tiene dos

¹²² COTES Cindy y FUENTES Andrés. Populismo punitivo: incidencia actual en el contexto legislativo colombiano. Revista Actualidad jurídica. Universidad del norte. Barranquilla. Colombia: Edición tercera, 2000. p. 65.

¹²³ AMBITO JURIDICO. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-121030-01populismo_punitivo/noti-121030-01populismo_punitivo.asp

aristas. Por un lado, la limitada información que posee la opinión pública sobre el proceso criminal—en particular sobre las sentencias para cada delito—sumado al escaso conocimiento sobre la complejidad del fenómeno criminal”¹²⁴

La respuesta del estado a los conflictos sociales es precaria, luego, el mismo adquiere legitimidad a través de la incorporación irresponsable de lecturas populares de fenómenos punibles basadas en la euforia, sin realizar juicios de ponderación a los posibles derechos lesionados, causando efectos nocivos para la sociedad y socavando las garantías y derechos.

“Resulta, entonces, políticamente popular promover esas iniciativas de endurecimiento punitivo. Y en eso consiste lo que la sociología jurídica ha llamado el “populismo punitivo”: creer (y hacer creer) que el incremento de las penas es la forma apropiada de enfrentar problemas sociales complejos,”¹²⁵

En segundo lugar, las víctimas han comenzado a hacer parte del centro de atención del control del delito y de la justicia penal. “Esta nueva valoración e importancia ha provocado un cambio también en la idea de delincuente. Estar del lado de la víctima es necesariamente estar en contra del delincuente y viceversa. Entonces, ¿con cuál de los dos se siente identificado usted?”¹²⁶

Obviamente la mayoría de personas enfocan sus sentimientos de solidaridad hacia las víctimas y claro que la justicia debe pensarse para la reparación de las víctimas, empero el delincuente debe tener garantía del respeto de sus derechos, Ferrajoli diría que el ius puniendi, “además de procurar el máximo bienestar posible de los no desviados, ha de buscar también el mínimo malestar necesario de los desviados.

La visión polémica de la política se instaura en la política criminal del común y las opiniones de los ciudadanos producidas mayoritariamente en contextos caóticos se convierten aparentemente en ratificaciones de los elementos que integran el pacto social, aunque de forma contradictoria se esté legislando para la exclusión, pues se producen cada vez nuevos enemigos y con ello medidas sancionatorias recrudescidas y edificadas para el miedo.

Por esta razón se destaca que, por el miedo colectivo ante situaciones que lesionan bienes jurídicos protegidos, la moda del derecho a la seguridad es la protagonista en la intervención estatal a través de reformas, con creciente y

¹²⁴ BASOMBRIÓ, Carlos y DAMMERT Lucía. Seguridad y populismo punitivo en América Latina. Lecciones corroboradas, constataciones novedosas y temas emergentes. Madrid: Cynthia J Arson, 2013. p. 7.

¹²⁵ UPRIMNY, Rodrigo. La impunidad, el desespero y el populismo punitivo. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: <http://www.elspectador.com/impreso/opinion/columna-298860-impunidad-el-desespero-y-el-populismo-punitivo>.

¹²⁶ TOREES CADAVID, Natalia. Populismo punitivo en Colombia. Una aproximación a la política legislativa de las recientes reformas de delitos sexuales. Cuadernos de investigación. Medellín: Universidad EAFIT, 2010. p. 24.

deficiente implementación de las leyes, a lo cual se suma en palabras de Díez, una política criminal legislativa caracterizada:

[...] por la proliferación y abuso de leyes especiales, con los consiguientes déficit de seguridad jurídica y de calidad técnica legislativa [...]. Lo que es una tendencia que presenta diversas características comunes en la Política criminal iberoamericana [...]. De hecho, la generalización del populismo punitivo entre las fuerzas políticas ha hecho que la política criminal se haga cada vez más en función de los sentimientos de inseguridad y no de la realidad criminal a prevenir.¹²⁷

Esta emisión excesiva de normas producidas por las exigencias populares coyunturales van dirigidas a la sanción ejemplar de los hechos punibles que han lesionado la sensibilidad social, se promueve entonces la mano dura para garantizar la seguridad del cumplimiento de la norma, empero esta acción jurídica política permite que se invada por parte del legislador penal, el ejercicio de aplicación del derecho, constituyendo un desbalance de los poderes públicos y por ende un crisis en las estructuras internas del estado.

Para Pavarini¹²⁸ “invocar mayor certeza y efectividad de las penas equivale sólo a demandar un aumento en el valor simbólico de la represión en una óptica de prevención general positiva”. En tanto, la efectividad no está dada por mejorar procesos de gestión, sino por incrementar la dimensión del control a través de la penalidad”.

La sanción adquiere una función específica en relación a la tortura que se tiene que causar al infractor, como garantía de evitar el ataque al ordenamiento jurídico, más que por evitar la reincidencia en la comisión de conductas punibles, es decir este modelo de derecho está orientado a la seguridad del ordenamiento jurídico y político, lo cual se refuerza simbólicamente con las penas, pero no a la protección real de bienes jurídicos tutelados. Podemos analizar el caso de un violador de niños, se debe brindar sanción ejemplar contra el infractor, lo cual genera la sensación de fortaleza en las instituciones, así en la practica la integridad sexual de los menores no tenga una regulación legislativa para su custodia, pues la negación de los derechos sociales mínimos para toda la sociedad, afectan en especial a los niños y los hacen vulnerables de este tipo de prácticas por el contexto de marginalidad en el cual se desenvuelven.

La pena como un instrumento de generación de expectativas comunicativas para crear confianza en el ordenamiento jurídico bajo el esquema de un derecho penal endurecido, asume el papel de un terrorismo legal ejercido por el estado que goza de legitimidad simbólica.

¹²⁷ UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA, Op. Cit.

¹²⁸ BASOMBRIO y DAMMERT, Op. Cit., p. 5.

La pena aplicada y la ejecutada se convierten en un indicador del desempeño sobre la calidad de la justicia impartida en el sistema. La incertidumbre y la ineficacia podrían ser elementos para explicar los cuestionamientos que constantemente recibe el sistema de justicia penal desde la política y la sociedad civil. Reaparece entonces la penalidad y el control como instrumentos propicios para mantener el orden social mediante el reaseguramiento autoritario¹²⁹.

La pena se convierte en violencia dirigida, adquiriendo un elemento esencial, la necesidad de castigar, de torturar al infractor, de provocar la máxima minimización de sus derechos, puesto que se ha puesto en riesgo a la sociedad y al estado, de nuevo el delincuente no tendría garantías.

La disuasión y la incapacitación de los ofensores como mecanismos efectivos para evitar el incremento de hechos delictivos, incluso sin considerar las libertades públicas y los derechos humanos, demuestra la configuración de un modelo basado en la noción del enemigo y en las prácticas de terror para su sometimiento.

El gobierno de la criminalidad, como lo afirma Pavarini más bien apunta a la “gestión del presente desorden” que genera una convergencia pragmática en torno a los mecanismos y técnicas desarrolladas.

El delincuente entendido como enemigo y no como ciudadano infractor con garantías, permite que las sanciones ataquen su humanidad sin ninguna consideración posible, incluso dejan la puerta abierta a la desinstitucionalización de la función penal, la cual es admisible porque el enemigo no merece la vida, la sanción máxima es el exterminio total de la amenaza, potenciado con ello la regulación legal de la pena de muerte como sanción máxima que le otorga facultades extraordinarias al estado y que violenta las conquistas liberales y las posibilidades de resolver los conflictos desde la alternatividad penal.

Todos estos presupuestos –garantías penales– son componentes de un derecho penal moderno, los cuales contrarrestaron el inminente derecho penal inquisitivo y el derecho de castigar propuesto en su momento por Beccaria, donde más justa era la pena mientras más sagrada o inviolable fuera la seguridad que el soberano tuviera consagrada a sus súbditos, términos que resurgen de manera más “prudente” en el nuevo concepto de populismo punitivo, el cual considera que el garantismo penal sólo es una forma de condescender a los infractores de la ley con sus acciones. De esta manera, bajo el ojo crítico de la sociedad, se argumenta que quienes transgreden las disposiciones legales, deben asumir las consecuencias derivadas de la

¹²⁹ *Ibíd.*

comisión de un delito, sin ningún tipo de benevolencias por parte del Estado¹³⁰.

El endurecimiento del derecho incrementa los conflictos en relación a la ejecución de la pena en los establecimientos carcelarios. El sistema penitenciario es el lado más débil y abandonado del sistema penal, generalmente la situación de los presos se desenvuelve en una clara violación de los derechos humanos.

La existencia de un importante porcentaje de presos sin condena constituyen un problema humanitario de primera magnitud, al que sólo se presta atención muy esporádicamente y por espacios limitados de tiempo cuando se producen situaciones de crisis explosiva con altos niveles de violencia o por escándalos de corrupción institucional. • Las cárceles son, además, un lugar donde la corrupción estatal llega a sus límites más evidentes y por tanto se convierten en lugares cuasi liberados que favorecen la persistencia de organizaciones criminales, las que generan facilidades para organizar el delito externo con mayores niveles de “profesionalismo” e impunidad.¹³¹

La proliferación de sanciones solo demuestran la incapacidad para evitar desde la política, alternativas que permitan la reconstrucción del tejido social y la inclusión del ciudadano infractor a la sociedad, por el contrario se promueve una nueva sociedad basada en el odio, en la reacción a la tortura, en la necesidad de continuar con el circuito de venganza, en sí con una población que para sobrevivir en medio de la sanción y de la violación fragante de sus derechos debe delinquir.

“No siempre se valore el impacto que la privación de libertad ejerce sobre las personas y que puede actuar a veces como elemento de desocialización de personas que han cometido un único y primer delito”. Frente a esto, estas personas pueden ser controladas mediante procedimientos telemáticos o cumplir penas de trabajos sociales”¹³²

El populismo punitivo genera un fetichismo en la pena, distorsionando de esta forma sus fines esenciales pues la pena es el mecanismo mitigador de problemas sociales en sí, no un medio para lograr prevenir la concurrencia de conductas que lesionen los bienes jurídicos tutelados. Criminalmente los reos casi religiosamente sufren sus condenas, purgando sus conductas en las peores situaciones posibles impidiéndose a toda costa bajo este esquema su resocialización.

“No debiera en ningún caso olvidarse, que el derecho penal es una forma de control violento de acciones y relaciones sociales, “incluso a veces mucho más

¹³⁰ PELUFFO, Valentina y GARCÍA Carolina. Populismo punitivo un mecanismos para la prevención general del delito. Revista semilleros de investigación cultura investigativa. No. 1. Universidad de Antioquia, 2012

¹³¹ BASOMBRIO y DAMMERT, Op. Cit., p. 12.

¹³² PELUFFO y GARCÍA, Op. Cit.

cruenta que los actos de violencia individuales, porque ahora es la comunidad [y el estado] la que de manera consciente y programada se enfila contra uno solo, con las prerrogativas del poder y la venia del rito judicial que proclama esta segunda violencia como «buena», «justa», «legítima» y, a fin de cuentas, permitida”¹³³

No debería olvidarse que el derecho penal debería ser utilizado como ultima ratio para lograr resolver las contradicciones sociales con otras medidas que no vulneren los derechos de los mismos ciudadanos, pero los modelos de emergencia anteponen el ius puniendi para omitir su responsabilidad política y social para la resolución de los problemas.

Si bien el punitivismo genera una amplia gama de normas penales que por su emisión ausente de diagnóstico son difíciles de aplicar en la práctica y se quedan en el mero efecto simbólico, existen otras especialmente dirigidas a criminalizar todas las practicas posibles de los considerados enemigos del estado, las cuales son objeto de un tratamiento favorable para la aplicación de sanciones fuertes y ejemplares.

“El derecho penal no solo aparece como instrumento para producir tranquilidad mediante el mero acto de promulgación de normas evidentemente destinadas a no ser aplicadas, en contra posición de normativas penales basadas en la criminalización que pretenden con toda voracidad ser aplicadas”¹³⁴

La combinación de los distintos modelos del derecho penal de emergencia, produce que el populismo punitivo se desarrolle bajo la noción de enemigo interno, posibilitando que las sanciones duras y ejemplares sean especialmente dirigidas.

El ataque a los infractores mediante normas severas, se refleja también en la lógica de la prevención, percibida desde la emisión constantes de leyes que combaten las amenazas, pese a existir otro tipo de herramientas sociales para afrontar las crisis.

“Se pasó de un prototipo de persecución del orden social a través del Estado social, a uno que lo hace por medio del control social, donde más que disminuir las problemáticas, las incrementa”¹³⁵

La prevención se ha instalado en la narrativa del estado, controlar la sociedad implica la invasión del fuero interno y por ende la represión de conductas

¹³³ GALLEGO GARCÍA, Gloria María. Instituciones y Violencia. La Aporía Institucional de la Razón Práctica Entorno al Derecho. [Documento de estudio de la Especialización en Derecho Penal]. Medellín: Universidad EAFIT., 2009. p. 7.

¹³⁴ MELIA, Manuel Cancio. De nuevo ¿Derecho penal del enemigo? ver en MELA y GÓMEZ, Op. cit., p. 448.

¹³⁵ PELUFFO y GARCÍA, Op. Cit.

supuestas, para controlar es necesario vigilar, por ello este discurso lleva implícito la militarización y la securitización de la sociedad.

Además de la violación del *iter criminis*, la sanción del estadio previo a la ejecución del delito en un esquema poco garantista de derecho penal endurecido propicia el sacrificio constante de inocentes, que en el contexto del populismo punitivo, genera aparentemente tranquilidad en una sociedad que exige la terminación de los peligros contradictoriamente a través del terror y el miedo.

Las expresiones de mayor punitividad tienen a focalizarse en ciertos tipos de delitos y delincuentes. La sociedad busca controlar principalmente a quienes cometen hechos de abuso sexual, tráfico de drogas y robo a viviendas. Lo anterior está asociado también al tipo de víctima. De este modo, niños, mujeres y ancianos conforman el grupo de mayor vulnerabilidad, lo cual en parte determina el grado de indignación de la opinión pública frente al hecho y las demandas de castigos ejemplarizadores para quienes cometieron el delito, sobre todo cuando tienen un carácter trágico y atractivo para los medios de comunicación¹³⁶.

Extrañamente la población víctima que provoca la euforia colectiva hace parte de los sectores más marginados y vulnerables, que irónicamente han sufrido la exclusión por medio de la aplicación de políticas estatales. De alguna forma el populismo punitivo tiene una doble moral porque aparenta buscar la protección de ciertos bienes jurídicos, por la existencia de ciertos hechos escandalosos que provocan la exigibilidad popular, pero paralelamente no promueve ninguna política para evitar la concurrencia de nuevos hechos de esa magnitud. Es decir aprovecha los casos lamentables para posicionar la institucionalidad y no para promover alternativas en favor de los sectores vulnerables víctimas de estos hechos.

La demanda de sanciones más duras para enfrentar la delincuencia viene de una sociedad asustada que quiere sanción eficaz y la confunde con solución rápida al problema. Este reclamo es adicionalmente alentado por necesidades políticas electorales, más que por la consistencia y eficacia para enfrentar al crimen.

Esta visión de fortaleza contra la criminalidad, se consolida como una ventaja para el terreno electoral y es usada como una estrategia de campaña, es la conjugación entre la ansiedad pública y el oportunismo político.

Existen tres elementos esenciales para explicar el fenómeno del populismo penal. El primero corresponde a la preocupación excesiva por el sentir del electorado que favorecen los políticos, como la herramienta para vincularse con la opinión pública. El segundo punto es la tendencia por enfatizar las presunciones simplistas sobre violencia y criminalidad que posee la

¹³⁶ BASOMBRIÓ y DAMMERT, Op. Cit., p.8.

ciudadanía sin hacer uso de metodologías adecuadas para recabar la información. Mientras que el último elemento corresponde a la indiferencia de los políticos con los efectos causados por las medidas implementadas, especialmente aquellas que endurecen el control y sanción¹³⁷.

Este último elemento evidencia la incongruencia de los análisis entre las propuestas legislativas y los efectos, dado que las mismas implican un aumento en el gasto público lo cual contrasta con el decrecimiento de la efectividad y peor aún conducen muchas veces a la exacerbación de los conflictos.

Ante la alarma social provocada por la creciente tasa de criminalidad, lo primero que se ofrece desde el sector político es una serie de reformas “sustanciales” al Código Penal y a institutos procesales y penitenciarios. Nuestros representantes echan mano al recurso más sencillo y económico (y hasta populista-electoral): la oferta de una “nueva ley penal”, publicitándola como la “salvadora de todos los males sociales”. Pero con esta propuesta política, estimamos que no se hace más que seguir enfocando la cuestión como históricamente se la ha venido considerando (más de lo mismo): trabajar sobre los efectos y no sobre la causa del problema, es decir, el delito¹³⁸.

La política social es absorbida por la política criminal y esta, por la política de seguridad que está enfocada en privilegiar la protección del derecho a la seguridad por encima de los derechos sociales, se combate los fenómenos criminales utilizando el derecho penal como *prima ratio*, obteniendo positivos jurídicos coyunturales que no logran como tal, acabar el fenómeno, puesto que no encuentran soluciones a las causas que han generado la comisión de determinadas conductas punibles.

“Así, el populismo penal pareciera ser cada vez más una herramienta política comunicacional más que una opción de política pública. En muchos casos el reconocimiento de su carencia de efectividad en el corto y largo plazo es público pero así también la incapacidad para generar un contenido comunicacional alternativo”¹³⁹.

La influencia de los medios de comunicación en el establecimiento del populismo punitivo en su propósito de marketing político es fundamental, dado que permite socializar la información de ciertos sucesos desde un enfoque parcializado en la mayoría de las ocasiones, distorsionando los hechos y manipulando la reacción de la sociedad favoreciendo intereses políticos.

¹³⁷ *Ibíd.*, p. 7.

¹³⁸ ZAMBRANO, Alfonso. Discurso – emergencia. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: www.alfonsozambrano.com/dpe/discursos_emergencia.doc

¹³⁹ BASOMBRIÓ y DAMMERT, Op. Cit., p. 14.

“Se mezclan las ansias de calmar a una opinión pública desinformada y una percepción tendenciosa del Derecho Penal por parte de los ciudadanos, que gracias a los programas de telebasura creen que todo se arregla con más cárcel. Los políticos son inteligentes y adoptan medidas urgentes para dar lo que la gente les pide”¹⁴⁰.

Aunque de forma ficticia hay participación democrática en la construcción de la política criminal, contrariamente la misma es dirigida a través de: la generación de situaciones excepcionales, en el cubrimiento mediático de estos hechos, en la propagación comunicacional de las medidas que solucionarían dichas situaciones y finalmente en el dirigente político ideal que recoge estas exigencias y las incorpora en la política pública, aunque realmente la sanción no permita solucionar en realidad el fenómeno publicitado.

Zaffaroni diría “hemos visto que el poder mundial tiene la posibilidad de aniquilar la vida planetaria, inicia el camino para manipular genéticamente la evolución y persiste en un sistema de producción y distribución de bienes que condena a la enfermedad y la muerte a millones de personas, al tiempo que conduce a una catástrofe las condiciones de vida del planeta. No obstante, los hombres participan de todo eso y prefieren ignorar o desechar con fastidio las pruebas de esa realidad, incluso cuando se vuelve en contra de ellos mismos en múltiples formas. Esto no es un mero producto del azar, sino de la aplicación de la tecnología de la manipulación, que deviene de este modo en pieza clave del sistema”

El populismo punitivo disfraza la manipulación social y el oportunismo, bajo una supuesta democracia en la construcción de las propuestas legislativas penales, en otras palabras es un engaño para lograr obtener créditos políticos por parte de los gobernantes de turno.

En resumen Garland caracterizaría este modelo punitivo bajo los siguientes indicadores:

[1] la crisis del ideal resocializador (hoy este fin ya no se asume como principio rector del sistema penal que orienta todas sus decisiones y prácticas).

[2] el resurgimiento de las sanciones punitivas y degradantes (las penas hoy deben ser “expresivas”, están destinadas a mostrar cuán punitivo el legislador está dispuesto a ser aun cuando luego no se apliquen; también el público puede mostrarse punitivo sin temor a ser recriminado por estos sentimientos)

[3] el aumento de un clima punitivo entre la población (la gente parece haber perdido la posibilidad de identificarse con el delincuente, al que han dejado de ver

¹⁴⁰ PELUFFO y GARCÍA, Op. cit., p. 12.

como una persona con graves dificultades sociales; el delincuente es hoy el “otro” con el que no es posible desarrollar empatía alguna)

[4] el retorno de la víctima (la víctima ha penetrado todo el sistema penal exigiendo mayor consideración y derechos, lo cual ha sido interpretado como una necesidad de limitar los derechos y recursos destinados al delincuente)

[5] se privilegia la protección pública (las penas deben servir para proteger a la víctima o al público, el fin preferido es la incapacitación y por ello se busca más la protección del Estado que frente al Estado)

[6] la politización y uso electoral de los temas referidos al delito y al sistema penal (el partido político que quiera ganar unas elecciones debe elegir este tema para hacer campaña, sin aparecer como bené- volo);

[7] la reafirmación de la prisión como medio de conseguir la incapacitación de las personas que delinquen (ha existido una confianza renovada en que la prisión funciona como medio para reducir la delincuencia)

[8] la transformación del pensamiento criminológico (muchas teorías defienden hoy el delincuente racional que decide delinquir tras ponderar los costes y beneficios, de ahí que el énfasis sea en la prevención situacional destinada a reducir las oportunidades del delito e incrementar los costes)

[9] la delegación de las tareas del control del delito (el Estado reconoce sus límites en las tareas del control del delito y traslada la responsabilidad a la comunidad o a la víctima), producto de presiones fiscales y de una necesidad de relativizar el fracaso en su tarea de reducción de la delincuencia

[10] la privatización de las tareas de control del delito y su comercialización (el surgimiento y expansión de policías privadas o cárceles privadas o los dispositivos de seguridad privada); 11) el surgimiento de un nuevo estilo de trabajar empresarial (“managerial”), que atiende a principios de coste-beneficio, tablas de riesgo (“actuarial”) o número de servicios prestados en vez de a juicios individualizados o criterios normativos

[12] Un sentimiento constante de crisis (plasmado en la multitud de reformas, pesimismo generalizado, descrédito de los expertos y en general desconfianza del público acerca de la posibilidad de contener la delincuencia)”¹⁴¹

Este modelo de emergencia penal a recibido fuertes críticas: Roxin critica al derecho penal simbólico por no desarrollar efectos concretos de protección, sino estar destinado a beneficiar a ciertos grupos políticos o ideológicos, así como solo

¹⁴¹ LARRAURI, Op. Cit.

apaciguar al ciudadano, haciéndole creer que se está haciendo algo positivo por su seguridad cuando, en realidad se trata de una nefasta huida selectiva de las tareas político sociales y es deber de la ciencia penal poner esto en evidencia.

Baratta al respecto cuestiona la función simbólica del derecho penal e indica que este tiende a prevalecer sobre la función instrumental y no logra la efectiva protección de bienes jurídicos, pretendiendo compensar tal déficit por la creación en el público, de una ilusión de seguridad y de un sentimiento de confianza en el ordenamiento y en las instituciones que tienen una base real cada vez más escasa, en efecto las normas continúan siendo violadas y la cifra oscura de las infracciones permanece altísima.¹⁴²

Siguiendo a Roxin compartimos que un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo *mediante* el Derecho Penal, sino también *del* Derecho Penal¹⁴³. Con ello se quiere decir, que el ordenamiento jurídico no sólo debe preocuparse de establecer las consecuencias jurídicas para aquellas personas que vulneran bienes jurídicos, sino también de establecer los límites al empleo de la potestad punitiva del Estado, en busca de que el justiciable no quede desprotegido ante probables abusos estatales (policiales, judiciales, penitenciarios).

El populismo punitivo lesiona la teoría de prevención general negativa de la pena puesto que como derecho simbólico las sanciones impuestas si bien son fuertes y represivas generalmente no se cumplen, quedan en el papel, así el derecho pierde credibilidad en la sociedad y se genera anomia, pues los infractores continúan delinquiendo; irónicamente la función de prevención general positiva que reafirma al derecho y al estado como soberano en su ius puniendi, si bien se afecta por el populismo punitivo no lo hace en la medida de la prevención general negativa. Esto implica que extrañamente se divide la prevención general negativa de la positiva, se pierde credibilidad en el derecho pero no en el estado, sigue siendo el soberano el que tiene la posibilidad de resolver los fenómenos sociales, puesto que el autoritarismo de estado ha educado bajo esos criterios a sus súbditos. Albretch manifiesta:

En el plano político la intervención de la justicia penal actúa a modo de mecanismo políticamente deseado de encubrimiento y ocultación de las contradicciones del sistema. Gracias a él los problemas sociales se personalizan, logrando escapar de una imputación política. Se toma en consideración la génesis social de los problemas y con ello se esquivo la intervención político-estructural. La explicación se traslada sistemáticamente hacia los aspectos accesorios y se desvía de la esencia del problema¹⁴⁴

¹⁴² ALLER, German. El derecho penal del enemigo y la sociedad del conflicto ver en MELA, Cancio y GÓMEZ, Op. Cit., p. 86.

¹⁴³ ROXIN, Op. Cit., p. 137.

¹⁴⁴ TOREES CADAVID, Op. Cit., p.28.

La Clasificación entre países desarrollados y del tercer mundo, genera condiciones económicas y políticas disimiles, pero hablar de Colombia incluye unas variables muy propias y extrañas a la generalidad de los países, incluso de Latinoamérica. Si bien en todos los países se comparte la crítica de la ineficacia del derecho el caso Colombiano es bastante complejo.

“solo una extraordinaria fortaleza simbólica del discurso jurídico, puede explicar el hecho de que el híbrido institucional entre democracia y autoritarismo haya podido mantenerse durante tanto tiempo sin que ello hubiera causado mayor escándalo (estado de excepción)”¹⁴⁵

La guerra, el incremento de la violencia generalizada y la existencia de una aparente democracia que oculta el autoritarismo estatal son el contexto en el cual se desenvuelve el populismo punitivo como cultura jurídica de emergencia.

“Sotomayor Acosta¹⁴⁶ se ocupa de identificar en la legislación de la última década, la orientación político criminal y los rasgos ideológicos que se presentan en materia penal en el país, como consecuencia de la alta complejidad y conflictividad de la realidad colombiana. A continuación se expondrán dichas orientaciones para conseguir realizar un acercamiento a la situación de Colombia:

- a) Actualización Legislativa. Es la primera de las tendencias y está integrada por aquellas leyes que llevan implícita la intención de armonización y modernización de la legislación con el mundo de hoy. Usualmente, tienen por objetivo la codificación -la creación de un solo cuerpo normativo en el que se incluya de manera ordenada y con sentido la legislación que de manera separada en el tiempo se ha ido creando conforme se identifican en el país nuevas necesidades de regulación penal.
- b) Prevalencia del proceso. Ha operado una transformación conforme a la cual el proceso penal se convierte en el objetivo central de la intervención penal, es decir, un fin en sí mismo, el castigo. El proceso se instituye como un mecanismo autónomo de control social, no como un medio de realización del derecho penal, por lo que el derecho penal sustantivo termina subordinado a éste.
- c) La condena sin proceso. “La otra gran característica de las recientes reformas procesales es la búsqueda de la condena a cualquier precio”³³. Esta dinámica concierne a la implementación de un criterio fuertemente eficientista, que hace concebir el proceso como una máquina de producción de condenas sin proceso, resultado de acuerdos con la fiscalía o aceptación de cargos³⁴.

¹⁴⁵ DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p. 73.

¹⁴⁶ SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa. En: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y GARCÍA PÉREZ, Octavio (Eds.). La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo. Madrid, Montevideo, Buenos Aires: B de F - Edisofer, 2008. p. 95.

- d) Endurecimiento punitivo con fines políticos no legítimos. Si bien el endurecimiento punitivo que se ha dado en materia procesal es muy significativo, la principal causa o manifestación de esta tendencia se da respecto de la utilización política de la ley penal como instrumento de lucha contra insurgente, expresión del conflicto armado interno
- e) Populismo legislativo. Sotomayor Acosta señala la existencia de un populismo punitivo y otro no punitivo, puesto que si bien se procura con ciertas iniciativas legales la reafirmación de derechos y unas ciertas ganancias electorales, no siempre se realiza por medio del discurso de la necesidad de penas más altas.
- f) Derecho penal del conflicto interno. “Uno de los aspectos que más dificulta el análisis del derecho penal en Colombia es el de su coexistencia con una situación de conflicto armado, circunstancia que –como ya se dijo- ha dado lugar a la existencia de una legislación ‘del enemigo’.
- g) el derecho penal internacional”.

Todas las características nombradas con anterioridad permiten analizar en detalle el complejo entrelazado de acciones políticas y jurídicas penales de emergencia que se ha instaurado en nuestro país.

La actualización jurídica se ha desarrollado en el marco de revivir lo viejo en un nuevo momento histórico, que posibilita la aplicación de neofascismos para implantar la detención preventiva como una medida pre delictual de control social.

Estas políticas se han orientado en su ejecución en contra del enemigo interno que en medio del conflicto interno tiene una noción contrainsurgente y de criminalización de fenómenos sociales.

Además del derecho penal del enemigo, el eficientismo penal, el populismo punitivo ha contribuido en la configuración de un modelo penal inquisitivo aparentemente a través de la democracia, puesto que muchas de las propuestas de endurecimiento del derecho penal se han realizado mediante campañas electorales, que se presentan como las únicas soluciones para los grandes conflictos sociales que posee nuestro país.

“La instrumentalización política de la cuestión penal en Colombia se ha instituido en una práctica usual y ha derivado en una “profunda crisis del sistema de justicia penal, que por tal motivo se ha visto sometido a diferentes reformas de muy diferentes signos, como lo refleja con claridad la profusa producción legislativa de carácter penal de los últimos tiempos”¹⁴⁷

¹⁴⁷ SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Los estragos de la lucha contra la “criminalidad organizada” en el sistema penal: el caso colombiano. En: Estudios Criminales, Núm. 34. Porto Alegre: Notadez, 2009. p. 129

La ineficacia de la justicia producto del derecho penal simbólico, conlleva a la ausencia de legitimidad de la institucionalidad y a la construcción de justicias privadas que contradicen los postulados estatales.

En Colombia el populismo punitivo se ha presentado de una forma especial y atípica, así como lo establece el profesor Sotomayor Acosta: “De todas maneras, se debe matizar el uso de la expresión, o tal vez hablar de populismo punitivo “a la colombiana”, pues el fenómeno parece obedecer a razones que nada tienen que ver con las que lo han originado en otros países: no es resultado del desmonte de un Estado de bienestar impensable en un país como Colombia, ni es tampoco la respuesta a un aumento real de la criminalidad, mucho menos a un aumento de confianza en el sistema penal y ni siquiera a una política-criminal orientada realmente a un mayor control de la delincuencia”¹⁴⁸.

En realidad el populismo punitivo en nuestro país se ha convertido en un especie de autoconvencimiento de que los grandes males que se sufren desde hace tantas décadas, se podrán solucionar desde el despertar de micro fascismos emocionales, es decir desde la continuidad de la lógica bélica, extrañamente todas las medidas para solucionar la crisis social se condensan en la guerra.

María Teresa Uribe plantea en torno a la realidad Colombiana “Atravesada por un conflicto armado persistente y continuado, anudado en torno a la lucha por la construcción del Estado Nacional: con una soberanía puesta en vilo por actores armados de diferente signo y por la gran delincuencia organizada; con una sociedad civil desconfiada y atemorizada que sólo acierta a demandar orden, seguridad y garantías para sus vidas y sus bienes”¹⁴⁹

La inexistencia de un contrato social y la imposición de un estado que no ha logrado incluir a todos los ciudadanos en sus prerrogativas es una de las formas que impulsa el desarrollo del estado autoritario, el populismo punitivo contribuye a que ese disfraz de pacto social construya un imaginario en la sociedad de la existencia de un derecho incluyente, pero que en realidad margina a varios sectores de lo que sería el gran tratado para acabar la guerra.

¹⁴⁸ SOTOMAYOR, Las recientes reformas en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa. Op. Cit., pp. 105- 106.

¹⁴⁹ URIBE DE HINCAPIÉ, María Teresa. Las incidencias del miedo en la política: Una mirada desde Hobbes, en El Miedo: Reflexiones sobre su dimensión social y cultural. Medellín: Corporación Región, 2002, p. 26.

Las particularidades de Colombia se desenvuelven en el contexto global que como plantea Wacquant se caracteriza por: “difuminación del Estado económico, debilitamiento del Estado social, fortalecimiento y glorificación del Estado penal”¹⁵⁰ En medio de una sociedad en crisis y anomia, el pueblo le exige medidas concretas al estado para superar el caos, sin saber cómo diría Locke que el Leviatán puede transformarse en “ese monstruo caprichoso y autoritario que anula la sociedad civil y reduce a los ciudadanos a una situación más lamentable y amenazante que la que vivieron en el estado de guerra.

EL estado Colombiano es por ende, un estado policía, que vigila y controla las esferas sociales y políticas desde enfoques militares adaptados por la confrontación.

Hijos predilectos de esta lógica, fueron los denominados estatutos de seguridad, así relatados por González: “el Estatuto de Seguridad, en el gobierno de Julio César Turbay Ayala; el Estatuto para la Defensa de la Democracia, de Virgilio Barco Vargas; el Estatuto para la Defensa de la Justicia, de César Gaviria Trujillo y, el Estatuto Antiterrorista proyectado por el gobierno de Álvaro Uribe Vélez.”⁷⁶ Todos ellos, con amplias similitudes, mismas que son caracterizadas por González: “de una parte (...) acabaron precisamente con lo que dijeron proteger: seguridad, democracia y justicia. De otra parte aquellos estatutos, incluido el proyecto último, invariablemente se sustentan en un recorte sistemático de derechos y garantías de todos los ciudadanos”¹⁵¹

La guerra entrelazada con la política convierte las propuestas penales en botines de campaña como un mecanismo para legitimar el autoritarismo de estado y un ordenamiento jurídico poco garantista.

Debe considerarse que la baja intensidad de la democracia colombiana, hace que las actitudes punitivas de los ciudadanos no solo se reflejen directamente en su participación en la creación de proyectos de leyes que agudicen el derecho penales, es común que las sensaciones del pueblo deriven en la asunción de protagonismos individuales que, de manera directa, asuman compromisos en vías paralelas a los intereses de los ciudadanos.

El gobierno de Álvaro Uribe Vélez representa el pico más alto de la relación entre opinión pública y autoritarismo, su política de seguridad democrática y constantes iniciativas de endurecimiento penal exacerbaron el conflicto pero no lograron

¹⁵⁰ LOIC, Wacquant, La penalización de la miseria. De la importación de políticas de seguridad: en El derecho a la seguridad - Informe de Valladolid. Valladolid, España: Escuela Técnica Superior de Arquitectura, 2004. p. 14.

¹⁵¹ GONZÁLEZ ZAPATA, Julio. El terrorismo: la utilidad del miedo”, en Estudios Políticos, No. 21. Medellín: Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, 2002.

extinguirlo, por el contrario se crearon fenómenos como los falsos positivos donde el sacrificio de inocentes nuevamente se convirtió en el gran protagonista.

Las políticas criminales en Colombia van encaminadas al endurecimiento de penas, bajo la premisa de la prevención del delito. Se tiene la creencia que, a través de la prevención general negativa, los problemas de delincuencia por los que atraviesa el país se verán altamente reducidos, ignorando factores estructurales que contribuyen a las altas tasas de criminalidad. A través de un estado de opinión se busca la acogida de las masas en momentos coyunturales de la sociedad [2], logrando un impacto mediático (Zaffaroni, 1989: 133) [3] y, con ello, altos niveles de legitimidad, para que sea en el Congreso de la República donde se le dé vía libre a proyectos como cadenas perpetuas, aumento de penas y cualquier tipo de castigos desproporcionados que atenten contra las garantías procesales y administrativas de los imputados¹⁵².

Empero el endurecimiento del derecho en Colombia solo ha traído consigo el incremento de la impunidad, puesto que el aparato judicial no es suficiente, las herramientas investigativas de la policía judicial son precarias, además que el ciudadano de a pie, por esta misma negligencia en la consecución de la justicia ha optado por ejercerla con sus propias manos, desinstitucionalizando la función penal y radicalizando las soluciones de problemas que deberían ser tramitados por múltiples agencias estatales.

Algunos casos actuales que es menester citar en relación al populismo punitivo en nuestro país son: la propuesta de cadena perpetua para violadores, asesinos, secuestradores, y maltratadores de niños impulsada por la exsenadora del Partido Verde Gilma Jiménez, Por otro lado, aparece en trámite una iniciativa legislativa, realizada por el Senador Roy Barreras, en la que se propone cárcel inmediata a los conductores ebrios.

Estas propuestas nos demuestran la construcción de una política criminal para la guerra basada en la opinión popular orientada por los mismos políticos en sus campañas y aprovechando la excepcionalidad perpetua del país.

Los problemas sociales se resuelven usando como recurso prioritario el sistema penal, se gobierna así, a través del delito.

¹⁵² PELUFFO V, y GARCÍA, C. Populismo Punitivo. Un mecanismo para la prevención general del delito. Bogotá: s.n., s.f.

5. JUSTICIA PENAL DE EMERGENCIA EN COLOMBIA

Colombia es un país que posee un estado débil, 21 constituciones se han creado en su historia, pero ninguna de ellas ha logrado convertirse realmente en un tratado de paz, la confrontación por el poder estatal se mantiene y ha generado una profunda crisis social y política.

El contrato social se construye sobre la base de un bien común, de buscar intereses sociales, económicos, culturales comunes y se legitima con la inexistencia de excluidos, verbi gracia el interés general como objeto del contrato social se ha desvirtuado al interior del país puesto que diversos intereses pretenden hegemonizarse y eliminar, extinguir a las propuestas contrarias.

En el caso Colombiano se han presentado dos fenómenos:

- El contrato social no ha logrado recoger a todos los actores, por lo tanto: “El estado pierde centralidad y el derecho oficial se desorganiza al coexistir con el derecho no oficial dictado por múltiples legisladores facticos, que gracias al poder económico transforman la facticidad en norma, disputándole al estado el monopolio de la violencia y del derecho”¹⁵³.
- Los pocos acuerdos logrados para superar el estado de naturaleza se quedan en el papel y en la realidad los mismos actores que suscribieron el pacto se encargan de desinstitucionalizar el poder estatal.

Por tanto como analizamos anteriormente en Colombia difícilmente se puede hablar de la existencia de un pacto social y político, tan solo se han desarrollado ejercicios precontractuales y contratos promesas que no han logrado consolidar el estado, pese a que se configure una estructura de organización estatal, la misma se enfrenta diariamente a supra poderes que perpetúan la excepcionalidad y el caos en el país.

En este contexto sociopolítico, la administración de justicia se desarrolla con grandes dificultades puesto que es difícil buscar la justicia en medio de la precariedad institucional, y es precisamente este elemento, el que genera el debate entre la aplicación de un modelo de justicia democrático o autoritario.

Lamentablemente, se ha escogido la opción de prolongar la existencia del conflicto, desarrollando una política que se ha encargado de agudizar el tratamiento jurídico y político que se brinda al mismo, a través de la institucionalización del derecho de emergencia.

¹⁵³ DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p. 18.

La justicia de emergencia como respuesta estatal ante el inminente conflicto no ha contribuido a solucionar la crisis social, por el contrario la ha acentuado, máxime si analizamos el derecho penal de emergencia, que es la rama donde entra en juego las libertades y garantías de las personas, así el derecho penal del enemigo, el populismo punitivo y el eficientísimo penal como manifestaciones de este tipo de justicia, han edificado un régimen basado en el totalitarismo y la exclusión.

El conflicto colombiano, en medio de la crisis social y la confrontación armada deja entrever que el ordenamiento jurídico en Colombia no se ajusta a las necesidades reales de la sociedad, por eso es necesario preguntarse ¿Cómo se introdujo este modelo de justicia de emergencia y que consecuencias nos ha dejado en nuestra historia?

El derecho en sí y específicamente el derecho penal en Colombia han sido impuestos en el marco de una guerra que se ha perpetuado en nuestra patria en diferentes etapas y circunstancias que debemos analizar en detalle y que incluso nos permite entrever cómo se ha utilizado el ius puniendi como un instrumento bélico.

5.1 PRIMERA ETAPA: LA INVASIÓN

No es admisible omitir un pasaje que marca la historia de la realidad de nuestro continente, la invasión; el saqueo que propició la corona española en nuestro territorio, muestra abiertamente como se logró el sometimiento de nuestros pueblos aborígenes mediante la fuerza.

Obviamente, la legislación de esta época estaba sustentada en el absolutismo, la vida de los pueblos sometidos se trató de ordenar de acuerdo a los principios y a las instituciones del derecho de castilla

“No obstante cuando se trataba de los vínculos entre los aborígenes, la corona permitía que estos se rigieran por sus propias costumbres a condición de que no contrariarían los principios del conquistador, lo cual posibilitó la convivencia entre el derecho castellano con el nativo”¹⁵⁴.

Desde estas épocas se gesta la noción del enemigo en la praxis de la guerra, los indígenas y la población africana no gozaban del status de persona, se los consideraba seres inferiores, y por tanto se legitimaba el exterminio.

¹⁵⁴ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de derecho penal. parte general. Medellín: Librería Comlibros, 2007. p. 194.

5.2 LA COLONIA

Este lapso se extiende aproximadamente entre 1563 y 1810 y supone la consolidación política de los españoles con la constitución primero de la presidencia del nuevo reino de granada (1563- 1740) y luego con el virreinato de la nueva granada. “Propio de esta fase en materia penal, es el imperio de la legislación hispana, no solo por medio de instituciones como el fuero juzgo, el fuero real, las leyes de estilo, el ordenamiento de Alcalá, las leyes del toro, los fueros municipales, las siete partidas la nueva recopilación y la novísima recopilación, sino también de leyes dadas por la corona para estos territorios, que fueron reunidas bajo la denominación de Recopilación de los reinos de las indias (iniciada en 1586 y culminada en 1680)”¹⁵⁵

Estas regulaciones se caracterizaban por ser extremadamente casuistas, no había límites entre las competencias civiles y eclesiásticas, además que eran profundamente desiguales, pues así como contemplaban penas fuertes, estas generalmente iban dirigidas a los sectores vulnerables que no tenían posibilidades de evitar con su poder la imposición de una sanción.

Propio de un sistema inquisitivo, permanece la concepción de enemigo, sin embargo en el contexto de la colonia se trataba de integrar a la población sometida en una lógica de derechos restringidos, pero se combatía con fuerza e ímpetu a la población que resistía y se negaba a obedecer las prerrogativas de la corona.

Se impone por tanto, esa concepción de asociar la rebelión con la traición al soberano y por tanto de declararlo como enemigo. Es decir la población indígena y afro sumisa tiene posibilidades de cohabitar el territorio bajo unas condiciones acordes a su estatus, mientras que la población rebelde de estas comunidades se extermina.

5.3 LA REPUBLICA

Esta época corre desde 1810 hasta hoy, debe enmarcarse en cuanto a lo político dentro de una situación bastante convulsionada, como lo demuestra las diversas denominaciones que ha tenido el estado Colombiano: Provincias Unidas de la Nueva Granada (1810- 1819) República de la Gran Colombia (1819 – 1831) República de la nueva Granada (1831- 1858), Confederación Granadina (1858 – 1861), Estados unidos de Colombia (1861- 1886) y para terminar Republica de Colombia (1886 hasta hoy). Durante esta fase se han sucedido pugnas intestinas por el poder, que han desatado guerras, inestabilidad institucional, atraso y subdesarrollo; los privilegios han sido usufructuados por diversos y escogidos núcleos familiares, que los han

¹⁵⁵ Ibíd., p. 195.

trasmitido de generación en generación y han producido no pocos movimientos armados, que como los guerrilleros amenazan con tomarse el poder por la vía de las armas¹⁵⁶.

El continuismo de la legislación hispánica data hasta la expedición del código penal de 1837, empero el congreso de Cúcuta trato de atemperar esta situación al facultar al presidente de la república para: “en favor de la humanidad mitigar, conmutar y aún perdonar las penas aflictivas, aunque sean capitales” con concepto previo del poder judicial, desde luego ello no evitó el caos legislativo, pues la ley de 8 de abril de 1826 declaró: Validas las sentencias pronunciadas por los tribunales establecidos en las provincias independientes en la primera época de transformación política, aunque con una salvedad muy importante (propia de una nación que como la Gran Colombia, recientemente había proclamado su independencia del dominio español) Artículo 3: Exceptuase de la regla general establecida en el artículo anterior las sentencias, autos o providencias penales dictadas en la época de la revolución política por los jueces o tribunales españoles contra alguna persona, considerándola criminal en razón de su opinión o servicios por la causa de la independencia, pues que estas sentencias, actos o providencias son nulas, de ningún valor o efecto y aquellas contra quienes se dictaron, servirán de documento honroso que acrediten su patriotismo”

Si bien en la mayoría de regulación de los casos continuaban vigentes las prerrogativas de la corona, esta disposición genera un viraje en la política criminal, la cual en razón del contexto político, caracteriza la rebelión como un delito con fines loables y además de evitar cualquier sanción penal, honorifica a sus partícipes, convirtiendo los procesos judiciales en pruebas que demuestran el patriotismo.

Comienza un debate interesante en razón de quienes merecen el estatus de personas, nuevamente se encuentran choques en el reconocimiento de los derechos de los indígenas y afros y por tanto del trato que debe proporcionar el estado.

Desde estos tiempos se desarrollan disensos, otorgando los castigos más crueles a estos pueblos originarios bajo criterios racistas que conducían a su exclusión política.

La abolición de la esclavitud fue una consigna de la independencia pero en la práctica fue un proceso lento postergado, que si bien se gestó con la ley de manumisión que se otorgó en 1821 solo se empezó a materializar desde 1852, gracias a la nueva ley de manumisión sancionada en 1851 en la administración de José Hilario López, por tanto durante todos esos años la población esclavizada no gozaba del status de persona.

¹⁵⁶ Ibíd., p. 196.

En medio de la crisis propia de la constitución de la naciente república, es en 1837 el año en que el presidente José Ignacio de Márquez sanciona el primer código penal, acorde con la filosofía liberal moderada entonces triunfante. Sin duda el estatuto se inspiraba en el código penal francés de 1810 y en el proyecto español de 1821.

“la relevancia de esta normatividad radica en la derogación tácita de la dispersa legislación española vigente por ese entonces en Colombia”¹⁵⁷

Este nuevo código esboza una propuesta ilustrada del derecho en ruptura con el derecho criminal colonial, planteando una separación tajante entre delito y moral, lo que permite que la separación entre pecado y delito empiece a desaparecer. En este orden de ideas, la ley penal neogranadina construyó un imaginario de representaciones colectivas sobre el modelo de conducta del “buen ciudadano republicano” al tiempo que se constituyó como el mecanismo de control social por excelencia del nuevo régimen, sancionando todo tipo de desviaciones que atentaran contra el nuevo orden impuesto¹⁵⁸.

Las nuevas élites políticas del país empezaron a estructurar un ordenamiento jurídico que lograra mantener el orden social anterior a la revolución en la nueva realidad. Por ello la política criminal de esta época se caracteriza por construir a través de la sanción un molde de lo que debe ser la persona de bien, basándose en prototipos religiosos y determinando de esta manera que quien no cumpliera estos requisitos no solo era un delincuente sino que atentaba contra la moral, las buenas costumbres y se demonizaba con ello su conducta. La iglesia mantenía así, su dominio tácitamente en el diseño de la política criminal, así en el código, el ius puniendi se empezará a centrar más en el estado.

Se edifica con ello un concepto nuevo de quien es el enemigo, una noción construida de acuerdo a los intereses del soberano, que nos recuerda la visión de la política como polémica, donde el pluralismo es negado y el estado y su autoridad y no la verdad son las que hacen la ley. (Auctoritas non veritas facit legem).

Según Velázquez¹⁵⁹ “La ausencia de una clase hegemónica, que tuviera un ámbito nacional de dominación, les permitió a las oligarquías en pugna por la defensa de sus intereses, impulsar como bandera política el federalismo, lo que condujo a la creación de los estados soberanos de Antioquia, Bolívar, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá, Santander y Tolima (mediante leyes en los años 1855 - 1856). Tales provincias conformaron primero una asociación denominada

¹⁵⁷ NAVAS CORONA, Alejandro. Breviario histórico del derecho penal. Bogotá: s.n., 2000. p. 143.

¹⁵⁸ CODIGO PENAL EN COLOMBIA. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: http://www.academia.edu/612859/HISTORIA_DEL_CODIGO_PENAL_EN_COLOMBIA-ESTADO_SOBERANO_DE_BOLIVAR_1860-1880.LIBRO_

¹⁵⁹ VELÁSQUEZ, Op. Cit., p. 198.

Confederación Granadina (1858) y se dieron sus respectivos códigos penales, que por lo general eran la reproducción del código de 1837, luego se daría paso a los Estados Unidos de Colombia como nación federada y a la constitución de río negro en 1863, notablemente influida por el liberalismo radical.

A la sombra de este último ordenamiento constitucional que trazó algunas pautas en materia de legislación penal para cada uno de los organismos territoriales, tales como la prohibición absoluta de imponer la pena de muerte y el límite máximo de pena corporal hasta de diez años, se vislumbra por primera vez la humanización del derecho penal en Colombia. Fruto de ello fue la expedición del nuevo código penal de la federación de estados, con base en un proyecto presentado por Agustín Núñez, que buscaba reunificar la normatividad penal y le daba fin a la vigencia del código penal de 1837; sin embargo debe advertirse que el código solo tenía vigor en los territorios regidos directamente por el gobierno federal, porque en las secciones regían códigos locales”.

La abolición de la pena de muerte se convierte en un hito que transforma por completo los fines esenciales de las penas, es incluir el humanismo y las posibilidades de resocialización de las personas que vulneran algún bien jurídico tutelado; este código penal como el gobierno liberal de esta época se encontraba enfrentando sus postulados a la injerencia del clero, esta escisión que propiciaba el estado desataría una profunda crisis social y política.

Esta confrontación incluía el debate de la demonización de las conductas de las personas que atenten contra la moral promulgada por ciertos sectores de la sociedad, una concepción de moral que excluía a otros sectores y que cada vez pretendía ligar la visión del enemigo a todos aquellos que atacaban las leyes de dios, por tanto era deber del soberano conservar esta moral religiosa.

El inconformismo del clero ante la hegemonía liberal permite el ascenso de Rafael Núñez quien unificó la república bajo el lema “Regeneración o catástrofe”, su objetivo prioritario fue centralizar las funciones jurídicas y económicas del estado.

Desde luego con semejante punto de partida, era apenas obvio pensar en expedir una nueva legislación penal que se compadeciera con la política reaccionaria pregonada, contraria en todo caso al ideario humanista de la constitución de Río negro. Síntoma evidente de este retorno al autoritarismo fue la consagración de la pena capital en el artículo 29 de la constitución de 1886. Para evitar el vacío legal se dispuso que mientras el poder legislativo no decidiera otra cosa, continuaba rigiendo en cada departamento la legislación del respectivo estado, mientras tanto se decidió aplicar el extinto código del estado de Cundinamarca, sancionado en 1858, finalmente desde 1887 se generalizó este estatuto en todo el territorio¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Ibíd., p. 199.

“Sin embargo para el año de 1890 dadas la múltiple legislación penal, se realiza un proceso de sistematización que recoge los lineamientos regeneradores de la constitución de 1886 y se reproduce la severa penología del código penal de 1837 reestableciendo la pena de muerte que tan solo fue abolida para el año de 1910”*

Este código con grandes matices autoritarios a través de “La ley 157 de 1896 tipificó como delitos las publicaciones ofensivas y subversivas tanto en periódicos como libros, folletos, carteles, volantes o grabados, reflejando así “el interés que los gobiernos ultraconservadores de la época tenían en ejercer férreos controles sobre la prensa, para así poder evitar que por medio de ella se ejerciera cualquier tipo de oposición que pusieran en riesgo la continuidad de los detentadores del poder” (Restrepo, 2008, p. 84)**

El proceso penal para estos años se plasmaba en el código judicial. Fruto de una extensa compilación de leyes dispersas, que codificadas conformaban un sistema de juzgamiento tanto para el procedimiento civil como para el procedimiento penal. Esta legislación procesal penal profundizaba la tendencia inquisitiva.

El gobierno de la regeneración sofisticaba la noción del enemigo puesto que pese a que se había logrado la abolición de la esclavitud, pervivían criterios racistas en torno a la participación política de las comunidades indígenas y negras. Sumado a ello se cimienta un totalitarismo que evidencia la ausencia de un verdadero pacto social y por el contrario la guerra se convierte en la tradición política por excelencia, si bien los rebeldes, los que disienten de las prerrogativas del estado siempre han sido perseguidos desde la acción penal, en este lapso de tiempo se adquieren una atención especial, pues se dirige la persecución hacia ellos utilizando al derecho penal como *prima ratio* y como una forma de expiar las culpas a través de la pena de muerte.

La peligrosidad como criterio para la definición de la responsabilidad penal inherente a una concepción del enemigo empieza a entrar en vigencia en su máximo esplendor.

Durante todos estos años el ejecutivo gozaba de amplias facultades que incluso se incrementaban con las declaratorias de estados de sitio, donde el *ius puniendi* se ejercía si ningún tipo de control. La institución del estado de sitio fue consagrada en la Constitución de 1886 en el art. 121 que expresaba lo siguiente:

* Este estatuto penal rechazó la ignorancia de la ley como motivo de excusa, ordenando que “serán castigados conforme a este código, sin que sirva de disculpa la ignorancia de lo que en él se prescribe”, estableció para los delitos políticos, militares, graves y atroces la pena capital, la cual debía ejecutarse en público. La calumnia, la injuria, el hurto se sancionan suavemente; se tipificó como delito el amancebamiento, más adelante lo será el adulterio (Restrepo, 2008, p 81 ss.).

** Historia del derecho penal colombiano. Pág. 13

“En los casos de guerra exterior, o de conmoción interior, podrá el Presidente, previa audiencia del Consejo de Estado y con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público, y en estado de sitio toda la República o parte de ella.

“Mediante tal declaración quedará el Presidente investido de las facultades que le confieran las leyes, y, en su defecto, de las que le da el derecho de gentes, para defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento. Las medidas extraordinarias o decretos de carácter provisional legislativo que, dentro de dichos límites, dicte el Presidente, serán obligatorios siempre que lleven la firma de todos los Ministros.

“El Gobierno declarará restablecido el orden público luego que haya cesado la perturbación o el peligro exterior; y pasará al Congreso una exposición motivada de sus providencias. Serán responsables cualesquiera autoridades por los abusos que hubieren cometido en el ejercicio de facultades extraordinarias”.

El estado de sitio agudizaba el tratamiento al enemigo, máxime si tenemos en cuenta que en un contexto de conflicto, continuamente se presentan situaciones caóticas, la regularización del caos se promovió con esa posibilidad de combinar la acción militar con el ejercicio político, de desinstitucionalizar la función penal, convirtiendo en blanco a los enemigos y no en delincuentes que ameriten sanción.

Esta mezcla entre totalitarismo de estado y retorno del clero como enfrenta a la hegemonía liberal se traduce en una época de terror de estado y de exclusión política.

Durante todos estos años no se había logrado superar el estado de guerra, empero es menester resaltar un episodio de confrontación que produciría consecuencias políticas que incidirían en la política criminal y en la concepción del enemigo, este episodio es la guerra de los mil días.

Como respuesta a la política reaccionaria de la regeneración el liberalismo radical respondió con alzamientos armados, lo cual atrajo enfrentamientos sucesivos entre los militantes del partido liberal, partido nacional y partido conservador en varios lugares de la geografía nacional.

Esta cruenta batalla que sumió al país en una profunda crisis económica, social y política, tuvo dimensiones internacionales y por tanto injerencia políticas de otros países. Los enfrentamientos se extendieron parcialmente a países vecinos como Ecuador y Venezuela, en los cuales se libraron batallas entre fuerzas colombianas y ecuatorianas y/o venezolanas que apoyaban a los actores colombianos en conflicto. Otras naciones como Guatemala, El Salvador y Nicaragua apoyaron a los liberales y a los conservadores con armamento y suministros. Estados Unidos

también intervino en acciones bélicas en Panamá, donde una flota norteamericana garantizaba la seguridad del istmo desde el tratado Mallarino-Bidlack de 1846.

En relación a la política criminal, la evolución de Estados Unidos como potencia y su incidencia política en el país agudiza la noción del enemigo, puesto que las características de las posibles amenazas a la seguridad del estado se las define en el extranjero.

Esto explica como culminada la guerra de los mil días se tiene la nefasta consecuencia política de la separación de Panamá en 1903.

La escisión de Panamá y su posterior indemnización, conjuntamente con lo que la historiografía conoce como la danza de los millones introduce en la historia del siglo XX, una particular forma de la dependencia, donde está unida la ayuda económica y la deuda externa. El inicio de la exploración y explotación petrolera (concesiones Barco y De Mares) y la temprana presencia de las compañías petroleras norteamericanas en Colombia definen la naturaleza de las relaciones de la economía colombiana con las empresas transnacionales, la dinámica de los conflictos petroleros y laborales en el país. La primera guerra y postguerra mundial convierte en imperio a USA y declina Inglaterra y Europa¹⁶³.

La nueva configuración geopolítica, construye un enemigo que debe ser combatido en cada país, el ordenamiento jurídico de cada estado debe ser concordante con las disposiciones de la nueva potencia. La política criminal nuevamente se somete a los mandatos de otro estado, el derecho penal aparece en una nueva versión colonial en una república aparentemente independiente.

Las nuevas relaciones económicas, el desarrollo de la industria, la aparición de la clase obrera, el surgimiento de las luchas indígenas y campesinas por la tierra hieren poco a poco el conservadurismo reinante, es así como nuevamente renace la discusión de la abolición de la pena de muerte.

Con el ascenso al poder del Antioqueño Carlos Restrepo, en nombre de una coalición política entre liberales y conservadores denominada "Unión Republicana" se produjo a partir de 1910 un cambio institucional moderado, que contrastaba con el autoritarismo hasta entonces imperante. Fruto de ello surge la tentativa de expedir un nuevo estatuto penal, a cargo del tratadista J. V. Concha. En contra de lo que su mismo autor manifestaba, la propuesta era muy bien concebida desde el punto de vista técnico, producto de la maestría y el dominio que en estas disciplinas mostraba Concha. Diez años tuvo que esperar dicho proyecto hasta que el congreso la acogió mediante ley 109 de 1922, después de introducirle algunas reformas. Pero como la corte suprema de justicia solicitó el aplazamiento de su vigencia, esta se decretó hasta el

¹⁶³ MEDINA GALLEGOS, Carlos. Farc- EP. Notas para una historia política 1958- 2006. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2007. p. 19.

primero de enero de 1925, mediante la ley 81 de 1923, mientras una comisión designada al efecto lo sometía a revisión y consideró finalmente, que debía elaborarse un nuevo estatuto, lo que impidió que rigiera un solo día¹⁶⁴

Por tanto la pena de muerte se mantenía prohijada por una constitución poco humanista y garantista, basada en la visión del enemigo interno propia del totalitarismo de estado.

En efecto, no salió a la luz una nueva carta política, en relación al estado de excepción se realizaron algunas modificaciones a la constitución de 1886 que impulsaron algunas medidas de control político como:

- “Prohibición de la derogatoria en bloque de las leyes, solo las incompatibles con el estado de Sitio.
- Acción pública de inconstitucionalidad
- Se Eliminó la audiencia previa del Consejo de Estado (por ende el requisito de la audiencia previa)
- En cuanto al control político se dispuso que en el caso de guerra”¹⁶⁵
-

El cambio de amplios sectores campesinos a la condición de asalariados agrícolas o trabajadores urbanos trajo consigo la proletarización de importantes capas de la población y el crecimiento acelerado de las ciudades, comienza a sentirse la presencia de masas obreras y populares urbanas portadoras de nuevas reivindicaciones sociales, de nuevas exigencias de participación política y de nuevos patrones culturales. De esa forma se gestaron movimientos sociales con su expresión correspondiente en huelgas, asonadas, paros, movilizaciones, etcétera, es así como entre 1920 y 1924 se sucedieron alrededor de 70 huelgas obreras y 48 conflictos de carácter cívico regional.

Es en esta época donde las ideas socialistas y comunistas inciden en las organizaciones sociales Colombianas, un ejemplo de ello es que el primero de mayo de 1924 se realiza en Bogotá el primer congreso obrero del país, para fijar la independencia del proletariado frente a los partidos liberal y conservador, este congreso decide adoptar las 21 condiciones para ingresar a la Tercera internacional comunista.

La reacción del gobierno conservador imperante es la institucionalización de la noción del enemigo interno en la política criminal del país con una clara caracterización anticomunista.

¹⁶⁴ VELÁSQUEZ, Op. Cit., p. 200.

¹⁶⁵ MONOGRAFIAS.COM. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: <http://www.monografias.com/trabajos84/estados-excepcion-colombia/estados-excepcion-colombia.shtml>

Todas las organizaciones o personas que promovieran acciones de protesta en contra del régimen, eran catalogadas como amenazas para la seguridad del estado.

El anticomunismo como una característica fundamental del modelo de enemigo impuesto por la potencia Norteamérica propicia la criminalización de actores sociales críticos, extendiendo la comisión del delito de rebelión al accionar común de protesta del movimiento popular.

En segundo lugar se desnaturaliza los delitos políticos pues los actores sociales críticos, en la persecución penal son responsables de otro tipo de conductas.

La ideología comunista se convierte en el rasgo esencial de la peligrosidad como criterio para la imputación, se viola de esta manera el iter crimines, sancionándose el estado previo a la ejecución del delito, se juzga por tanto pensar, apoyar al comunismo desde la mera reflexión teórica.

La persecución jurídica en contra de los líderes de las organizaciones sociales que promovían sus acciones de protesta, no dieron espera, la prisión de varios líderes fue la respuesta de un gobierno que institucionalizó la represión.

Las pugnas en contra de las medidas promovidas por el conservadurismo se fueron acrecentando, y es en vigencia del código penal de 1890 que ocurre uno de los acontecimientos más lamentables que ponen al descubierto descaradamente el terrorismo estatal y la injerencia Norteamericana: La masacre de las bananeras.

En 1928 los trabajadores de la United Fruit Company entraron en huelga para lograr un alza de salarios, entre otras reivindicaciones laborales. El gobierno de Abadía Méndez brindó un tratamiento guerrerista a ese conflicto y en diciembre de 1928 militarizó la zona bananera de Santa Marta. El 6 de diciembre las tropas al mando del general Cortés Vargas, comandante de la zona, dispararon contra los trabajadores concentrados en Ciénaga, ocasionando la masacre.

Igualmente ocurre con las protestas estudiantiles, en el año de 1929 es asesinado el estudiante Gonzalo Bravo Pérez.

La visión de la política como una relación de enemistad profunda en su esencia contradictoria, materializa en la realidad colombiana el pensamiento de Schmitt, se combina la acción militar, política y punitiva del estado en contra de los enemigos del soberano, en contra de los hombres y mujeres comunistas que plantean un nuevo orden social que altera el régimen establecido.

La irrupción de organizaciones y movilizaciones populares con definida orientación clasista, además de la deslegitimación del partido conservador gobernante condujo el ascenso del partido liberal a la presidencia de la república en 1930.

Durante los gobiernos de la hegemonía liberal el núcleo de las transformaciones institucionales de mayor envergadura correspondió al periodo presidencial de Alfonso López Pumarejo, cuyo programa de gobierno fue denominado por éste como la Revolución en Marcha.

Todo el periodo de la hegemonía liberal se caracterizó por sentar las bases económicas, políticas, sociales y culturales para la introducción del modo de producción capitalista en el país y para garantizar la creación y adecuación de las instituciones jurídicas que las nuevas relaciones sociales demandaban. En este periodo se consolidaron los gremios de la producción, institucionalizando su funcionamiento, se modernizaron el ejército y la policía nacional y se desarrollaron los medios de comunicación¹⁶⁶.

La política laboral hacia los trabajadores se basó en el proteccionismo, so pretexto de lograr la industrialización del país, las concesiones que se hicieron a los trabajadores buscaban reglamentar e institucionalizar la huelga como única forma de lucha e impedir los avances de la ideología comunista.

“Dados los frustrados intentos de reforma del código penal, el gobierno de Enrique Olaya Herrera expidió la ley 20 de 1933, por medio de la cual se creaba la comisión nacional de asuntos penales y penitenciarios, integrada por los juristas Lozano y Lozano y C. V. Rey que elaboraron un proyecto fechado en 1935. Este fue presentado al congreso de 1936 que lo aprobó con pocas modificaciones mediante la ley 95 del 24 de abril de 1936 y empezó a regir el primero de julio de 1938.

Los principios inspiradores de este estatuto positivista de corte autoritario con ligeros rasgos clásicos, aunque siempre se le entendió como expresión del liberalismo democrático, fueron resumidos por la propia comisión redactora de la siguiente manera: En primer lugar se consagraba la teoría de la defensa social como sustento en las sanciones y la eficaz prevención de la delincuencia, al compás de la concepción intervencionista, en segunda instancia se partía del concepto de responsabilidad legal y social con base en la actividad psicofísica del agente, en tercer lugar se hacía el estudio del delincuente partiendo del supuesto de que se trataba de una personalidad antisocial, en cuarto lugar se imponían las sanciones con base en el hecho ilícito realizado, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad y la personalidad del agente...¹⁶⁷

La orientación de la política criminal de este código sofisticaba la noción del enemigo puesto que el derecho penal de autor se manifiesta en las regulaciones que establecen como un criterio para la imputación, la personalidad del agente.

Esto implica que la prevención general positiva de la sanción en el derecho penal de autor no solo tiene por objeto la reafirmación de la norma como mecanismo de

¹⁶⁶ DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p. 18.

¹⁶⁷ VELÁSQUEZ, Op. Cit., p. 201.

autoconservación del ordenamiento jurídico, además genera con ello un modelo de personalidad a seguir por los ciudadanos, basado en la ortodoxia y en la imposibilidad de disentir, bajo esta lógica más que de ciudadanos deberíamos hablar de súbditos.

El delincuente considerado como un ser antisocial es excluido de las garantías y derechos que tiene como ciudadano, la función de reintegración social de las personas mediante la sanción es relegada, el *ius puniendi* se convierte en la primera herramienta que utiliza el estado para solucionar los fenómenos sociales, los cuales para encontrar salidas reales requieren de la concurrencia de múltiples agencias estatales.

En el año de 1938 se expide un código de procedimiento penal, continúa el código judicial regulando el procedimiento civil. Este estatuto posee rasgos de clara naturaleza inquisitiva, empero se consagran en el mismo, algunos aspectos de tendencia acusatoria, encaminadas especialmente a desconcentrar el poder judicial. Sin embargo esta propuesta será continuamente modificada por los gobiernos sucesores.

Las exigencias de los trabajadores por esta época se iban acrecentando, al igual que el descontento de los sectores que integraban el partido conservador. El 10 de julio de 1944 se produjo un intento de golpe de estado, con base en las facultades que le daba el régimen de estado de sitio el gobierno dictó el decreto 1778 del mismo año, prohibiendo la huelga de manera general, instituyendo el arbitramento obligatorio y reconociendo el fuero sindical. La mayor preocupación del gobierno residía en evitar que el conflicto social generado por las acciones reivindicativas de los trabajadores rebasara los cauces del sistema institucional.

Acudiendo nuevamente a las facultades otorgadas por el régimen de estado de sitio, el gobierno expidió posteriormente el decreto 2350 de 1944 estableciendo nuevas condiciones para regular la lucha reivindicativa que desde la ley 83 de 1931 no habían sido modificadas¹⁶⁸.

El estado de sitio se convierte en una excusa para no solo atender la situación de emergencia, se pretende ahora modificar la política laboral bajo el amparo de la excepcionalidad jurídica, el autoritarismo acondiciona la estructura del ordenamiento jurídico a sus intereses.

Estas nuevas instituciones represivas muy pronto probaron su eficacia para contener la lucha reivindicativa. La utilización del movimiento sindical al servicio del proyecto de industrialización como mecanismo de apoyo y defensa del régimen liberal, había llegado a su fin.

¹⁶⁸ DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p. 218.

La corriente radical en ambos partidos transformó a cada uno de ellos en partido doctrinario. Estos partidos, liberal y conservador que al terminar la guerra de los mil días habían sido bosquejados por Rafael Uribe Uribe y Laureano Gómez respectivamente, desarrollaron en el transcurso de las primeras cuatro décadas del siglo XX, una lucha electoral, doctrinaria y política, de masas en las plazas públicas de pueblos y ciudades, que desembocó en la intensa confrontación armada irregular conocida como la época de la violencia¹⁶⁹.

La muerte del caudillo liberal Jorge Eliécer Gaitán, 9 de Abril de 1948, profundiza la oleada de violencia que se va desarrollando en una confrontación de largo aliento, que adquiere la forma de resistencia armada, con la organización y el fortalecimiento de las guerrillas liberales y comunistas, con lo cual se extiende la guerra por gran parte del territorio nacional.

Sin contendor, pues el candidato único del partido liberal ha sido asesinado, el conservador Laureano Gómez es elegido presidente en noviembre de 1949. Desde el gobierno, sin una oposición sólida, dado que el movimiento sindical se ha deshecho y el movimiento campesino enfrenta una violenta arremetida que lo ha obligado a refugiarse en las armas e ir a la guerra, Gómez prosigue la persecución y eliminación de los adversarios bajo la sindicación de liberales ateos, masones y comunistas, y la tarea de impulsar su proyecto corporativista¹⁷⁰.

La crispación del conflicto, llevada a su máxima expresión a través de la guerra, se reorienta “cuando las guerrillas, creadas a instancias de los sectores enfrentados, adquirieron autonomía y se salieron del control bipartidista, se planteó entonces, la necesidad de conciliar los intereses entre las élites dominantes para salvar el orden social”¹⁷¹

La radicalización de la lucha campesina llegó a constituir un abierto desafío al gobierno central. Las guerrillas del llano habían declarado ya la guerra al estado y amenazaban con extender el conflicto a amplias regiones agrícolas de influencia liberal.

El comunismo como enemigo interno se convierte en un blanco concreto del estado Colombiano, esa es la gran amenaza que se debe combatir, las guerrillas se empiezan a asumir como un movimiento armado con vocación de poder.

En este contexto el ejecutivo abusa de la figura jurídica del estado de sitio, gobierna en un constante estado de excepción; dado que Gómez no logra encontrar con sus propuestas políticas soluciones para la inminente crisis se

¹⁶⁹ Ibíd.

¹⁷⁰ MEDINA GALLEGOS, Op. Cit., p. 30.

¹⁷¹ DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p. 218.

propicia el golpe de estado que incursiona de forma directa la incidencia de los sectores militares en la política en pleno episodio de confrontación.

Bajo la dictadura de Rojas Pinilla, la supremacía del poder ejecutivo sobre el legislativo fue absoluto. Convocando a la asamblea nacional constituyente, creada por el gobierno de Laureano Gómez, rojas erigió su propia forma de parlamento que utilizó más para sentar la legitimación del ejecutivo y menos para formular una orientación normativa de legalidad. La normalidad jurídica del estado de sitio y la intromisión forzada de la institución militar en el centro de las decisiones del ejecutivo, justificaron el esquema de funcionalidad separado de las reglas de juego político de democracia representativa¹⁷²

“Mediante el mecanismo de legislación de excepción se crea el Código Penal Militar (decreto 250 de 1958), que fue declarado legislación ordinaria tres años después (Ley 141 de 1961), ellos explica el castigo de las actividades de tipo comunista y la expedición de un rígido estatuto de corte peligrosista que reprimía conductas como la de vago, maleante o alcohólico, con imposición de medidas de seguridad pre delictivas y pos delictivas (decreto 434 de 1956)”¹⁷³. Con estos decretos se demuestra como el derecho penal del enemigo como derecho de emergencia termina completamente politizado y criminalizando la protesta social combinando la acción militar y la acción jurídica en contra de los enemigos del estado, creando una sociedad dominada por micro fascismos sociales.

La Justicia Penal Militar recibió facultad para juzgar civiles por los delitos cometidos con ocasión del 9 de abril de 1948. Frente a lo cual la Corte Suprema de Justicia sostuvo que la violación de la ley militar por parte de civiles acarrearía las sanciones previstas en ella. Se restableció este recurso en mayo de 1965 y se mantiene hasta marzo de 1987, cuando la corte Suprema de Justicia lo declaró inconstitucional; es decir, se mantuvo el juzgamiento de civiles por los tribunales militares durante más de veinte años y es así como a finales de los años setenta cerca del 30% de los tipos del Código Penal eran de competencia de los jueces militares¹⁷⁴.

De igual manera la dictadura atacó la autonomía que se supone es necesaria en la rama judicial, en septiembre de 1953 dictó el decreto 2458 mediante el cual atribuyó al ministerio de justicia la facultad de imponer a los funcionarios judiciales y del ministerio público sanciones por mala conducta, o por manifiestas y reiteradas irregularidades en el ejercicio de los cargos. La corte Suprema de justicia rechazó la extensión de facultades del ejecutivo por quebrantar su independencia. El conflicto llevó a la renuncia de 16 miembros

¹⁷² NEMOGA, Gabriel Ricardo. Contexto social y político de las transformaciones institucionales de la administración de justicia en Colombia en DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p. 232.

¹⁷³ VELÁSQUEZ, Op. Cit., p. 201.

¹⁷⁴ *Ibíd.*

de la corte suprema de justicia, cuatro de la corte suprema del trabajo y cuatro consejeros de estado¹⁷⁵.

La descompensación en los pesos y contrapesos de los poderes del estado genera el fenómeno de la administrativización de la justicia, el estado invade las regulaciones de las distintas ramas del derecho, afectando de manera especial al derecho penal.

Rojas Pinilla en su mandato ofreció una amnistía a los grupos insurgentes para lograr la pacificación del país, muchos guerrilleros se acogieron a la misma, el camino era la desmovilización de parte de la guerrillas liberales para lograr abrir confrontación directa contra las guerrillas comunistas¹⁷⁶, incluso la policía hostilizó a guerrilleros amnistiados, bajo la consigna de considerarlos aún sujetos peligrosos. La violencia resurgió cruel y desaforada”*

Los medios de comunicación fueron censurados y todas las manifestaciones fueron acalladas por medio de una persecución radical que justifica el exterminio, ocurre así la masacre de los estudiantes el 8 de junio de 1954, “los argumentos que esgrimió la policía en su defensa fueron dos: El primero, que desde 1949 el país se hallaba en estado de sitio y el segundo que al ser declarado turbado el orden público, quedaban automáticamente prohibidas las reuniones o manifestaciones públicas en todo el territorio nacionales; Los agentes involucrados en los hechos fueron absueltos”¹⁷⁸.

La lucha frontal contra el comunismo fue la bandera de Rojas Pinilla y con ello se amplió el margen de imputabilidad de delitos políticos a sujetos que se mostraran inconformes con el régimen estatal, máxime si se tiene en cuenta que el código penal y la constitución imperante son constructos del derecho penal del enemigo.

Mencionábamos que Schmitt considera que en el caos, que en situaciones excepcionales, el estado como soberano tiene el derecho de hacer la guerra y de definir quién es el enemigo (aunque en la práctica los organismos multilaterales y

¹⁷⁵ NEMOGA, Gabriel Ricardo. Contexto social y político de las transformaciones institucionales de la administración de justicia en Colombia en DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p. 242.

¹⁷⁶ MEDINA GALLEGOS, Op. Cit., p. 25.

* “Rojas Pinilla, ordenó el bombardeo y el arrasamiento de Villarrica y Cunday, dos poblaciones tolimenses de la región de Sumapaz. Lo ocurrido en esta zona fue una ocupación militar y política de tierra arrasada. Fue una persecución indiscriminada contra todo sospechoso de comunista y comunistas eran los que ellos (el gobierno) decían que eran comunistas, pero la mayoría en Cunday era liberal que los conservadores en alianza con las fuerzas del gobierno querían liquidar a tiros”. Ver en Gran enciclopedia de Colombia. Círculo de lectores. p. 177.

¹⁷⁸ GRAN ENCICLOPEDIA DE COLOMBIA. CÍRCULO DE LECTORES. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: www.colombiaaprende.edu.co/html/mediateca/1607/article-74853.html

las potencias mundiales impongan la caracterización de este enemigo* justificando el autoritarismo y la extralimitación de la fuerza estatal, el derecho se convierte en un instrumento al servicio de esa lógica bélica.

Lo preocupante de este modelo de justicia es que propicia desde su propia normatividad la desinstitucionalización de la función penal. “En ese derecho penal de emergencia, la violencia que de una manera inminente lo conserva, en la práctica lo amenaza y tiende siempre a desbordarlo”¹⁸⁰

Si bien el régimen de excepción de Rojas Pinilla logró cumplir los dos cometidos para los cuales fue propiciado: en primer lugar reprimir las luchas campesinas y contener el avance de la lucha reivindicativa de los trabajadores que perturbaban la acumulación de capital y en segundo lugar lograr la conciliación entre las diferentes fracciones de la clase política, coadyuvó en la búsqueda del aniquilamiento de las amenazas rojas, en el fortalecimiento de grupos paramilitares que si bien ya existían, recibieron en esta época el apoyo contundente del gobierno.

La represión generó reflujo en el movimiento social pero causó el surgimiento de la expresión armada de la resistencia, difícilmente se podría hablar de democracia con la existencia de para estados, de territorios donde el estado no ejercería el control.

El drama humanitario producto de esta época trajo consigo millones de víctimas, además de orientar la política criminal a la victimización de territorios donde continuamente el estado y la insurgencia se disputarían el control.

Irónicamente la junta militar propuso na reformar la constitución, para que los magistrados de la Corte Suprema fueran vitalicios y de nombramiento por la misma entidad. Si bien esta disposición favoreció la conformación de una élite judicial con visos aristocráticos, empezó a marcar el camino a la independencia judicial, obviamente por este tiempo bastante restringida, puesto que en la práctica el manejo cotidiano y los niveles de remuneración, estaban fuertemente condicionados por el ejecutivo, lo cual implicaba que el mismo incidía en las desiciones judiciales.

* El embajador de los estados unidos de la época de Rojas dejó testimonio cuando escribió al departamento de estado en Washington: “La posición del presidente Rojas con relación al comunismo es completamente clara. El comunismo y otras publicaciones subversivas han sido prohibidas. La delegación colombiana ante la conferencia internacional de caracas participó en la redacción y respaldó la resolución anticomunista aprobada allá. Una fuerte orientación anticomunista fue expuesta por el canciller Evaristo Sourdis el 31 de mayo y por el ministro de guerra el 2 de junio. El programa de los Estados unidos de perseguir subversivos y de aprobar una legislación anticomunista indudablemente ha tenido influencia en las ideas del gobierno Colombiano.

¹⁸⁰ APONTE, David. Guerra y derecho penal del enemigo. Op. Cit., p. 58.

El paso de la dictadura militar a la “democracia” se hace en Colombia en el frente nacional, como pacto bipartidista por la restauración jurídica, constitucional e institucional de la república, este acuerdo de élites se encargó de consolidar un régimen excluyente que no ofrecía garantías para la participación política, liberales y conservadores se alternaron el poder para conservar la hegemonía en el gobierno.

El frente nacional pretendió borrar de la memoria colectiva del pueblo colombiano la violencia vivida en los anteriores años y de enterrar también el terrorismo de estado y la complicidad de las élites en la generación de dichos acontecimientos, varios excesos del estado quedaron sumergidos en la impunidad.

Según Nemoga¹⁸¹ “Las élites políticas y económicas redefinieron un poder estatal hacia uno más centralizado, fortaleciendo el régimen presidencial en detrimento del congreso, al cual se le limitaron facultades que pasaron a la esfera del ejecutivo y de sus entidades gubernamentales. En el contexto de un desarrollo económico de naturaleza monopólica, el frente nacional creó un sistema de dirección estatal y de relaciones políticas autoritarias y excluyentes, en el que decidían decisivamente la burguesía financiera y los gremios de la producción.

En estos años se desarrollaron las doctrinas de seguridad nacional en el continente, las cuales se instrumentalizaron políticamente para combatir un supuesto enemigo interno de las instituciones estatales. Así mediante la represión a todo movimiento democrático que pretendiera obrar por fuera de los canales previstos y autorizados por el gobierno y mediante el recurso permanente al estado de sitio, los dos partidos tradicionales lograron reestructurarse y apuntalarse en la administración del estado”.

Para tal efecto bajo la administración de Alberto Lleras Camargo se incorpora mediante una ley ordinaria (ley 141 de 1961) la legislación de excepción que había sido promulgada durante los nueve años anteriores a la violencia. Sin embargo la sombra del general rojas Pinilla, la persistencia de la violencia en algunas zonas del centro del país y la crisis económica obligan al gobierno a decretar en cinco oportunidades el estado de excepción, conocido en ese entonces como estado de sitio, mediante el cual el ejecutivo obtiene prerrogativas especiales para restablecer el orden público turbado¹⁸²

La injerencia de potencias extranjeras en la definición del enemigo es absolutamente concreta en esta época, el enemigo interno como una doctrina para

¹⁸¹ NEMOGA, Gabriel Ricardo. Contexto social y político de las transformaciones institucionales de la administración de justicia en Colombia en DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p.244.

¹⁸² GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia 1957-1997 en DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p.317.

la salvaguarda del estado, prioriza la tutelación del derecho a la seguridad del estado sobre todas las libertades y garantías individuales de los ciudadanos y sobre los derechos sociales de la población.

El derecho a la seguridad del estado constituye nuevos tipos penales amparados bajo esa noción de combatir al enemigo y refuerza la prevención general positiva. Es decir la fuerza orientadora de la norma no coincide necesariamente con políticas de seguridad, La pretensión de la seguridad no significa en la práctica la pretensión de afirmación del derecho. Se alteran con esta doctrina los fines esenciales de la pena, se los despoja de toda su humanidad, pues no importa garantizar los derechos de los delincuentes, pues los mismos son enemigos que no gozan de las expectativas comunicativas necesarias para entender, comprender y aceptar que son súbditos de un régimen que tiene configurado un ordenamiento jurídico y político. “El fin de la pena no es garantizar derechos es buscar la provisión de seguridad. Por tanto, bajo esta lógica tratar al enemigo como persona implicaría vulnerar el derecho a la seguridad de las demás personas.”¹⁸³

Irónicamente la respuesta a la aplicación de la doctrina de la seguridad nacional en Colombia es el fortalecimiento del movimiento insurgente, desestabilizando con ello la existencia de una república realmente democrática, donde el estado goce de una legitimidad mínima sustentado en la proscripción de la exclusión como forma de hacer política del totalitarismo, por el contrario múltiples sectores se obviaron en un acuerdo que más que un proceso de reconciliación nacional fue un pacto de distribución del poder entre las élites.

Desde los años sesenta, mientras la casi totalidad de los países latinoamericanos estaban bajo dictaduras militares, Colombia mantenía un estado de derecho. Se trataba empero de un régimen constitucional sui generis, ya que el recurso permanente del estado de sitio hacía que en la práctica no rigiese muchos de los principios abstractos incorporados en la Constitución, sino una legalidad de excepción que restringía las libertades públicas¹⁸⁴

Así la ley marcial regulo muchos años de la aparente democracia Colombiana, gracias a la utilización recurrente de los estados de excepción, práctica que empezó a convertirse en un modelo de gobierno y que generaría graves repercusiones no solo en materia de derechos humanos sino en la eficacia del aparato judicial.

¹⁸³ APONTE, Alejandro. Derecho penal del enemigo vs derecho penal del ciudadano ver en MELA, Cancio y GÓMEZ, Op. Cit., p. 191.

¹⁸⁴ UPRIMMY YEPES, Rodrigo. Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia. en DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p. 277.

El régimen del frente nacional efectuó la apropiación clientelar de la administración del estado para los dos partidos políticos tradicionales, bajo el diseño de una estructura política orientada a regular las relaciones de poder. De esta manera, a partir de 1958 los poderes políticos regionales se convirtieron en los bastiones estratégicos de las actividades partidistas que instituyeron al clientelismo como su principal forma de articulación con el estado central.¹⁸⁵

Este modelo de gobierno sustentado en cuotas burocráticas desestabilizaba el poder del ejecutivo pues los diferentes gamonales pretendían incidir en las definiciones políticas y sobre todo en la nominación de los equipos de gobierno, generándose con ello una crisis institucional, además del creciente descontento popular en relación a las medidas económicas y políticas en contra del movimiento social, se plantea por ello 1968 una reforma constitucional en el gobierno de Carlos Lleras Restrepo que: “buscó mayores niveles de racionalidad en la administración central y en el órgano legislativo, definiendo una redistribución de competencias entre el congreso y el gobierno nacional, sobre todo en materias económicas, presupuestales y fiscales. La reforma constitucional se enmarcó en los propósitos de acelerar el proceso de modernización del estado y de la estructura económica del país mediante reformas agrarias, laborales y fiscales.

La reforma definió mayores facultades de intervención del ejecutivo en la economía. La planeación fue elevada a canon institucional y se dio mayor dinamismo a la elaboración y presentación de los planes de desarrollo económico y de distribución racional de los fondos públicos mediante la reglamentación del situado fiscal a las regiones y municipios pobres del país. Simultáneamente, al ejecutivo se le otorgaron atribuciones para decretar la emergencia económica y para legislar en esta materia cuando considere permanente”¹⁸⁶.

Se convierte en tradición jurídica y política el continuismo de un régimen basado en la excepción, en la emergencia como condición para fortalecer la legitimidad del ejecutivo a través de la fuerza.

El presidente podía dictar dentro de dichas facultades, medidas extraordinarias o decretos legislativos, los cuales tenían carácter obligatorio; lo que favorecía el abuso por parte del ejecutivo, de dichas facultades, empero la separación de la emergencia económica del estado de sitio se constituye como un avance porque anteriormente no se hacía diferenciación de los acontecimientos y se les brindaba a los mismos, el tratamiento reglado para el estado de sitio, la emergencia económica establecida con un tiempo perentorio clasifica las situaciones de

¹⁸⁵ LEAL BUITRAGO Y DÁVILA. Clientelismo: el sistema político y su expresión regional. Bogotá: IEPRI y Tercer mundo editores, 2000. pp. 396- 397.

¹⁸⁶ NEMOGA, Op. Cit., p. 251.

excepción ejerciendo un límite al poder del ejecutivo para el tratamiento de cada caso.

Además del uso de la excepción como instrumento jurídico para ampliar el poder del ejecutivo, la doctrina de la seguridad nacional se convierte en política pública en materia de política criminal, bajo la excepción y el enemigo interno se desenvuelve la supuesta democracia Colombiana.

El uso recurrente de la figura de excepción durante los años del frente nacional, permiten sustentar que la guerra continuo por otros medios, utilizando el derecho para legitimar el terrorismo de estado, con el agravante de la aplicación plena de la doctrina de la seguridad nacional como una política trasnacionalizada y frontalista.

“Bajo la égida del régimen económico existente, el establecimiento se va haciendo rígido en la conducción y tratamiento de los conflictos, termina por ver en cualquier proyecto reivindicativo o critico al sistema político un movimiento opositor, al cual finaliza descalificando bajo la denominación de subversivo”¹⁸⁷, continuamente movilizaciones campesinas fueron atacadas por el ejército, las huelgas declaradas ilegales y los paros cívicos desencadenaron en toques de queda.

La estrategia del presidente Guillermo León Valencia contra estas bandas de insurrectos y las primeras guerrillas políticas de izquierda, comprendió acciones cívico-militares que combinaron diversas tácticas de contrainsurgencia, incluyendo la creación de grupos paramilitares a partir de 1961. En estas tácticas está el origen de organismos que actúan por fuera de las leyes y del estado, muchas veces bajo la orientación y soporte de los organismos de seguridad que les dan un carácter legítimo.

El estado dotó a los grandes hacendados con armas y emprendió la realización de censos y de programas de carnetización, vinculando a la población en las operaciones contrainsurgentes y sometiendo extensas regiones agrícolas del país al rigor táctico de las “aldeas estratégicas” como un medio para detectar, aislar y aniquilar a las organizaciones de insurrectos. Las operaciones comprendieron la creación del Departamento Administrativo de Seguridad DAS y de sus controvertidas compañías rurales. Seguidamente se realizaron masivas detenciones e interrogatorios a la población, causando desapariciones, torturas, desplazamientos forzosos, asesinatos alevés y demás manifestaciones del terrorismo de estado¹⁸⁸.

La combinación de las acciones militares, las acciones cívicas y la persecución penal, son una clara muestra que se está asumiendo los conflictos sociales en la dimensión contradicción y en la necesaria exterminación física del contradictor, abandonando con ello las posibilidades reales de la democratización y la paz.

¹⁸⁷ MEDINA GALLEGO, Op. Cit., p.35.

¹⁸⁸ NEMOGA, Op. Cit., p. 253.

Como estrategia de la doctrina de seguridad nacional en materia penal se llevó a cabo una completa actualización normativa, sobre todo del código de procedimiento penal en vigencia de la ley 27 de 1963 que otorgó facultades al gobierno nacional para reformar la justicia.

Se agilizó la investigación y sanción de conductas delictivas y se dictaron estatutos penales para reprimir el contrabando y prevenir las infracciones cometidas por menores. Así mismo se redefinieron conductas delictivas y se criminalizaron situaciones de indigencia y de mendicidad, acudiendo a una tesis positivista sobre estados de especial peligrosidad. Estas regulaciones estuvieron precedidas por estudios de sociología criminal aplicada, en los que se asumían los presupuestos teóricos provenientes del determinismo criminal, basado en factores biológicos y genéticos. Los estereotipos sobre el hombre criminal y la tesis de la defensa social y del peligrosismo son evidentes en el decreto 1699 de 1964 sobre estados de especial peligrosidad o conductas predelictuales¹⁸⁹

Durante esta época se crearon los concejos militares de guerra, encargados de juzgar a los civiles por ciertos delitos relativos al orden público, a través de un procedimiento verbal y sumario.

La clara ideología anticomunista de la doctrina de seguridad nacional, además del uso de una moral religiosa para la configuración de la política criminal, faculta al estado para el exterminio no solo de la grana amenaza de los movimientos con vocación de poder que disienten del régimen, sino que además atenta contra la población vulnerable que ha sido excluida de las relaciones sociales por la condiciones marginales que ha generado un modelo de estado totalitario, que otorga el estatus de persona de acuerdos a sus intereses, promoviendo así el fascismo.

Guillermo León Valencia hace uso de la figura de la excepción, utilizando la declaratoria del estado de sitio para controlar no solo las acciones propias de la violencia, en su lugar se combate las manifestaciones ciudadanas, obreras y estudiantiles como se observa en el caso del estado de sitio de 1963 emitido para controlar un paro cívico de la zona petrolera del departamento de Santander y el estado de sitio de 1965 sancionado por las múltiples movilizaciones estudiantiles¹⁹⁰.

Con ello observamos cómo se origina el fenómeno de la anticipación de la punibilidad, puesto que no existen punibles pero las acciones populares en rechazo a las políticas del régimen son asociadas a la rebelión y con ello reciben el trato punitivo y militar configurado para el tratamiento del conflicto. Se

¹⁸⁹ *Ibíd.*, p. 255.

¹⁹⁰ GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p. 317.

criminaliza al movimiento social bajo el ejercicio de la autoridad estatal irregular e incoherente con el respeto de los derechos humanos.

“Además de las restricciones a la libertad ciudadana y a los derechos laborales, el estado de sitio decretado el 21 de mayo de 1965 también fue utilizado para intervenir en el ámbito económico, por medio de la reforma laboral y para reorganizar las fuerzas armadas a través de la expedición de un estatuto orgánico de la defensa nacional”¹⁹¹

De esa manera la excepción se extralimita y le usurpa funciones a la rama legislativa, concentrando el poder y estructurando una legislación desde las imposiciones del ejecutivo, amparadas en la regulación de la emergencia.

En este contexto tenemos un episodio que marcaría la historia del país con el nacimiento de una de las guerrillas más fuertes y grandes de todo el continente, en el pleno aplicamiento de la doctrina de seguridad nacional se desarrolla la operación Marquetalia.

“Contra el núcleo revolucionario de Marquetalia se emplearían a fondo 16.000 hombres del ejército. Fuerzas combinadas de infantería, artillería, aviación para bombardeos y aerotransporte iniciarían la agresión. Se emplearía en todo su rigor la táctica del cerco y el bloqueo. Si se producía por parte de los campesinos alguna manifestación de resistencia, serían lanzadas bacterias contra la población.

Los guerrilleros de Marquetalia resisten en la zona emboscados y combaten con el ejército hasta que éste ocupa completamente el territorio. Una vez el asalto se produce, el movimiento de resistencia concluye en una asamblea general de guerrilleros que ya nada tienen que hacer allí y se plantean como única alternativa convertirse en una guerrilla móvil, lo cual determina no solo la modificación de la táctica de combate, sino del carácter del grupo armado (Hasta entonces ellos se consideran un movimiento agrario que frente a la agresión del Ejército, los grupos paramilitares y los “pájaros”, se han visto forzados a organizar una autodefensa campesina que ahora con los operativos de Marquetalia se transforma en guerrilla móvil). Durante varias semanas los sobrevivientes de Marquetalia convertidos en guerrilla móvil se desplazan operando en la región.”¹⁹²

Paradójicamente la ofensiva militar del estado en contra del comunismo como enemigo interno conduce a la organización armada y a la utilización de la táctica de guerrillas móviles conformando así una estructura militar de resistencia impidiendo que el estado ejerza el monopolio del poder y de las armas.

¹⁹¹ Ibíd.

¹⁹² MEDINA GALLEGOS, Op. Cit., p. 59.

El derecho penal del enemigo en su máxima expresión caracterizada por el abandono de la persecución penal legal y el uso de la violencia dirigida con fines de exterminio, conduce a la crisis del contrato social aparente, debilita la institucionalidad; inexorablemente se camina hacia la guerra; lastimosamente los acontecimientos posteriores no permitirán que la confrontación bélica finalice, por el contrario se prolongaría indefinidamente, incorporando extrañamente la existencia del conflicto armado a la cotidiana realidad caótica de la macondiana Colombia.

El 7 de agosto de 1966 se inicia el gobierno de Carlos Lleras Restrepo, cuyas opiniones en contra de la utilización abusiva de los estados de sitio por parte de los gobiernos que lo antecedieron eran bien conocidas y respetadas en los ámbitos constitucionales. Esto no le impidió hacer uso frecuente de esta facultad durante su mandato. Este gobierno hereda el estado de sitio de 1965 y lo utiliza asiduamente para enfrentar las manifestaciones de estudiantes, las protestas de los obreros y la supuesta infiltración de la guerrilla en tales protestas. Se dictan decretos que restringen el derecho de reunión, se prohíbe toda publicación que incite a subvertir el orden público, se detiene sin orden judicial a un sinnúmero de personas “sospechosas”; se autoriza al DAS para elaborar listas de sospechosos de estar vinculados con actividades subversivas y se prohíbe visitar Cuba¹⁹³

Con el transcurrir del tiempo se forja en la política criminal una doctrina contrainsurgente que incluye la determinación como objetivos militares a las legítimas reivindicaciones de las organizaciones sociales en el entendido de su fundamento comunista, con ello se invade el fuero interno, incluso sin que exista la ejecución del delito, el solo hecho de pensar diferente, convierte a la persona en sospechoso y sus acciones de protesta no solo son punibles, son entendidas además como acciones de guerra y se responde por ello con el uso desmedido de la fuerza; la represión y el exterminio se generalizan y se proscriben incluso la posibilidad de conocer otras realidades, afectando con ello múltiples derechos y libertades bajo los criterios de un derecho penal de autor como clara expresión de un régimen totalitario.

Nuevamente en el año de 1968 se incorpora la legislación producida durante los estados de sitio a la legislación ordinaria, mediante la ley 48. Se asume como una tradición política de los gobiernos de turno, expedir estatutos que contengan las medidas de excepción, posterior a la vigencia de los estados de sitio para preservar las facultades extraordinarias del ejecutivo en tiempos de aparente normalidad constitucional, una forma sutil de generar continuismo en la política de excepción del país.

¹⁹³ GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p. 320.

En 1969 se restablece el estado de sitio producto del secuestro en Cali del hijo del cónsul honorario de Suiza.

“En el contexto de las elecciones presidenciales de 1970 y sus resultados poco claros al presentarse quince días posterior a la elección, se declara nuevamente el estado de sitio el 21 de abril, para ser levantado el 15 de mayo siguiente. “Las prerrogativas judiciales a los militares y las restricciones a los derechos de libertad se promulgan con más fuerza que nunca. El 19 de julio es declarado nuevamente el estado de sitio, esta vez con fundamento en la agitación política reinante. Nuevas medidas encaminadas a limitar los derechos ciudadano son promulgadas.

El gobierno de Misael pastrana restablece la normalidad constitucional. Sin embargo, la movilización política de obreros y estudiantes continúa. En febrero de 1971 el estado de sitio es decretado nuevamente en todo el territorio nacional; el gobierno aduce la amenaza de una huelga de estudiantes y profesores de la universidad del valle; casi tres años duraría esta nueva declaratoria. Se crean entonces nuevas medidas destinadas a reprimir las manifestaciones y las huelgas”¹⁹⁴

Bajo el amparo de este estado de sitio, en 1971 se expide un nuevo código de procedimiento penal a través del decreto 409 de 1971, el cual se caracterizó por la unificación de varios decretos de excepción existentes en todo el país erigiendo “un sistema de procedimiento penal de transición entre el antiguo sistema mixto de tendencia acusatoria con algunos rasgos inquisitivos y los estatutos mixtos de tendencia inquisitiva”¹⁹⁵, se realiza entonces una compilación de la legislación procedimental de excepción en total detrimento de las garantías procesales.

Una de las características del sistema penal de emergencia es la restricción de las garantías procesales, los procesos judiciales tienden a convertirse en la práctica en la pena.

La respuesta del gobierno ante los fenómenos sociales que evidenciaban la crisis social, económica y política del régimen es adecuar el ordenamiento jurídico a su concepción de militarización de los poderes públicos, la justicia, la agenda legislativa y las facultades del ejecutivo son proyectadas en función a salvaguardar el estado, mediante la legitimación del mismo, en su rol de combatir los conflictos, sin permitir que se encuentren alternativas a las problemáticas sociales que han desatado la guerra.

En 1974 culmina el frente nacional y se restablece la norma del partido mayoritario en materia electoral, permitiendo el ascenso de Alfonso López Michelsen. Por ese

¹⁹⁴ *Ibíd.*

¹⁹⁵ POSADA MAYA, Ricardo. Una aproximación histórica a la evolución del proceso penal colombiano. Bogotá: Universidad de los Andes, 2008. p. 9.

entonces existía un ascenso en las luchas de los movimientos sociales, especialmente de los trabajadores y de los estudiantes. Igualmente por esta época crece la lucha guerrillera, y aparecen así nuevos actores rebeldes en la vida política del país como el ELN, el M19, El PRT, etc.

“El 12 de junio de 1975, luego de varias manifestaciones de estudiantes, se decreta por primera vez el estado de sitio en los departamentos de Antioquia, Valle y Atlántico. Dos semanas después y por los mismo motivos se decreta el estado de sitio en todo el país. Se restablecen los consejos de guerra y se aumenta considerablemente la lista de los delitos bajo su competencia (se incluye el tráfico de estupefacientes por primera vez); se aumentan las sanciones para las llamadas contravenciones de orden público; se autorizan los allanamientos a cualquier hora del día y se imponen sanciones especialmente fuertes contra actos subversivos llevados a cabo por funcionarios públicos. Un año duraría la situación de anormalidad.

Menos de tres meses duraría la pausa de normalidad. La excepción es declarada nuevamente, esta vez con base en una huelga desencadenada en el Instituto de Seguros sociales. El estado de anormalidad duraría casi seis años. El desprestigio del gobierno pone al presidente en una situación de debilidad frente a la población civil y frente a otros órganos del estado, especialmente las fuerzas armadas (quienes le piden medidas más fuertes para el control de las movilizaciones). Se expide entonces un decreto por medio del cual se exonera de responsabilidad a los miembros de la fuerza pública que cometan ilícitos en el desarrollo de operaciones de prevención y represión de los actos de secuestro, extorsión y tráfico de estupefacientes. El estado de sitio también sirvió para modificar los recursos públicos aprobados por el congreso nacional¹⁹⁶

El pacto político del frente nacional que pretendió generar gobernabilidad se convirtió en realidad en un mecanismo que dio a luz a las formas de condicionar el sistema jurídico a la excepcionalidad, para lograr el poder. Esa lógica heredada en los posteriores gobiernos, provocó que se justificaran los abusos de autoridad y la militarización de los problemas sociales en el amparo del uso del estado de sitio, realmente existía un descontrol en los poderes públicos, derivados también del clientelismo y burocratismo pues los integrantes de la administración de justicia y del legislativo tenían intereses particulares acordados con el gobierno, quien habría impulsado y garantizado su vinculación, impidiendo así el control político, luego, no existía paz ni estabilidad, por el contrario la ineficacia y corrupción del gobierno desencadenaba las protestas populares.

¹⁹⁶ GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia 1957-1997 en DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p. 320.

El totalitarismo de estado combinado con la corrupción, convierte en exclusivamente prioritario el uso de la fuerza en términos de gasto público, la institucionalización del paradigma del enemigo se encontraba llegando a su extremo y los mismos ciudadanos eran concebidos como amenazas, se configuraba la lógica de la guerra preventiva, un ejercicio de la violencia ejercido por la institución como herramienta para combatir el crimen. El estado se minimiza pierde su vocación social y se convierte en una máquina de guerra.

El costo de vida resultante del proceso inflacionario alcanza en este tiempo índices antes nunca vistos, esto empuja a que las distintas manifestaciones de inconformidad social y protesta política confluyan en un Paro Cívico Nacional, 14 Septiembre de 1977, convocado por las distintas centrales obreras, acompañado por las fuerzas sociales y políticas y sectores de la insurgencia, que supera todas las expectativas de la convocatoria hecha y se convierte, por su dimensión y expresividad, en una especie de “paro insurreccional” que marca la historia de los movimientos sociales, como un hecho de obligada referencia.¹⁹⁷

El trato suministrado a esta acción de protesta popular, es caracterizado como la más álgida represión ejercida por el gobierno en ese entonces. Ante las exigencias populares de reformas e inclusión política no hay posibilidades de diálogos o consenso, por el contrario el terror se impone como medida para neutralizar las amenazas, la pena no es una sanción proporcional de restricción de derechos se convierte en formas de torturar al enemigo, el estado por tanto ya no es solo juez sino una de las partes activas del conflicto.

Mientras esto sucedía en las ciudades, los campos eran objeto de la guerra sucia, el terror y la arbitrariedad sin cortapistas. En 1978 se posesiona Julio Cesar Turbay Ayala. Su gobierno no tuvo necesidad de decretar el estado de sitio debido a que al inicio de su mandato no se produjo como era usual el levantamiento de la excepción. Solo un mes antes de terminar su periodo y con un propósito claramente simbólico, suspendió la excepción y entregó el poder en situación de normalidad.

El gobierno de Turbay es considerado como una dictadura constitucional, debido a la promulgación un mes después de su posesión, del decreto 1928, más conocido como el estatuto de seguridad, copia criolla de estatutos similares promulgados por aquella época en los regímenes militares del sur del continente. Allí se crearon nuevas infracciones, muchas de ellas con delitos abiertos (En esta nueva tipología se encuentran expresiones tales como: intentar impedir el desempeño de actividades económicas o ciudadanas, fomentar u organizar reuniones públicas consideradas contrarias al orden público, perturbar el pacífico orden de las actividades sociales), se aumentaron las penas, se otorgaron nuevas competencias judiciales a las

¹⁹⁷ MEDINA GALLEGOS, Op. Cit., p. 59.

fuerzas armadas, todas ellas con la aquiescencia del concejo de estado, se hizo amplio el uso del derecho a la retención consagrado en el artículo 28 de la constitución, el cual facultaba a las autoridades durante el estado de sitio para privar de libertad a quienes fueran sospechosos de atentar contra la libertad pública y se expidieron normas sobre el transporte de narcóticos. Se calcula que con base en el estatuto de seguridad se detuvieron en Colombia a unas 8000 personas por razones políticas, casi todas ellas sometidas a la justicia castrense¹⁹⁸

La intromisión de los tipos penales abiertos amplían irracionalmente la discrecionalidad de los jueces en torno a la interpretación de los casos y la aplicación del derecho, la minimización de las garantías procesales agudiza el tratamiento al reo, además de generar ambigüedad en el ordenamiento jurídico y politización en la justicia; con fuertes tendencias represivas surge nuevamente un nuevo estatuto adecuado a los nuevos contextos, en respuesta de la creciente movilización popular e incremento en las filas guerrilleras, una legislación que continua utilizando el derecho como *prima ratio* además de utilizarlo como una de las principales armas de guerra.

El Estatuto introduce en los considerandos la concepción del terrorismo en el tratamiento a la lucha popular cuando plantea que: periódicamente se han venido reiterando y agudizando las causas de perturbación del orden público, que crean un estado de inseguridad general y degeneran en homicidios, secuestros, sedición, motín o asonada, o en prácticas terroristas dirigidas a producir efectos políticos encaminados a desvirtuar el régimen republicano vigente o en la apología del delito

La perturbación del orden público” se constituyó en un delito. Los derecho a la reunión, a la movilización, la protesta social, la huelga se convirtieron en prácticas proscritas, peligrosas para la protección de este nuevo bien jurídico tutelado; el terrorismo en su laxitud jurídica no solo se aplicaba a los grupos insurrectos, sobre todo se asoció a las distintas acciones de los movimientos sociales. El conflicto social y armado se desbordó.

Un estado de tintes autoritarios con fachada liberal característico de los últimos cuarenta años del siglo XX, sirvió de marco a la reforma penal, que a decir verdad, no representaba ningún modelo de reformas y dejaba inalterado el sistema penal; un proyecto que reflejaba el estado de la doctrina de una época que se había desplazado hacia el neokantismo en la teoría del delito, pero que continuaba siendo positivista en la pena, es nuevo código penal se

¹⁹⁸ GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia 1957-1997 en DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p. 323.

expidió a través del decreto 100 de 1989 y rigió desde el 28 de enero de 1981 hasta el 24 de julio de 2001¹⁹⁹.

“En este código en relación a los delitos políticos se sanciona a los promotores, organizadores, directores y los demás comprometidos con la rebelión (artículo 125). Igualmente, se aumentó la pena de cuatro años y media hasta nueve años para los primeros y de tres a seis años de prisión para los segundos. Desapareció la figura de exclusión de pena para los reclutados por los rebeldes, que no hubieran cometido delito alguno; varió la extinción de responsabilidad de la pena, para los hechos punibles cometidos en combate, siempre y cuando no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo (artículo 127) y se mantiene la agravación de la pena cuando el agente sea empleado público.

Así mismo, se suprimió parte del título anterior "contra la seguridad del Estado", quedando comprendidas como infracciones comunes: terrorismo (artículo 187) y actos de terrorismo (artículo 189 a 202). Merece especial atención este aspecto teniendo en cuenta la vinculación que se le da al rebelde con el terrorismo a partir de este código²⁰⁰

De esta manera inicia un proceso de desnaturalización del delito político asociando la rebelión con el terrorismo y ubicando este tipo penal como un delito común, pretendiendo con ello eludir el tratamiento benigno que implica la comisión de los delitos políticos por su contenido altruista.

En este periodo se gesta un creciente proceso de persecución, criminalización y judicialización de la protesta social: se realizan prácticas de terrorismo de Estado mediante la creación de grupos paramilitares que genera una escala de violencia dirigida en lo fundamental contra la sociedad civil; se da el desplazamiento forzado que, como estrategia de guerra, se constituye en uno de los sistemas más utilizados para la reconfiguración de las relaciones de tenencia y de producción en el campo; se desarrolla y fortalece la economía del narcotráfico, se potencia su capacidad de corrupción de las institucionalidad del Estado y la sociedad colombiana; se genera un modelo de alianzas perversas que une el paramilitarismo y el narcotráfico en una oleada de violencia criminal, revestida de ideas anticomunistas que se dirige, en un primer momento, contra las formas organizadas de la población civil y sus dirigencias naturales, produciendo la degradación del conflicto a través de asesinatos selectivos, desapariciones, masacres, genocidios, desplazamientos masivos de población y prácticas de terrorismo, que catalogados como crímenes de lesa humanidad sitúan el país frente a la comunidad nacional e internacional, en un estado generalizado de crisis humanitaria. En un segundo momento, se dirige contra el Estado en el marco de los intereses de los carteles del narcotráfico en su lucha contra la

¹⁹⁹ VELÁSQUEZ, Op. Cit., p. 202.

²⁰⁰ POSADA MAYA, Op. Cit., p. 23.

extradición, mediante prácticas narcoterroristas que terminan por someter la voluntad y la autoridad institucional a ese propósito²⁰¹

La estrategia punitiva adoptada por el régimen en la aplicación de la noción de la emergencia en su manifestación del enemigo interno, no fue suficiente para lograr la consecución del propósito de neutralizar al movimiento social, por el contrario las protestas continuaban, empero el afán del exterminio de la concepción del enemigo como amenaza para el régimen, produjo la degradación del conflicto con la paramilitarización del derecho, desde el mismo estado se impulsó la ejecución extrajudicial de líderes sociales, de militarización de la justicia, el pensamiento disidente se convirtió en una especie de mal que se requería radicar.

“La permanente utilización de la justicia con criterios excepcionales, en el empeño por combatir de forma bélica grandes desafíos, impidió que ella cumpliera su propio papel de regulación de la convivencia ordinaria, acentuando de esta manera las causas de la guerra y de violencia entre los Colombianos”²⁰²

Sumado a ello, aparece un nuevo fenómeno que afectaría notablemente al conflicto, el narcotráfico; los intereses mafiosos cooptaron la política e incidieron en la lucha contrainsurgente en procura de recuperar los territorios para la producción ilícita en un primer momento.

Posteriormente la mafia se convierte en un supra poder que incide en la política y que mantiene forzosamente relaciones con la insurgencia que mantiene el control en la zona en relación a la producción de los cultivos de uso ilícito.

La motivación que utilizó el ejecutivo para la expedición de los decretos excepcionales generalmente en esta época, se sustentó en la violencia en términos generales, pero sobre todo estableciendo como enemigo al narcotráfico y entendiendo este fenómeno como un potenciador económico de la insurgencia y demás grupos armados.

El narcotráfico trajo consigo reformas a la justicia, tales como la creación de procedimientos judiciales especializados, la introducción de trámites sumarios y la creación de tipos penales y contravenciones, modificaciones administrativas frente al control de bienes muebles, inmuebles y financieros, etc., pero las medidas no logran disminuir los conflictos suscitados.

El estado cada vez con mayor debilidad y ante la ilegitimidad ante la sociedad por la desencadenada ola de violencia, se piensa por primera vez la

²⁰¹ GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia 1957-1997 en DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p. 323.

²⁰² UPRIMMY YEPES, Rodrigo. Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia en DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p. 278.

necesidad de cambiar de estrategia frente a las protestas ciudadanas. “Es así como el presidente Belisario Betancur, poco después de su posesión, crea una comisión de paz, proclama una amplia ley de amnistía, emprende diálogos con grupos armados y firma acuerdos de desmovilización con ellos. En estas condiciones explican Uprimmy y Vargas, el gobierno modifica el marco político y jurídico de la acción represiva precedente, la cual ya no podía llevarse a cabo por medios institucionales, abiertos y legales. La situación institucional se complica aún más por el inicio de las acciones narcoterroristas: el 30 de abril de 1984 es asesinado Rodrigo Lara Bonilla, ministro de justicia del gobierno de Betancourt. El estado de sitio es declarado nuevamente y a partir de ese momento, se inicia el periodo conocido como la guerra contra el narcotráfico, guerra que fue institucionalmente implementada a través de normas de estado de sitio²⁰³

“Para ese entonces, las empresas del narcotráfico permearon la institucionalidad. “Ciertas facciones de los empresarios de la droga comenzaban entonces a disputar y a compartir el poder político con los sectores tradicionales. Parecían querer aprovechar el ambiente de diálogo generado por el gobierno para asegurarse, en tanto que empresarios ilegales pero en vías de legitimación, su incorporación social y política”²⁰⁴.

|
Ante la magnitud del conflicto, se plantea la posibilidad de la solución política al conflicto social y armado, empero este proceso se plantea con la guerrilla y no se tiene en cuenta que en el país hay nuevos actores que están generando focos de violencia, con el agravante de que sus fines políticos se sustentan en intereses económicos particulares, para mantener el negocio de los cultivos de uso ilícito, por ende el gobierno desató una guerra contra el narcotráfico impulsando la propuesta de extradición.

En este contexto, el 18 de noviembre de 1982, el congreso aprobó una ley de amnistía mucho más amplia que la de Turbay y se completó en 1985 con una ley de indulto, tras la puesta en libertad de cientos de guerrilleros amnistiados, se logró instaurar las conversaciones con Las Farc y con el m-19 de forma autónoma.

Importantes acuerdos de tregua y de cese al fuego se desarrollaron en esta etapa, además que se aprobó como leyes de la república, la elección popular de alcaldes, la reforma electoral, el estatuto de la televisión y la institucionalización de los partidos.

La solución política, el diálogo como ruta para la reconciliación se realiza a partir de la concepción del otro como ciudadano, no como enemigo y esta premisa

²⁰³ GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia 1957-1997 en DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p. 324.

²⁰⁴ UPRIMMY YEPES, Rodrigo. Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia en DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p. 278.

permitiría recuperar la legitimidad del estado y brindar soluciones no militaristas a los problemas sociales, el problema radica en que el conflicto Colombiano es mucho más complejo que la existencia de dos fuerzas en disputa.

Durante esta época la mafia para mantener su estabilidad, se dividió en dos sectores unos que optaron por la compra masiva de tierras en diferentes regiones del país y otro sector que por medio de la corrupción y la compra de inmunidades sociales y judiciales mantuvo su vida en la legalidad. Así, el reciclaje de los capitales del narcotráfico a través de la vía terrateniente no solo agravó el problema agrario, sino que además permitió que se configurara una alianza entre grupos de las mafias, las capas más retardatarias de la clase terratenientes y sectores militares, que vieron en los empresarios de la droga poderosos aliados en la lucha contrainsurgente²⁰⁵

La disputa de poderes convierte el escenario del país en un proceso precontractual, donde los contendores construyen sus propias reglas, utilizando para ello medios inmorales o antijurídicos para la eliminación del enemigo; la doctrina de seguridad se convierte en una teoría apropiada por el narcoparamilitarismo para definir su estrategia de guerra.

La competencia de la justicia penal militar para la investigación y juzgamiento de civiles acusados de cometer delitos contra el orden público tuvo especial desarrollo a mediados de los ochenta. El 2 de mayo de 1984 se expidió el decreto 1042 por medio del cual se ponía en conocimiento de la justicia penal militar ciertos delitos relacionados con el narcotráfico. Allí se establecía que la captura y la detención preventiva se regirían por las normas del Código de justicia penal militar. Posteriormente la ley 30 de 1986 entregó nuevas facultades a las autoridades militares.²⁰⁶

La militarización de la función penal incidiría en la política criminal y en el incremento de la guerra sucia como práctica de eliminación física del enemigo, no solo individual, sino como sujeto colectivo, al convertirse en objetivo militar los movimientos sociales.

El trato que proporcionaba el estado a los empresarios de la mafia se caracterizó por múltiples contradicciones, “el ejecutivo impulsó periódicamente ofensivas contra los grandes capos, en especial después de magnicidios, lo cual lo enfrentó a veces con el órgano judicial, no solo porque se buscaba hacer de este débil poder un puntal de lanza en el enfrentamiento contra los carteles, sino además

²⁰⁵ Ibid.

²⁰⁶ GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia 1957-1997 en DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p. 342.

porque las estrategias gubernamentales, no fueron siempre respetuosas de los principios del estado de derecho.”²⁰⁷

Las acciones de la Corte que postergaban por formalismos jurídicos la aplicación del tratado de extradición, muestran como el poder judicial trató de eludir la confrontación directa con la mafia, otorgándole la potestad definitiva sobre este tema a los otros dos poderes.

Por otra parte, el proceso de diálogo con Las Farc permitió la creación de un nuevo partido como mecanismo para garantizar la participación política, la unión patriótica obtuvo en la elecciones de 1986 once parlamentarios y docenas de conejales y diputados.

El cuestionamiento a la representación de los partidos tradicionales que se realizó a través del proceso de paz generó que “el congreso y las fuerzas militares se opusieran a la existencia del diálogo nacional como espacio alternativo de deliberación, que sacrificaba la retórica reformista de los partidos tradicionales

Estos espacios de acción legal se vieron amenazados por el incremento de la guerra sucia, por el recrudecimiento de la violencia a través del accionar de los grupos paramilitares.

La operación de exterminio a los dirigentes de la UP, demuestra que existe una supra legalidad de la función penal. La concepción del enemigo interno desborda la soberanía del estado y su facultad para declarar la guerra es asumida por un sector del país que pretende mantener indefinidamente el control de las estructuras institucionales para el beneficio de sus intereses, desde adentro del estado y por fuera del mismo. El estado ya no regula exclusivamente el tratamiento de los delitos políticos mediante el derecho, pues el enemigo interno es aniquilado por grupos armados paraestatales que aplican una nueva justicia.

“En la lucha contra la amenaza el derecho se convierte en su principal amenaza”²⁰⁸, pues la radicalidad de la noción del enemigo propicia la desinstitucionalización de la función penal, además de fundar un régimen basado en la exclusión, donde los enemigos no gozan de expectativas comunicativas para comportarse como personas, si estas expectativas no existen el derecho reaccionaria ante un enemigo diría Jakobs, legitimando de esta manera su persecución por fuera del derecho.

²⁰⁷ UPRIMMY YEPES, Rodrigo. El Laboratorio Colombiano: narcotráfico, poder y administración de justicia en DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p. 377.

²⁰⁸ APONTE, Alejandro David. Derecho penal del enemigo vs derecho penal del ciudadano en ver en MELA y GÓMEZ, Op. Cit., p.177.

En estas circunstancias, se intentó llenar el vacío dejado por la justicia militar en la regulación de varios casos a través de la creación de jueces especiales. Belisario Betancourt hizo realidad lo establecido en la ley 2 de 1984, la cual disponía la creación de 200 jueces especializados, quienes por medio de un procedimiento especial, conocerían de los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y conexos. Por su carácter especial esta ley debía tener vigencia de seis años. Mediante el decreto 1806 de julio 2 de 1985, se crearon 15 cargos de lo que en ese entonces se denominaron jueces especializados. No sobra señalar que en el año de 1985, también por medio de un decreto de estado de sitio (el 3300 de 1985) creó el legislador de excepción un tribunal especial de instrucción, encargado de investigar los delitos cometidos por la subversión con ocasión de la toma del palacio de justicia, tribunal que tenía desde su inicio una duración determinada²⁰⁹

De esta manera, comienza la construcción de procedimientos especiales para los delitos que por la época eran catalogados como amenazas para el ordenamiento jurídico y que estaban ligados a los fenómenos del narcotráfico y la insurgencia. Obviamente estos procedimientos se caracterizaban por la minimización de garantías y derechos.

El presidente Virgilio Barco recibe el mandato presidencial en plena confrontación del estado contra el narcotráfico. En 1987 la Corte Suprema de Justicia declara la inconstitucionalidad de la competencia de la justicia penal militar para juzgar a civiles, con ponencia del magistrado Jesús Vallejo Mejía. En su reemplazo se crea una jurisdicción llamada Jurisdicción de orden público. Buena parte de las normas del estatuto de seguridad son reproducidas en un nuevo paquete normativo conocido como estatuto en defensa de la democracia. Allí se hace casi inocuo el recurso de habeas corpus y se autoriza a los militares a realizar allanamientos sin orden judicial previa, medida esta última que fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de justicia. A raíz de esta decisión judicial y de aquella que derrumbó el juzgamiento de civiles por militares, crece la tensión entre el gobierno y la corte, a tal punto que en enero de 1988, el presidente Barco sostiene públicamente, en un discurso televisado, que la corte no lo deja gobernar²¹⁰.

Es importante destacar que si bien la corte ha jugado un papel de colegislador de emergencia, es esta época, surge una corriente de juristas que propenden por el control jurídico de las decisiones del ejecutivo y por el equilibrio entre las ramas judiciales, lo cual coadyuva en la quebrantación de un régimen que de forma descarada utilizó el derecho para hacer la guerra, estableciendo de forma irracional e ilimitada la declaración de estados de sitio y ampliar así, sus facultades de decisión; empero inicia la exigencia desde la misma institucionalidad de los pesos y contrapesos, si bien la jurisdicción de orden público se caracterizó

²⁰⁹ GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia 1957-1997 en DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p. 343.

²¹⁰ *Ibíd.*

también, por fuertes restricciones a las garantías procesales, el solo hecho de que estuviera radicada en la rama judicial del poder público, le proporcionaba independencia respecto del ejecutivo y de los mandos militares.

En este momento coexisten diversas categorías de jueces (especializados, de orden público, del tribunal superior, inclusive jueces ordinario) competentes para juzgar delitos similares, producto de las constantes modificaciones que causó la legislación de emergencia en la estructura orgánica de la administración de justicia.

Adicionalmente aparecieron las primeras manifestaciones de la política de colaboración con la justicia, se establecen rebajas en las penas de quienes hubieran participado en los referidos ilícitos, por colaborar eficazmente con las autoridades al total esclarecimiento de los hechos y de la determinación de la responsabilidad penal de quienes hubiesen intervenido a cualquier título en su ejecución.

La eficacia como fin del derecho se antepone a la justicia y permite que la misma se privatice y se convierta en un negocio, empero esta política de rebajas de penas es direccionada al sector de la población que no hace parte de las prácticas que caracterizan al enemigo.

Se presenta para estas décadas, el decreto 0050 de enero 13 de 1987 expedido en la luz de las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 1 de la ley 52 de 1984, se constituye como un código de procedimiento penal colombiano de rasgos fundamentalmente inquisitivos. Dicho estatuto contenía dos concepciones sobre la acción penal, de tal suerte que para algunos jueces la función de acusación era rogada por la figura del ministerio público. , mientras que frente a otros, era el mismo órgano de instrucción criminal quien impulsaba el proceso.

A medida que avanza y se desarrolla el conflicto se puede analizar que el procedimiento penal se torna menos garantista y se expide bajo facultades extraordinarias, es decir excepcionales, el soberano decide como lo planteaba Schmitt en situaciones caóticas, el poder ejecutivo impone sus disposiciones.

La restricción del habeas corpus mediante el decreto 182 de 1988 bajo el argumento de impedir la fuga o la liberación fraudulenta de personas relacionadas con grupos terroristas, encaminada a combatir el tráfico de drogas, terminó facilitando la práctica de graves violaciones de derechos humanos sobre amplios sectores de la población Colombiana.

En este periodo se desarrolló con gran fuerza la guerra sucia. “La incapacidad de las fuerzas militares para doblegar a la subversión, en medio de una guerra no regular para la cual no estaban preparadas, el desacuerdo frente al proceso de paz emprendido por el presidente Betancourt y las restricciones

jurídicas de que fueron objeto en los años posteriores bajo la presidencia de Virgilio Barco, en especial la eliminación de la justicia castrense, produjeron en las fuerzas armadas una sensación de frustración, que no es del todo ajena al surgimiento de la guerra sucia²¹¹.

Se desencadena entonces la crisis humanitaria, inicia el tenebroso ascenso de los asesinatos políticos, las masacres, los desplazamientos y las desapariciones.

Durante el periodo comprendido entre 1984 y 1996 se expidieron 474 decretos de excepción.

Según datos presentados por Uprimmy, mientras en 1980 el número de detenciones políticas fue de aproximadamente 6.800 con 92 asesinatos y 6 desapariciones, en 1983, durante las negociaciones de paz, solo se conocieron 1325 detenciones políticas, pero el número de desapariciones superó el centenar de personas y se presentaron aproximadamente 600 asesinatos políticos. La gran mayoría de estas acciones fueron atribuidas incluso por altos funcionarios a grupos paramilitares. Estos grupos se conformaron inicialmente en las zonas de la frontera agrícola con el objeto de luchar contra la guerrilla y luego se extendieron a las zonas urbanas contra líderes populares de todo tipo y con un ensañamiento especial contra la organización política de izquierda conocida como la Unión Patriótica surgida de los acuerdos de paz. Se calcula que más de mil militantes de esta agrupación fueron asesinados, entre ellos su presidente, dos de sus candidatos presidenciales, alcaldes, senadores y demás militantes. El movimiento M19 surgido a partir de la desmovilización del grupo guerrillero del mismo nombre, también fue minado con el asesinato de su líder y candidato a la presidencia Carlos Pizarro. Pero la eliminación selectiva no solo afectó a los líderes de izquierda. Posteriormente cayeron periodistas como Guillermo Cano, defensores de derechos humanos como Héctor Abad Gómez, altos funcionarios del estado como el comandante de la policía de Antioquia Valdemar F. Quintero, el gobernador del mismo departamento, Antonio Roldán el procurador general de la nación y líderes políticos del partido liberal como el candidato a la presidencia Luis Carlos Galán²¹².

La respuesta del gobierno de Barco a este episodio de la vida política del país fue retomar el ejercicio represivo del estado en materia penal. El decreto ley 180 de 1988 (estatuto para la defensa de la democracia) llamado comúnmente estatuto antiterrorista redefinió el tipo penal de terrorismo aumentando sus posibilidades de comisión e incrementando su respectiva sanción. El terrorismo se plantea como un

²¹¹ UPRIMMY YEPES, Rodrigo y VARGAS, Alfredo. La palabra y la sangre: violencia, legalidad y guerra sucia en Colombia en Germán Palacio (ed) La irrupción del paraestado, Bogotá: ILSA y Cerec, 1990.

²¹² GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia 1957-1997 en DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p. 326.

delito conexo de la rebelión y con un carácter reemplazante en el tiempo, además de la extensión de su aplicación a otro tipo de fenómenos.

“Este estatuto no contemplaba sanciones para conductas específicamente ligadas al narcotráfico, su objetivo esencial parecía ser el de criminalizar la protesta social y eliminar el delito político, subsumiéndolo en la figura del terrorismo, muy ambiguamente definido en esta normatividad”²¹³

Adicionalmente direccionó una ofensiva contra la mafia a través de numerosos decretos. El decreto 1830 de 1989 estableció la extradición por vía administrativa, es decir sin contar con el fallo de la corte suprema de justicia. El decreto 1863 autorizó a los jueces penales militares practicar registros donde se presumía o existían indicios de personas u objetos relacionados con algún delito, el decreto 1856 ordenó la confiscación de los bienes muebles e inmuebles de los narcotraficantes y con el decreto 1859 se autorizó la detención, en condiciones de absoluta incomunicación y por un tiempo que excedía las normas constitucionales, de personas de las que se tuvieran graves indicios de haber cometido delitos contra la existencia y la seguridad del estado.

El ejecutivo nuevamente define a través de decretos excepcionales la política criminal del estado, construyendo referentes normativos en materia penal alternos a los desarrollos existentes y establecidos en el código penal y el código de procedimiento penal, sacrificando los derechos y garantías de toda la población que se afecta con la normatividad en mención, pues la misma se aplica en términos generales sin diferenciación concreta y material de los casos presentados, causando el sacrificio de inocentes.

“El decreto 1966 estableció las normas procedimentales para la regulación del tribunal de orden público a fin de determinar la reserva de la identidad de los magistrados y fiscales; los asuntos estudiados por este tribunal no estarían sometidos a reparto en la respectiva sala y para la práctica de pruebas el tribunal no estaría sometido a las reglas de inmediación.”²¹⁴

Los procesos se tornan cada vez más inquisitivos y en esa laxitud entre el derecho y la norma de excepción, se aproximan cada vez más las prácticas contrarias a derecho, los procesos y las sanciones son una tortura donde los procesados sufren la reducción de sus garantías y derechos. El derecho de emergencia en sus manifestaciones de eficientismo y derecho penal del enemigo sumadas a la corrupción existente como práctica tradicional de la administración del estado provoca que la persecución penal aparentemente dirigida a contrarrestar

²¹³ UPRIMMY YEPES, Rodrigo. El Laboratorio Colombiano: narcotráfico, poder y administración de justicia en DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p. 378.

²¹⁴ *Ibíd.*

fenómenos que alteran el normal acontecer de la sociedad, se direccionen a la población vulnerable o a los últimos eslabones de la conducta punible que no tiene posibilidades de lograr acuerdos privados extrajurídicos para proteger sus intereses y derechos.

También dentro de las facultades del estado de sitio, el decreto 2013 consagró la posibilidad de que el gobierno suspendiera a los alcaldes municipales electos popularmente y los remplazara por miembros de las fuerzas armadas en caso de que por razones de orden público se considerase necesario. Este decreto suscitó una reacción inmediata por parte de los alcaldes de ambos partidos quienes expresaron que la medida era abiertamente inconstitucional. El gobierno derogó la medida pero estableció en su reemplazo, formas de jefatura militar en los municipios donde existiera problemas de orden público, dando amplios poderes a estos jefes militares²¹⁵.

La militarización de los poderes civiles encargados de la administración pública se presentó como una alternativa ante la suspensión del derecho y la apertura de la guerra, ni siquiera el ejecutivo se abroga la extralimitación de sus funciones, entrega las mismas a las fuerzas armadas quienes desde sus estrategias de confrontación, pacifican violentamente los conflictos sociales.

El soberano decide y establece de esta manera una dictadura civil con profunda incidencia del sector militar, concentrando el poder aparentemente en la figura presidencial, pero siendo la misma, direccionada por otros supra poderes que son más cercanos a la mafia y a las fuerzas armadas, obviamente se evita de esta manera la división de poderes y las garantías para los procesos sociales y políticos de oposición al gobierno.

La concepción del enemigo se encuentra completamente institucionalizada y arraigada a la costumbre política en relación a la configuración de la política criminal, no es posible construir un régimen basado en la inclusión, los enemigos continúan por fuera del pacto política.

El decreto 1194 de 1989 entrega a la jurisdicción de orden público la competencia para conocer de los delitos contra la existencia y seguridad del estado, rebelión, sedición y conexos con estos. El alcance de la justicia especializada se vio entonces ampliado por el tema de la guerrilla. Se estableció como delito la conducta de quien promoviera, financiara, organizara, dirigiera, fomentara o ejecutase acciones cuyo fin fuere la formación de escuadrones de la muerte, bandas de sicarios o justicia privada, asignando la competencia de estos delitos a los jueces de orden público²¹⁶

²¹⁵ Ibíd.

²¹⁶ GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia 1957-1997 en DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p. 323.

No solo existe un proceso especializado para tramitar las conductas punibles cometidas por el enemigo, existe un equipo de jueces encargados de sustanciar estos casos en el marco de la doctrina del enemigo interno.

La ofensiva contra el narcotráfico, no excluyó las tentativas de negociación o acuerdo, empero los distintos acercamientos se rompieron, por los hechos violentos promovidos por las mafias en procura de desestabilizar al país.

Por estos años, inicia el desarrollo de otra de las expresiones del derecho penal de emergencia: el eficientismo penal caracterizado por la conjugación del derecho penal endurecido y la lógica preventiva.

Los fines de la administración de justicia dado el caos y los altos niveles de impunidad no son la búsqueda de soluciones a los problemas sociales, por el contrario el fin principal se convierte en la búsqueda de la eficacia de la justicia. Esta eficacia es entendida como la producción a toda costa de sentencias condenatorias y de órdenes de detención preventiva a sujetos considerados peligrosos y sospechosos de la comisión de alguna conducta punible.

Este modelo de justicia se viene desarrollando en Colombia a partir de la década de los ochenta, concretamente a partir de la ley 30 de 1986 o estatuto nacional de los estupefacientes y tiene su punto de consolidación en la expedición del estatuto para la defensa de la justicia o la creación de los llamados jueces sin rostro. El estatuto de estupefacientes en su discurso incorporo como objetivo esencial encontrar la eficacia en el sistema penal, la nueva criminalidad solo podía ser enfrentada con un derecho penal verdaderamente eficaz²¹⁷

El eficientismo propende por el máximo de resultados con el mínimo de esfuerzos, los resultados por tanto se anteponen al contenido y a la noción de justicia.

Por tanto en medio de la crisis social, la existencia de para estados y la confrontación armada, la respuesta del estado es el terrorismo fomentado desde la desinstitucionalización de la función penal producida por la aplicación del derecho de emergencia y la utilización del derecho como instrumento bélico, a través de la concepción del enemigo interno donde los disidentes del régimen son excluidos del status de personas y por tanto de las regulaciones del pacto social y son destinatarios de una persecución que incluye la posibilidad de la eliminación física ilegal; sumado a ello el eficientismo procura positivos judiciales para reformar la prevención general positiva y esconder así la impunidad que aflora.

²¹⁷ APONTE, Guerra y derecho penal del enemigo, Op. Cit., p. 31.

“En 1990 el ejecutivo creó por vía de excepción una legislación procesal penal especial denominada justicia sin rostro.* Esta legislación tuvo como columna vertebral: la protección de los jueces y de todos los funcionarios estatales e intervinientes en general dentro del proceso penal, sobre la base de un proceso secreto y con una restricción severa de garantías del estado de derecho. Sus figuras centrales han sido el fiscal y el juez sin rostro. Es en este estatuto donde se habla de la eficacia como único medio para enfrentar la criminalidad.

Los cambios que introdujo el estatuto para la defensa de la justicia fueron sobre todo cambios a nivel procesal. Así, los tipos penales creados desde años anteriores por el ejecutivo por vía de excepción en el ámbito sustantivo hallaron, en consecuencia un procedimiento especial también de excepción, que canalizaría el juzgamiento de aquellas conductas previamente definidas como delitos. La pretensión de la eficacia se une desde aquel entonces al ámbito procesal”²¹⁹.

“La justicia sin rostro también se caracterizó por desconocer el principio de la presunción de inocencia; la única medida de aseguramiento era la detención preventiva. No se realizaban audiencias públicas, sino que el trámite procesal era puramente escrito; permitió la legalización de la tortura a través de las llamadas “versiones libres y espontáneas”, facilitó privaciones de libertad arbitrarias, estableció una desigualdad manifiesta ante la ley; por ejemplo, al duplicar términos para algunas etapas procesales y para la obtención de libertades. En fin, la justicia sin rostro es el ejemplo patético de lo que es un sistema puramente inquisitorial”²²⁰.

La justicia regional fue la expresión normativa de la guerra que se libra en Colombia. A través de esta normatividad, el Estado desarrolló una verdadera guerra punitiva mediante la cual consolidó la judicialización del conflicto social y armado, en una clara tendencia a guerrerizar la administración de justicia.

Esta época merece una especial atención porque implicó grandes transformaciones en la forma en cómo se materializa la justicia de emergencia.

En estos años la excepción perdió fuerza como instrumento de control social y ganó importancia como instrumento de represión de las actividades ilegales del narcotráfico y la subversión. La imposición de ciertos controles en relación

* “En cumplimiento de los dictados del imperio, en Perú y en Colombia se establecieron jurisdicciones especiales, en ambos países se crearon tribunales y procedimientos secretos, especialmente dedicados a perseguir la disidencia política, en claro acatamiento de la doctrina de seguridad nacional, es decir, que la justicia sin rostro, sin duda, desde la legalidad era el instrumento más indicado para perseguir al “enemigo interno”, es decir, no sólo al opositor político armado, sino a todo tipo de oposición a las políticas del establecimiento” ver en <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/libros/dih/cap3.html>.

²¹⁹ *Ibíd.*

²²⁰ DERECHOS HUMANOS. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/libros/dih/cap3.html>. Pág. 17

con las facultades policivas y judiciales del ejecutivo y en general la ineficacia creciente del aparato represivo para controlar al narcotráfico y a la subversión, ocasionaron la vinculación del personal de las fuerzas armadas con paramilitares. Los gobiernos hicieron intentos por contener la desbandada de los grupos paramilitares pero ninguno de ellos se atrevió a enfrentar un proceso de depuración al interior de las fuerzas militares. La situación de anomia en las zonas rurales se extendió rápidamente a las ciudades. Los abusos en la legislación del estado de sitio crearon entonces un cierto descontento entre los jueces encargado del control: aparecieron las primeras reacciones judiciales en contra de la constitucionalidad de los decretos de restricción de libertades públicas²²¹.

Cesar Gaviria para 1990 recogió en su gobierno la propuesta que era epicentro del debate nacional, la necesidad de convocar a una asamblea nacional constituyente. Para Gaviria este escenario presionaría a los insurgentes a desmovilizarse rápidamente, firmar acuerdos finales sin contemplar reformas al régimen vigente, pues ya habría lugar a ello en la constituyente. En contra de las expectativas exitosas para la concertación de la paz con los grupos remisos, Las Farc y el ELN se mantuvieron ajenos al proceso.

El bombardeo de casa verde, propone un nuevo método para los procesos de paz, en el cual el diálogo y la acción militar no se excluyen, sin embargo La escalada militar de la guerrilla termino por abrir la posibilidad de dialogar primero en caracas Venezuela (1991) y luego en Tlaxcala México (1992), pero estos escenarios no fueron exitosos pues no fue posible desarrollar la agenda propuesta por las partes.

Lograr un acuerdo de paz en medio de la guerra, lleva implícito el debate de la justicia y no solo en relación al ius puniendi que posee el estado y al trato que se brindaría desde el derecho penal a los diferentes actores que se encuentran excluidos, sino en realmente lograr unos mínimos para lograr la justicia social como la única medida real que permite legitimar al estado y encontrar soluciones reales a los problemas que dieron origen al conflicto armado.

En medio de la confrontación se propone al país un nuevo pacto político que establecía un nuevo tipo de estado: El estado social de derecho con el objetivo de posibilitar una sociedad democrática.

Si bien la carta de derechos de la Constitución de 1991 es bastante amplia e incluyente, la política económica consagrada en la misma limita las posibilidades de una participación política real, puesto que la apertura económica profundiza la segregación social. “Esto explica que a la justicia, y en especial a la jurisdicción

²²¹ GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia 1957-1997 en DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p. 329.

constitucional, se le permita una cierta dosis de generosidad judicial en la protección de ciertos derechos a fin de asegurar una cierta fuerza simbólica y normativa del orden constitucional, pero siempre y cuando no se lleguen a afectar equilibrios macroeconómicos básicos”²²².

Las múltiples contradicciones encontradas en la carta política son expresiones de los recurrentes conflictos al interior del país, de la disputa constante entre fortalecer el autoritarismo y lograr la democratización, obviamente dichas confrontaciones se desarrollan en un contexto geopolítico donde las potencias multilaterales inciden con sus intereses políticos y económicos, potenciando con ello, híbridos coherentes a los postulados de los modelos de emergencia.

No sobra agregar que la promulgación de esta carta política se hizo a través de normas de excepción. “Desde los últimos años de la década de los ochenta los movimientos populares se debilitaron. La guerra sucia continuó con toda su fuerza y el narcoterrorismo disminuyó con el desmantelamiento del cartel de Medellín. En contraste, el secuestro, el homicidio y en general la privatización de la violencia y de los mecanismos de justicia adquirió más importancia que nunca. De otra parte la justicia constitucional ejerció un control más estricto con fundamento en la doctrina del control material de los decretos y como consecuencia de ello, el ejecutivo intentó limitar el poder de la corte mediante proyectos de reforma constitucional.”²²³

Esta periodización muestra una paulatina pérdida de la capacidad regulativa del estado, en relación a las modificaciones introducidas en el manejo del estado de excepción con la nueva declaratoria de la conmoción interior y su control constitucional y con el ejercicio de las Cortes en su papel de ejercer control a las modificaciones de la carta política.

La constituyente del 91 restringió al máximo las posibilidades del ejecutivo para declarar los estados de excepción. Para ello estableció limitaciones de carácter temporal, amplió los requisitos formales y consagró la prohibición de suspender los derechos humanos y las libertades fundamentales. Se dividió la antigua figura de estado de sitio en dos instituciones diferenciadas: El estado de guerra exterior y el estado de conmoción interior. En segundo lugar, se delimitó de manera estricta el concepto de conmoción interior. La vieja versión de perturbación del orden público fue sustituida por: la existencia de una grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del estado, o la convivencia ciudadana y

²²² UPRIMMY YEPES, Rodrigo. Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia en DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p. 313.

²²³ GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia 1957-1997 en DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p. 329.

que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía.²²⁴

Esta precisión reducía el margen de interpretación de la norma constitucional, además que se establece un término temporal de 90 días prorrogables para aplicar la excepción, pero que de alguna manera contribuye a que las facultades del ejecutivo no sean indefinidas, además se prohibió tajantemente juzgar a civiles a través de la justicia penal militar.

Una de las innovaciones jurisprudenciales más importantes es el control material de la declaratoria de los estados de excepción. La corte constitucional en sentencia C-004 de 1992 acogió la tesis del control material bajo el argumento de que solo de esa manera podía protegerse a cabalidad la supremacía del texto constitucional, por tanto los actos del ejecutivo no podrían ser discrecionales debían ajustarse a constitución.

Empero el hecho de que la asamblea nacional constituyente no incluyera a todos los actores, sustenta un acuerdo basado en la exclusión y por ende queda abiertas las posibilidades de alteración del orden público y de permanente confrontación cuando las guerrillas más fuertes del país persisten con sus acciones políticas y militares en contra del estado y cuando las mafias continúan incidiendo en la política.

Un agravante adicional, es que la nueva constitución no regula el tratamiento brindado al fenómeno del paramilitarismo y de la mafia como promotores de la guerra sucia y como elementos desestabilizadores de la unidad política que se supone representa el estado.

“Rodrigo Uprimmy establece una escalofriante tipología de los actores represivos que actuaron por fuera de la ley en esa época para reprimir a la población y cometer toda clase de oprobios:

- Organismos de seguridad del estado
- Grupos especializados del ejército en labores de guerra sucia
- Grupos de limpieza social
- Grupos de autodefensa (Desde 1965 hasta abril de 1989 la ley autorizaba a las fuerzas armadas a distribuir armas entre la población civil para luchar contra la guerrilla. En 1989 debido a la vinculación de estos grupos con paramilitares, se condicionó esta facultad a una autorización directa y específica del presidente de la república. De otra parte la corte constitucional declaró la constitucionalidad de las asociaciones de defensa privada denominadas convivir mediante sentencia C-456 de 1997)

²²⁴ Ibíd.

- Grupos privados rurales de la narco hacienda
- Sicarios y pandillas urbanas²²⁵

Frente a la incidencia de estos actores en la política no se estableció un tratamiento especial, se eludió el tema y por el contrario se institucionalizaron los procesos de autodefensa como clara muestra de un ejercicio para estatal de la persecución penal, donde la noción del enemigo faculta el exterminio.

La persecución penal por tanto continuó dirigida hacia los movimientos sociales con vocación de poder y particularmente hacia el movimiento insurgente en el marco de la noción del enemigo interno.

La nueva carta política introdujo la figura de la fiscalía general de la nación, como un órgano adscrito a la rama judicial, con lo cual se quería dotarlo de autonomía para que no dependiera de las instrucciones gubernamentales, creando con ello un sistema sui generis, bastante distanciado de los sistemas acusatorios ortodoxos.

Esta separación de las funciones judiciales en los sistemas acusatorio no es caprichosa. La razón es tan elemental como profunda: es necesario separar al funcionario que ejerce el papel punitivo del estado, del funcionario que debe garantizar los derechos de la persona frente a ese poder a fin de establecer controles externos a la propia fiscalía que eviten arbitrariedades, pues no solo los fiscales podría verse tentados de utilizar sus facultades judiciales para presionar a los inculcados y obtener sus confesiones, sino que en este mundo demasiado humano, es muy difícil que una misma persona pueda ser al mismo tiempo buen investigador y buen juez²²⁶

Semejante híbrido creado para ejercer la persecución penal se ajustaría a las disposiciones excepcionales, de alguna manera la fiscalía sería juez y parte, violando con ello, las garantías y los derechos de los procesados. La fiscalía tiene entonces grandes riesgos de autoritarismo, pues concentra un enorme poder por la confusión de funciones judiciales e investigativas.

Otra facultad entregada a la rama judicial es la posibilidad de investigar y sancionar a los integrantes del congreso, se eliminó en la constituyente el artículo 107 de la constitución anterior, acabando así con la inmunidad parlamentaria y posibilitando herramientas judiciales para hacer control político al congreso, impulsando investigaciones que podrían terminar incluso en la pérdida de la investidura.

²²⁵ PECAUT, Daniel. Presente, pasado y futuro de la violencia en análisis político No 30. Bogotá: s.n., 1997.

²²⁶ UPRIMMY YEPES, Rodrigo. Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia en DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p. 296.

Estos mecanismos son muy importantes porque implican que la llamada “clase política” podría ser sancionada por irregularidades cometidas en el ejercicio de su cargo y que las Cortes jugarían un papel fundamental en la protección del ordenamiento jurídico y el equilibrio de poderes.

“Una de las transformaciones que tiene una relación más estrecha con la función garantista del derecho es la creación de la Corte Constitucional y la introducción de la tutela y de otros mecanismos judiciales de protección de los derechos constitucionales”²²⁷. Empero la creación de la Corte Constitucional fue bastante ambigua por cuanto se erosionó la independencia judicial, dado que los miembros de la corte son elegidas de ternas provenientes del presidente la corte suprema y el concejo de estado, por lo cual el ejecutivo tiene posibilidades de incidir en las determinaciones de la corte, limitadamente puesto que la carta de derechos de la constitución posee prerrogativas concretas que sustentan y guían los fallos de la corte.

Como disposición transitoria de la nueva carta política se expide el decreto 700 de noviembre de 1991 que consagra la primera regulación procedimental penal del nuevo modelo de estado. Este estatuto configuró de forma paradójica uno de los sistemas procesales autoritarios jamás vigentes. “En efecto, se eliminó casi por completo la figura de la acción penal, al construir un verdadero sistema multilateral de jueces con amplias facultades jurisdiccionales concentradas, no sólo para instruir el proceso y vincular al procesado mediante indagatoria, sino, también, porque concentró en el Fiscal algunas de las facultades jurisdiccionales propias del Juez del conocimiento. Así mismo, dicha normativa introdujo instituciones novedosas como la conciliación, las audiencias especiales y la sentencia anticipada, que significaron el comienzo del imperio de la privatización del proceso y la excepción al principio de legalidad por la vía de la delación y la negociación”²²⁸

Irónicamente la nueva carta política faculta para que el procedimiento penal sea emitido de forma excepcional por el ejecutivo, manteniéndose las expresiones jurídicas de emergencia en el territorio nacional. Como todo régimen de excepción la frontera entre la legalidad y la ilegalidad se borra y aparecen expresiones jurídicas mixtas que se legitiman por el ejecutivo pero que no corresponden a prerrogativas ajustadas a derecho y a la noción de justicia.

A partir de 1990 la política criminal colombiana hace énfasis en el sometimiento a la justicia: se establecen las condiciones para que las personas que hubiesen cometido cualquiera de los delitos comprendidos en la ley 30 de 1986 tuviera derecho a la rebaja de penas o a la condena de ejecución condicional. Luego se puso en marcha la política de colaboración y sometimiento a la justicia en la cual se contempla la rebaja de penas, la condena de ejecución condicional y la no extradición, entre otras medidas,

²²⁷ *Ibíd.*

²²⁸ POSADA MAYA, Op. Cit., p. 23.

buena parte de ellas previamente negociadas con los representantes de los carteles de la droga.²²⁹

Estos procesos que de alguna manera se enmarcan dentro de la justicia transicional lograron la inclusión de algunos actores en la constituyente pero no contemplaron encontrar alternativas reales para acabar con la impunidad y proteger los derechos de las víctimas. Estos decretos se impulsaron por constituirse en acuerdos políticos avalados por las mafias en relación a su tratamiento jurídico, que realmente los favorecía, pero que no cumplían con unos cánones mínimos para el desarrollo de la noción de justicia.

Igualmente la política del fortalecimiento de la justicia se dio vía excepción mediante decretos que reformaban la legislación penal, teniendo como elementos centrales de esa reforma los llamados jueces sin rostro y la admisión de testigos igualmente secretos, además de la incorporación de la negociación de las penas, propuestas avaladas por la constituyente que si bien se consideraban como una entrega del país al narcotráfico, en la práctica no puede desconocerse la distensión que se logró en el país después de los continuos atentados que dirigieron las empresas de la mafia.

Este recorrido histórico nos permite inferir que se ha logrado la normalización de una institución destinada a ser excepcional. García Villegas nos plantea que se han configurado dos estrategias una legislativa y otra gubernamental para mantener este híbrido entre legalidad e ilegalidad en la justicia Colombiana. “La legislativa consiste en convertir la normatividad de excepción en legislación ordinaria por medio de una ley del congreso. La gubernamental consiste en prolongar la excepción indefinidamente en el tiempo, de tal manera que ya no dependa de la circunstancia que motivó su declaratoria. La primera de estas estrategias la llamamos blanqueo, la segunda transfiguración.

La constitución de 1991 consagra la facultad al congreso de modificar, adicionar o derogar los decretos de emergencia económica de reformarlos o modificarlos en caso de guerra exterior y de ejercer la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales en caso de conmoción interior. Estas atribuciones han sido utilizadas por el congreso para convertir las normas de excepción en leyes ordinarias, eliminando la condición peyorativa de la excepcionalidad.

El segundo semestre de 1991 tuvo lugar una intensa jornada de blanqueo, en el cual se convirtieron en legislación permanente 45 de los 237 decretos legislativos expedidos entre 1984 y 1991. Con posterioridad a 1991 varias leyes de la

²²⁹ GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia 1957-1997 en DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p. 345.

república han incorporado a su texto normas de excepción. Algunos ejemplos de ellas son:

- La ley 15 de 1992 que incorporó a su texto las normas del decreto 1156 de 1992
- La ley 81 de 1993 que blanqueo varias normas de los decretos sobre justicia regional
- La ley 104 de 1993 que blanqueo todas las normas sobre reinserción de subversivos dictadas en 1992²³⁰

“Igualmente la trasfiguración se ha desarrollado gracias a la amplitud con la que los jueces constitucionales han apreciado los conceptos de conexidad de los decretos que declaran la excepción y los hechos sobrevinientes”*

Esta práctica se encuentra en plena confrontación con el rigor del control constitucional y depende de sopesar los principios y garantías de los derechos fundamentales o la protección de la estabilidad institucional; La corte empieza asumir un papel importante en relación a la aplicación de la política criminal, en muchas ocasiones termina asumiendo la construcción de normativas dados los vacíos jurídicos permitiendo que asuma un rol de colegislador, por ende si asume su independencia como rama y se ajusta a la constitución se propicia un interesante ejercicio de equilibrio de poderes, empero en la realidad Colombiana la independencia no ha sido total, el ejecutivo y los supra poderes del país terminan definiendo la política, en muchas ocasiones por fuera del derecho y obligan por tanto a la Corte a tomar decisiones políticas que deben mantener la correlación de fuerzas entre normalidad y anormalidad institucional en medio del caos reinante.

Desde 1991 hasta 1998 se han utilizado en nueve ocasiones los mecanismos de estado de excepción. Las seis declaratorias del gobierno Gaviria se pueden desglosar como sigue: una emergencia social, una emergencia económica, tres conmociones interiores y una emergencia por calamidad pública. De las tres declaraciones del gobierno de Samper, dos fueron conmociones interiores y una emergencia económica. De las nueve declaratorias tres fueron declaradas inconstitucionales.²³²

Pese a existir una nueva carta política, la tradición del derecho de emergencia prosigue y las problemáticas sociales se solucionan vía facultades extraordinarias del ejecutivo. “Según Anthony Carty, el rule of law coloco al estado dentro del

²³⁰ Ibíd.

* En sentencia de revisión del decreto 1450 de 1984, la Corte Suprema afirmó que después de haberse declarado el estado de sitio podían surgir hechos sobrevivientes nuevos y distintos a los que causaron la declaratoria inicial, los cuales deben ser concurrentes y conexos con aquellas circunstancias que motivaron la declaratoria.

²³² Ibíd.

derecho, mientras que el estado de emergencia pone al poder supremo por fuera del derecho. Así las cosas no tiene sentido juzgar a uno en términos del otro.”²³³

Por esta época el conflicto continua instaurado en la cotidianidad de la sociedad Colombiana, “las muertes de Escobar Gaviria y Rodríguez Gacha, dan origen a una lucha criminal entre narcotraficantes, paramilitares y guerrilla por el control de la industria y los recursos del narcotráfico. En ese proceso las FARC- EP van a tener que decidir si continúan en las tareas de impuestación o entran, como ocurre, a controlar la cadena productiva del narcotráfico, en una disputa abierta con el paramilitarismo y los nuevos capos de la droga”²³⁴.

En julio de 1992 a raíz de la creación de la fiscalía general de la nación, se expide un nuevo código de procedimiento penal. “Allí se unificaron los procedimientos, diferenciados hasta ese momento para la justicia penal ordinaria y para la justicia de orden público”, luego, este código también fue modificado por la legislación de excepción y normalizó la justicia sin rostro o justicia regional como denominación eufemística.

Empero los continuos conflictos que generó este modelo de procedimiento penal especializado en su fragante vulneración a los derechos de los procesados, provocó que la corte en sentencia C 275 de 1993, declarara inconstitucional condenar a alguien únicamente con base en testigos secretos pues ello vulnera los principios de la seguridad jurídica y publicidad de la sentencia, las garantías mínimas del procesado y el derecho al debido proceso. En ese mismo orden de ideas, las sentencia C. 394 de 1994 consideró que eran inexecutable los incisos 2 y 3 del artículo 293 del código de procedimiento penal, que extendía la reserva a aparte de la declaración, cuando ello permitiera la identificación del testigo por violación al derecho a la defensa del sindicado.

Igualmente el incremento de la punibilidad de determinadas conductas, terminó generando la producción de tipos penales abiertos y el aumento de las sanción que tradicionalmente había sido de 30 años, pasó a ser de 60 años, lo cual evidencia la política de endurecimiento del derecho penal y su maximización para ejercer el control de múltiples fenómenos sociales, mediante el ius puniendi.

La institución del fuero militar quedó intacta después de desarrollo de la constituyente, como si este fuera un elemento central de los acuerdos que configuran y posibilitan el actual régimen jurídico. “Este consenso tácito se hizo evidente, a raíz de una polémica sentencia de la Corte constitucional en 1995 donde se reconocía el fuero militar, pero los alcances de esta institución tenían que ser interpretados a las luz de los principios de imparcialidad judicial y debido

²³³ CARTY, Anthony. Human Rights in a state of exception, en human rights: From rhetoric to reality. Oxford: Basil Blackwell, 1986.

²³⁴ MEDINA GALLEGOS, Op. Cit., p. 42.

proceso establecidos en la carta y en los tratados de derechos humanos. Por ello la corte concluyó que los militares en servicio activo no podrán formar parte de los tribunales castrenses puesto que, al estar estos militares sometidos a la jerarquía inherente a los ejércitos, carecían de la imparcialidad propia de los jueces.”²³⁵

Esta sentencia produjo una restructuración de la justicia militar, empero el ejecutivo y el congreso cerraron filas en torno a las fuerzas armadas tramitando una reforma constitucional, la cual señalaba expresamente que los tribunales castrenses estarían formados por miembros de la fuerza pública en servicio activo o retirados, retrocediendo así, la posibilidad democrática abierta por la decisión del tribunal constitucional.

Este suceso permite entrever que la influencia de las fuerzas militares en los poderes públicos es demasiado relevante, por lo cual cabría la pregunta si realmente existen cuerpos civiles ejerciendo la autoridad del estado? O simplemente son representaciones de los supra poderes que realmente establecen los criterios de gobierno acordes a sus intereses políticos y económicos gremiales sustentados en su poder esgrimido por sus fuerzas irregulares y por su conexidad con las fuerzas de seguridad del estado.

La ejecución de la estrategia gavirista puso en evidencia grados importantes de descoordinación y corrupción institucional que la llevaron a una grave crisis materializada en la fuga de Pablo Escobar. Además en la práctica se impusieron penas consideradas muy bajas a aquellos narcotraficantes que efectivamente se entregaron a la justicia. Esto se debió a que se asumió una estrategia de negociación de penas y reducción automática de las mismas, sin haber previamente fortalecido la capacidad investigativa del aparato judicial, ni aumentado los montos de la punibilidad²³⁶.

Las críticas desde ámbitos nacionales e internacionales no dieron espera, pusieron en evidencia el riesgo que tenía el principio de igualdad ante la ley penal, pues grandes sectores recibían el rigor de la persecución penal mientras las mafias gozaban de grandes beneficios y continuaban con su práctica delictiva sin control del estado. El sometimiento a la justicia se tradujo en simple legalización de los narcotraficantes.

Esta crisis de la estrategia de sometimiento generó además enfrentamientos entre el ejecutivo y la rama judicial. Así después de muchos debates y conflictos se expidió con el beneplácito del gobierno Gaviria la ley 81 de 1993, la cual introducía reformas al código de procedimiento penal en materia de negociación de la justicia. La guerra contra las drogas se asumió con un fundamentalismo

²³⁵ UPRIMMY YEPES, Rodrigo. Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia en DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p. 293.

²³⁶ UPRIMMY YEPES, Rodrigo. El Laboratorio Colombiano: narcotráfico, poder y administración de justicia en DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p. 296.

bélico, que incluían el elemento militar en acciones que por su naturaleza eran policivas o judiciales, no se contempló otras alternativas para resolver el problema de la creciente extensión del consumo de sustancias sicotrópicas, como un problema social.

Múltiples debates generó por ello la sentencia de la corte constitucional que despenalizó el consumo de sustancias psicoactivas, donde se defendía la autonomía individual y el libre desarrollo de la personalidad, puesto que la conducta del consumidor, no afecta en sí misma los derechos de otras personas, fuertes críticas recibió este pronunciamiento de la Corte en medio de la plena aplicación de la política antidroga, exteriorizando de esta manera la doble moral del estado para el tratamiento de las otras drogas, mientras brindaba todas las garantías para la producción de las drogas legales el alcohol y el tabaco.

Esta política implicó la injerencia militar de Estados Unidos en el territorio Colombiano y la guerra contra el narcotráfico se utilizó sobre todo para confrontar a la insurgencia.

El Presidente Ernesto Samper (1994-1998) gobierna el país en medio de las dificultades generadas por la vinculación de su campaña con los recursos del narcotráfico, denunciadas por su opositor el candidato Andrés Pastrana Arango, quien difunde a la opinión pública los llamados “narcocassettes” que ponen en duda la legitimidad de la campaña y obligan un proceso de investigación al presidente que se rotula con el número 8000. La investigación se realiza en el Congreso donde precluye. Durante la administración Samper el conflicto armado alcanza sus mayores desarrollos. Por una parte, el fenómeno paramilitar se extiende por todo el país, se convierte en “actor político y militar” fundamental en la lucha contra la insurgencia y en la consolidación de los proyectos políticos regionales.²³⁷

La doctrina del enemigo interno se desinstitucionaliza y es asumida por justicias privadas quienes adquieren autonomía del estado, manteniendo coordinación en muchas ocasiones con el estado, pero disputando el control territorial y direccionando su ofensiva militar no solo a la insurgencia sino a los movimientos sociales.

Colombia había recibido apoyo de parte de los Estados Unidos y de la comunidad económica europea para la lucha contra el narcotráfico, a partir de 1994 el país estuvo sujeto a fuertes presiones diplomáticas y a amenazas de sanciones económicas por parte de Estados Unidos debido a la infiltración de los recursos en la campaña presidencial.

Como respuesta del gobierno de Samper se generó el endurecimiento del sistema penal, restableciendo en primer lugar la extradición de los

²³⁷ MEDINA GALLEGOS, Op. Cit., p. 43.

Colombianos de nacimiento, además de aprobarse la ley sobre extinción de dominio, también se adelantó una de las campañas de fumigación de cultivos ilícitos más severas en toda la historia Colombiana, la cual provocó numerosas marchas de pequeños cultivadores que consideraban que les estaban usurpando su sustento económico. Estas movilizaciones fueron reprimidas y las fumigaciones continuaron, a pesar de lo cual el área cultivada no solo no disminuyó, sino que aumentó sensiblemente²³⁸.

Lamentablemente la legislación de emergencia, en especial el derecho penal del enemigo genera objetos de recambio, es decir victimiza a población que tiene escasas posibilidades de continuar con la cadena de venganza, por tanto dirige la fuerza a los sectores más vulnerables, a los primeros eslabones de la cadena del delito de narcotráfico que de igual manera sufren la explotación de las empresas mafiosas.

Sumado a ello, en 1997 se profiere la sentencia C-456 que acentúa la disolución del delito político. Se declaró inconstitucional el artículo 127 del Código Penal de 1989. El mencionado artículo consagraba la exención de pena por hechos punibles cometidos en combate, entre ellos el homicidio, al igual, el artículo 184 del Código Penal Militar cuyo texto es exacto al 127 mencionado y por tanto la decisión se refiere a los dos.

La corte consideró que el artículo concedía una amnistía general, anticipada e intemporal y que es competencia del congreso de la república determinar los delitos comunes en conexión con los delitos políticos y que por ello quedarán cobijados por la amnistía y el indulto y en el mismo sentido cuáles no pueden serlo, por su ferocidad, barbarie o por ser delitos de lesa humanidad.

Este hecho jurídico implica la desnaturalización del delito político, puesto que el mismo posee en esencia el uso de las armas para combatir al estado y el enfrentamiento de los rebeldes contra éste lleva consigo el acaecimiento de combates, en los que casi necesariamente se producen muertos de lado y lado; Por ello históricamente los homicidios cometidos en combate no eran susceptibles de pena, sino que quedaban subsumidos en el punible de rebelión.

“Con el mencionado fallo de la Corte se redujo a su mínima expresión al delito político: prácticamente, a su desaparición jurídica. Se puede decir, parafraseando al profesor Iván Orozco Abad, que el delito político ha quedado reducido a "letra muerta". Con el fallo de la Corte un rebelde ya no estará de cinco a nueve años en la cárcel sino de 25 a 40 como mínimo. Como quien dice, el delito político consiste en el mero porte de las armas para amenazar la estabilidad del Estado que se combate, pero si se usan en combate, el delincuente político pasa a ser un vulgar delincuente común.

²³⁸ UPRIMMY YEPES, Rodrigo. El Laboratorio Colombiano: narcotráfico, poder y administración de justicia en DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p. 388.

Tal situación genera dificultades a la hora de una negociación entre el Estado y los insurgentes en aras de buscar una salida política al conflicto armado. Pues como quedaron las cosas, los funcionarios judiciales tendrían serios problemas para otorgar indultos o amnistías a los rebeldes. Empezando porque los destinatarios de las figuras del indulto y la amnistía son los delincuentes políticos y no los delincuentes comunes, condición a la que han quedado reducidos con el malhadado fallo de la Corte Constitucional. Tal decisión constituye una zancadilla a los procesos de diálogo y negociación”²³⁹.

Empero es importante destacar, que la corte en sentencia C.358 de 1997 determinó que las violaciones más graves a los derechos humanos en relación al fuero militar debían ser competencia de la justicia ordinaria no de la jurisdicción militar, por cuanto la gravedad del delito rompía toda relación con el acto de servicio, lo cual representa un avance en términos de responsabilizar al estado y específicamente a la fuerza pública por exceder su fuerza y atentar contra la población en el marco del desarrollo del conflicto.

Si bien con la desnaturalización del delito político se trataba de eliminar el componente social del conflicto armado y con ello reducir el status político de las insurgencias, potenciando la noción del enemigo en la aplicación de la justicia, es menester destacar que la corte inicio paralelamente a ejercer un control en las facultades de la fuerza pública posibilitando la tutela de los derechos humanos de las personas víctimas del terrorismo estatal.

Finalmente la crisis política del gobierno Samper, generó agudos enfrentamientos entre distintos aparatos del estado, debido a la intensa judicialización de la crisis política. Por no citar sino unos pocos ejemplos, el procurador, quien fue acusado por la fiscalía por enriquecimiento ilícito, investigó disciplinariamente al fiscal y a sus principales colaboradores, al fiscal por una supuesta irregularidad en un contrato administrativo cuando se desempeñaba como ministro de educación. Por su parte la corte suprema no solo detuvo a numerosos congresistas sino que además ordenó la suspensión del procurador por interferencia en los procesos adelantados por esta corporación. Finalmente la fiscalía detuvo al procurador y recibió en indagatoria a tres de los ministros de Samper. Contra estos últimos dictó medida de aseguramiento pero no los detuvo, pues los procesos eran únicamente por encubrimiento, delito que no supone la privación de la persona durante la investigación²⁴⁰.

Esta crisis institucional demuestra la injerencia de las empresas mafiosas en la política, además de la corrupción instaurada como práctica política, estos fenómenos no pueden ser eludidos al analizar la aplicación del derecho de

²³⁹ DERCHOS HUMANOS, Op. Cit., p.23.

²⁴⁰ UPRIMMY YEPES, Rodrigo. El Laboratorio Colombiano: narcotráfico, poder y administración de justicia en DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p. 388.

emergencia pues los mismos, aminoran las condiciones para la existencia de un pacto social, además de incentivar la justicia privada, la parapolítica y la exclusión.

“El impacto del narcotráfico sobre la justicia colombiana ha sido no solo profundo sino también muy negativo para la consolidación del estado de derecho en el país, pues ha incrementado el autoritarismo jurídico, la cultura de la excepcionalidad política y la fragmentación institucional, al mismo tiempo que ha reducido la autonomía nacional en el diseño de las políticas contra las drogas y generado una constante interferencia entre la política y el derecho, que no ha sido en general benéfica. Buena parte de este impacto se llevó a cabo a través de normas de excepción²⁴¹.

La política impuesta por Estados Unidos para el tratamiento de este fenómeno le agrega a la noción del enemigo interno una nueva característica, puesto que ya el mismo no solo es el rebelde, el insurrecto, es el que participa de la cadena productiva de los narcóticos, con el agravante que los grandes capos tienen posibilidad de negociar o de comprar la justicia, mientras los pequeños cultivadores que dada la crisis económica del país no encontraron otra opción para sobrevivir, enfrentan el rigor de esta política, especialmente la población campesina.

La política antidrogas ha incrementado el peso de los militares en los aparatos del estado (facultades de retención de personas, posibilidades de registro sin orden judicial, etc.), estas operaciones se adelantan con criterios bélicos no siempre respetuosos de la dignidad humana. Así el narcotráfico ha contribuido en la configuración del autoritarismo en Colombia a través de continuas reformas judiciales producidas durante la excepción.

“El derecho internacional de las drogas es un típico localismo globalizado, ya que las orientaciones internas de los Estados Unidos sobre la materia fueron convertidas en tratados vinculantes que a su vez no solo han reforzado las tendencias prohibicionistas en ese país, sino que han condicionado fuertemente todas las políticas nacionales, pues han excluido o marginado las otras opciones en ese campo”²⁴², así, la aplicación de a la agenda estadounidense contra el negocio de las drogas en Colombia ha contribuido en la construcción de un derecho penal máximo produciendo con ello la criminalización de múltiples fenómenos y complejizando el conflicto en el país.

La ansiedad y el caos, producto de la violencia desatada en el país por el narcotráfico y las continuas disputas con las fuerzas guerrilleras permitieron que la candidatura de Pastrana capitalizara este ambiente en favor de su oportunismo político configurando otra expresión del derecho de emergencia, el denominado populismo punitivo.

²⁴¹ Ibid., p. 389.

²⁴² Ibid., p. 403.

Indudablemente el ascenso de la lucha guerrillera y la escalada de las acciones del narcotráfico y del paramilitarismo, como hechos mediáticos en la sociedad Colombiana, sumado a los escándalos suscitados en la administración de Samper, contribuyeron a la implantación del plan Colombia dentro de la estrategia contra las drogas con claros matices contrainsurgentes, extrañamente mientras se endurecía las penas en materia legislativa, en sus discursos Pastrana posicionaba el tema de la paz, contradictoriamente preparaba todo el ordenamiento jurídico para la guerra, se brindaban todas las condiciones para la expansión punitiva.

La nueva organización del estado implicaba la construcción de un nuevo estatuto, surge en 1998 una propuesta de estatuto penal, que sería sancionada mediante ley 599 del 2000 por el presidente Andrés Pastrana.

El proyecto constaba de dos libros dedicados, respectivamente a las partes general y especial, y se destaca entre sus innovaciones las siguientes: En primer lugar aspiraba a sistematizar la legislación penal entonces dispersa en un solo estatuto punitivo; en segundo lugar pretendía poner la legislación penal a tono con la nueva constitución, los tratados internacionales suscritos por el estado Colombiano y las desiciones de los más altos tribunales de justicia; en tercer lugar, introducía diversas precisiones dogmáticas en materia de normas rectoras, dolo eventual, contravenciones penales, teoría de la culpa o imprudencia, concepción de la omisión, concursos de personas en la conducta punible, causales de exclusión de la responsabilidad penal, error de prohibición e inimputabilidad; en cuarto lugar unificaba todo el régimen de sanciones penales al consagrar nuevas especies de castigo y establecer como pena privativa de la libertad máxima la de cuarenta años de prisión, al mismo tiempo señala un lapso de veinte años de intención como máximo de las medidas de seguridad imponibles a los inimputables. En quinto lugar se observa un replanteamiento de los bienes jurídicos objeto de tutela, pues establecía una nueva distribución y fisonomía de los títulos de la parte especial, que ahora parecían encabezados por los atentados contra la vida y la integridad personal, como es tradicional en los códigos penales liberales y no como en los estatutos autoritarios, con las figuras contra el régimen constitucional y la organización estatal. En sexto lugar a tono con lo anterior, se eliminaba del catálogo de mandatos y prohibiciones algunas figuras punitivas y se introducían otras cuya necesidad era indiscutible; en séptimo lugar en términos generales se trataba de un proyecto que posibilitaba pese a sus vacíos, un mejor ejercicio de la actividad punitiva del estado de cara al nuevo milenio.²⁴³

Pese a las nuevas modificaciones este nuevo código estaba lejos de haber logrado una reforma de fondo en sus instituciones penales, es más el nuevo códigos no es sustancialmente distinto del de 1980, sino que se complementa y trata de recoger los aportes de la doctrina y la jurisprudencia producidos durante el lapso en el que rigió aquél.

²⁴³ VELÁSQUEZ, Op. Cit., p. 203.

“Así mismo es un estatuto muy duro desde el punto de vista punitivo, pues así sea cierto que disminuye la pena privativa de la libertad de 60 a 40 años, también es cierto que aumenta los mínimos para diversas figuras punibles y endurece los criterios de determinación judicial de la pena”²⁴⁴

El mencionado código modifica las funciones de la pena, en tanto que se especifica con mayor lucidez lo que ello implica. La prevención general, la retribución justa y ejemplar, la prevención especial, la reinserción social y la protección al condenado son las funciones que se podrían llamar declaradas o manifiestas, pero existen por efecto contrario, las funciones simbólicas o no declaradas que forman parte del fundamento recóndito del proyecto consistentes en: Una función política que consiste en mantener el statu quo y además trata de combatir a los enemigos políticos del régimen imperante en cabeza del estado. Una función sicosocial consistente en satisfacer la vindicta pública y el refuerzo de la cobertura ideológica, es decir ocultar la raíz del problema aislando al individuo que delinque en un centro penitenciario. Y por último una función económica mediante la cual el estado regula el mercado de trabajo y reproduce las escalas sociales²⁴⁵.

Efectivamente las funciones subyacentes en este proyecto se ven reforzadas a través de otras disposiciones jurídicas políticas como lo es el plan Colombia, que se presentó como una propuesta integral de paz acordada con el gobierno de Norteamérica.

“El plan Colombia sostiene que el estado es supuestamente débil y no tiene presencia nacional como explicación de los problemas del país. En el plan se incluye el respaldo al proceso de paz, reformas económicas y ajustes estructurales en la vena del consenso de Washington, modernización de las fuerzas armadas, intensificación de la lucha antinarcóticas y reforma judicial”²⁴⁶ Se contemplaba la provisión de recursos materiales a través de la ayuda militar (inteligencia tecnológica, entrenamiento, armamento, dotaciones y material de intendencia, entre otros,) y el financiamiento directo, hasta convertir al país en el principal receptor del hemisferio occidental.

Sin embargo las repercusiones de dicho plan, no fueron las más satisfactorias. En primer lugar no cumplieron con el objetivo de acabar con la producción de narcóticos, por el contrario amplios lugares de la geografía Colombiana fueron colonizados para continuar con la producción de los cultivos de uso ilícito, además se utilizaron métodos no convencionales como la fumigación con glifosato, que afectó notablemente la economía campesina y produjo enfermedades en las

²⁴⁴ Ibíd., p. 201.

²⁴⁵ NAVAS CORONA, Op. Cit., p. 185.

²⁴⁶ VEGA CANTOR, Renán. La dimensión internacional del conflicto social y armado en Colombia. Injerencia de los Estados Unidos, contrainsurgencia y terrorismo de estado en Conflicto social y rebelión armada en Colombia. Ensayos críticos. Bogotá: Editorial gentes del común, 2015. p. 415.

comunidades que habitan en zonas de producción de estos cultivos, violando así sus derechos.

Más que el aporte al propósito de la paz en el país, este plan realmente fomentó la militarización de los poderes públicos, puesto que la justicia en relación a estos fenómenos quedaba ligada a la coordinación de operativos militares; el narcotráfico y la insurgencia como blancos de dicho plan, en el marco de la visión del enemigo interno recibían un tratamiento bélico obviamente coartando los derechos y garantías que normalmente deberían poseer los procesados.

Los operativos militares se dirigieron hacia zonas específicas, afectando con ello a poblaciones que no hacían parte de los blancos en mención, violando el principio de distinción y obligando a civiles a soportar el rigor de la guerra.

La política criminal por tanto se militarizó y enfocó la persecución penal hacia esos fenómenos, utilizando la represión como primera medida, se instauró la lógica de la prevención y las amenazas a la integridad y seguridad del estado serían las poblaciones marginadas que por las condiciones de exclusión vivían en las llamadas zonas rojas, donde los actores del conflicto cohabitaban.

De igual manera, al agudizarse la guerra, el fenómeno del paramilitarismo se propagó, la justicia privada en procura de acabar con el enemigo interno se incrementó; “La dimensión privada está expresada en la configuración de una organización compleja de combatientes a sueldo ocupados centralmente en la persecución de los fines políticos de la guerra contrainsurgente que hace parte del orden estratégico determinado por el aparato estatal, pero también en la búsqueda de beneficios privados en lo local, como contraprestación de lo anterior”²⁴⁷.

Toda la preparación del estado para la guerra se dio a la par con el desarrollo del proceso de paz con la guerrilla de Las Farc en San Vicente del Caguan. “Con base en la ley 418 de 1997, el gobierno expidió en octubre 14, la resolución No.85, mediante la cual le reconoció a la organización guerrillera su carácter político como premisa para iniciar los diálogos e hizo posible la desmilitarización del municipio donde estos se llevarían a cabo.

El Presidente Andrés Pastrana (1998-2002), asume el poder comprometido en un agresivo proceso de paz con las FARC-EP que se da sin el establecimiento de un cese al fuego o una tregua preliminar, sino, en medio de la Guerra, lo cual desde el comienzo va generar múltiples dificultades dada la dinámica ofensiva en que viene la guerrilla. El proceso de Paz adelantado por esta administración, es una especie de repliegue político del Estado, ante el nivel de confrontación alcanzado por la insurgencia; en ese repliegue, se

²⁴⁷ ESTRADA ÁLVAREZ, Jairo. Acumulación capitalista, dominación de clase y rebelión armada en Conflicto social y rebelión armada en Colombia. Ensayos críticos. Bogotá: Editorial gentes del común, 2015. p.287.

reconstruye la moral de las fuerzas armadas, se fortalece y moderniza la institución militar y se implementa el Plan Colombia, como un plan antidroga²⁴⁸.

Las dos partes suscribieron una agenda de 12 puntos que servirían de guía para la mesa nacional de negociación. Entre sus puntos más relevantes incluía la reforma política y judicial, el modelo de desarrollo y la estructura agraria, así como tópicos relativos al derecho internacional humanitario, las relaciones internacionales, el narcotráfico, el medio ambiente y el fenómeno paramilitar. Igualmente el ELN acordó con el gobierno instalar la mesa de negociaciones en el noreste de Antioquia y el sur de bolívar y llevar a cabo la convención nacional acordada con el presidente en abril del 2000.

Sin embargo la continuidad del enfrentamiento bélico, dio a luz a una crisis en los procesos de negociación. En medio de dichas dificultades se emite la ley 684 de 2001, conocida como estatuto para la seguridad y defensa nacional, que se encarga de militarizar las funciones de persecución penal entregando facultades importantes en la lucha contra los fenómenos que atenten contra la seguridad del estado a las fuerzas armadas, enrareciendo con ello aún más el clima de las conversaciones con las insurgencias. Sin embargo la corte en sentencia 251 del 2002, declaró inexecutable esta ley puesto que pretendía regularizar permanentemente acciones que se utilizan bajo la declaratoria de los estados de excepción.

Sin embargo el gobierno rompió los diálogos con el ELN en el 2001, con el argumento de que las operaciones militares de la guerrilla minaron la confianza del gobierno en su voluntad de paz. Igualmente en febrero de 2002 se terminan los diálogos con Las Farc. Pese a los esfuerzos de los amigos del proceso de paz, el presidente ordenó la recuperación de la zona de distensión a las fuerzas militares, paralelamente a ellas las AUC tendieron un cerco sobre la zona. Nuevamente la guerra se apoderó del país.

En desarrollo de su función política de combate y exterminio del enemigo comunista, este mercenarismo paramilitar, articulado en las llamadas autodefensas unidas de Colombia (AUC) encauzó la guerra esencialmente contra la población civil calificada como insurgente, adelanto estrategias de control territorial fundamentadas en la generalización del terror y en la activación de técnicas fascistas de muerte e impuso nuevos ordenes locales de dominación sustentados en la violencia y el despojo²⁴⁹

La concepción del enemigo interno había sustentado ideológicamente el accionar privado de las fuerzas armadas contrainsurgentes, las fuerzas armadas legales e

²⁴⁸ MEDINA GALLEGO, Op. Cit., p. 43.

²⁴⁹ ESTRADA ÁLVAREZ, J Op. Cit., p. 288.

ilegales configuraban su dominio dentro de la política nacional, estableciendo un poder subyacente al aparente estado de derecho.

Para el nuevo milenio, el gobierno propone al país un nuevo código de procedimiento penal que en realidad, “no es sustancialmente distinta a la normativa de 1991; aunque matizó la estructura de la mal denominada ‘*jurisdicción regional*’, y dispuso la instancia del juzgamiento a través de un conjunto sucesivo de audiencias públicas. Por lo demás, dicho Código también eliminó la figura de la acción penal, porque adaptó un sistema multilateral de jueces con amplias facultades jurisdiccionales concentradas en el Fiscal, propias del Juez del conocimiento y del antiguo Ministerio Público. Finalmente, continuaron vigentes instituciones tan importantes como la conciliación y la sentencia anticipada, a la par que se eliminó la dudosa figura de la audiencia especial como mecanismo privatizador de la acción. Asimismo, se mantuvieron las instituciones de la delación y la negociación. Dicha normativa introdujo un amplio título preliminar de normas rectoras, vinculadas a la aplicación del debido proceso²⁵⁰.

Cabe destacar que si bien la justicia sin rostro aparentemente se desmonta, la ley 104 creó los llamados jueces penales de circuito especializado, que conservan la competencia para juzgar los mismos delitos que conocían los jueces sin rostro, bajo trámites también especiales violándose el principio de igualdad ante la ley.

La ley 600 se caracterizaba por tener un sistema inquisitivo, donde el derecho a la defensa del procesado era reducido, por lo cual la detención preventiva se convirtió en una regla general en materia de política criminal, empero el abuso de esta facultad que violaba el debido proceso, las garantías del procesado y la presunción de inocencia, fueron de alguna manera limitadas por los criterios que estableció la corte en la sentencia C774 del 2001 para la procedencia de la privación de la libertad. Sin embargo el criterio del peligro ante la sociedad resulta siendo bastante ambiguo y susceptible de múltiples interpretaciones que de alguna manera, anteponiendo en muchos casos el punitivismo sobre el garantismo.

Como se trata sólo de destacar la orientación político criminal y los rasgos ideológicos de las reformas, quizás sea suficiente con resaltar, por sus desastrosos efectos en la legislación sustantiva, la creciente autonomía del proceso penal como mecanismo de control, en tanto pareciera que ahora el objetivo de la persecución penal no fuera ya (o al menos no sólo) la imposición de una pena por el delito cometido, sino procesar a quien se cree que lo ha cometido. Tal hecho se manifiesta principalmente a través de un predominio de la detención preventiva como objetivo concreto de la persecución penal, que la está convirtiendo en un equivalente funcional de las medidas de

²⁵⁰ POSADA MAYA, Op. Cit., p. 27.

seguridad predelictuales, con un claro predominio de las nociones de peligrosidad y defensa social²⁵¹.

Es este modelo policivo y punitivo el que propicia el tránsito del enemigo relativo (el disidente político que ejerce la violencia, el rebelde combatiente) hacia el enemigo absoluto (discriminado como terrorista criminal de lesa humanidad).

“Los incidentes del 11 de septiembre en Nueva York, impactan profundamente la dinámica de los diálogos y los esfuerzos de Paz de la administración Pastrana llegan a su fin. Se redefine el proceso que se adelanta en el país y la lucha internacional de USA contra el terrorismo se coloca a la orden del día, incluida Colombia”²⁵².

La lucha internacional en contra del terrorismo promovida a raíz de estos sucesos, faculta la intervención militar de las potencias multilaterales sobre los países en los que se desarrolla este fenómeno. Por tanto se globaliza la concepción del enemigo interno, el enemigo no solo atenta contra la estabilidad y la seguridad del estado en su país, atenta contra el orden jurídico mundial.

La corriente de expansión de la jurisdicción universal en materia de persecución de crímenes de lesa humanidad, se trunca tras los atentados del 11 de Septiembre 2001 en Nueva York por la absoluta prevalencia de la criminalización de la resistencia a través de las denominadas “políticas antiterroristas” de las que se nutre la difusa e imprecisamente denominada “Guerra contra el terrorismo”. De esta forma, la Administración Bush – gobernante entonces en los EEUU- persigue volver a la unilateralidad a la que aspiraba tras la derrota política de la Unión Soviética y que permitirá a la única potencia internacional sustraerse al cumplimiento del Derecho Internacional²⁵³.

La “Guerra contra el terrorismo” no es más que la actualización y elevación a categoría de pseudo derecho internacional de lo que fueron los principios básicos de la denomina “Doctrina de la guerra contrainsurgente” o “Doctrina de la seguridad nacional”, Estados Unidos con ello se abogó la facultad de la persecución penal mundial bajo la combinación de acciones políticas, jurídicas y militares de intervención.

En la actualidad, no existe legislación o normativa jurídica alguna que regule las “*listas*” de *organizaciones terroristas* que se confeccionan tanto por la UE como por los EEUU. Dichas listas, de orden únicamente administrativo, se elaboran exclusivamente atendiendo a decisiones adoptadas por ministros o representantes-delegados de estos, -tanto en la UE como en los EEUU-

²⁵¹ SOTOMAYOR ACOSTA, Juan. Las recientes reformas penales en Colombia. Un ejemplo de irracionalidad legislativa. Revista Nuevo foro penal No71. 2007. p.25.

²⁵² MEDINA GALLEGOS, Op. Cit., p. 44.

²⁵³ ROMERO, Enrique Santiago. Terrorismo o rebelión. Aspectos jurídicos globales. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=138578>

prescindiéndose para la adopción de la decisión de inclusión de personas o colectivos en las mismas de cualquier reglamentación o intervención de instituciones legislativas o judiciales. Es tal la falta de regulación, que incluso en la elaborada por las autoridades federales de los EEUU ni siquiera quedan claro para estas los mecanismos para suprimir o expulsar, cualquier previa inclusión en dicha lista²⁵⁴.

La designación de Las Farc EP como el grupo terrorista más peligroso del hemisferio y la presunción estadounidense de sus vínculos con Eta, el IRA, incluso Al Qaeda, fueron utilizadas por el gobierno para ponerles precio a las cabezas del secretariado de este grupo y lograr que la unión europea lo incluyera en su propia lista de organizaciones terroristas.

Con ello el conflicto armado interno Colombiano se internacionaliza y se desarrolla una persecución mundial a los rebeldes nacionales, con el agravante de que en la actualidad, existen en los tribunales europeos y de los Estados Unidos varios procedimientos judiciales contra personas acusadas de pertenecer o mantener vínculos con colectivos beligerantes en el conflicto armado interno, procedimientos que buscan por parte del estado colombiano, la criminalización de los movimientos sociales y de solidaridad internacional con Colombia.

Violando el derecho internacional y el principio de distinción, esta persecución en contra del terrorismo se convierte en una guerra contra civiles que disienten de las políticas de los regímenes nacionales y de las prerrogativas multilaterales, estaríamos en un escenario de criminalización mundial de la protesta social.

La tipificación del terrorismo y su transversalización en la política criminal conduce a la desaparición del delito político y por ende al trato que el estado le brinda al mismo. En Colombia la ambigüedad del tipo penal de terrorismo, además de la justicia especializada para su trámite, extermina la posibilidad del tratamiento benigno otorgado a los delitos políticos. Desdibuja la comisión del delito político, pues el alzamiento en armas como característica esencial de la rebelión queda subsumida en los actos terroristas, este hecho implica la criminalización del opositor político que no se encuentra alzado en armas, puesto que la rebelión bajo este nuevo enfoque de la política criminal queda reducida al disenso del orden jurídico y político.

El terrorismo refuerza la teoría de Schmitt y los estados tienen ya no solo la facultad sino el deber de declarar la guerra a los estados terroristas, a los terroristas presentes en el mismo estado.

En ese contexto de auge de la noción del enemigo desde la lucha internacional contra el terrorismo, la reingeniería de las fuerzas armadas, la implantación del

²⁵⁴ Ibid.

plan Colombia y en medio de la continuidad y fortalecimiento de la lucha insurgente, llega al poder Álvaro Uribe Vélez

El electo presidente Uribe, se presenta ante la opinión pública con un pasado ligado al narcotráfico y al paramilitarismo y una controvertida carrera política que lo ha paseado por distintos escenarios de gobierno con posturas radicales y marcadamente independientes de los lineamientos tradicionales del partido Liberal del que proviene y del cual se libera para aspirar en forma independiente a la presidencia²⁵⁵.

El 11 de Agosto del 2002, cuatro días después de la toma de posición el gobierno de Uribe, decreta el estado de conmoción interior en todo el territorio nacional mediante el decreto 1837 “que tenía un largo considerando en donde se exponían de forma exhaustiva los hechos perturbadores del orden que motivaban la declaratoria de la excepcionalidad. Se resalta la debilidad del Estado para combatir ataques terroristas y prevenir ataques a infraestructura de servicios esenciales –como oleoductos-, la comisión de delitos de lesa humanidad que situaban a Colombia en la cifra más alta de criminalidad que coloca al país a las puertas de la disolución social. Además, menciona las amenazas a los legítimos representantes de la democracia y alude a la sensación de desgobierno en amplias zonas de la nación, desestabilizando el sistema democrático y se concluye que es impostergable la adopción de medidas extraordinarias, transitorias pero eficaces para devolver a los colombianos su seguridad personal y colectiva y recuperar la vigencia de los derechos y las libertades públicas.

Tras la revisión por parte de la Corte se determinó que dicho decreto estaba acorde por lo dictaminado en la Constitución mediante la sentencia C-802 de 2002. “En consecuencia, Uribe aprovechó al máximo los nuevos poderes que le fueron conferidos expidiendo un total de 17 decretos relacionados con el objetivo de enfrentar a la delincuencia y recuperar la seguridad especialmente en las zonas donde había mayor influencia de los grupos armados al margen de la ley”²⁵⁶

Todos estos decretos estuvieron encaminados a generar las condiciones para imponer la política de seguridad que había propuesto el gobierno con el objeto de acabar con las amenazas que presentaba el país. Algunas de estas disposiciones fueron:

En medio del estado de excepcionalidad se profirió el decreto 1838 de 2002-declarado constitucional mediante sentencia C-876 de 2002-, en el que se creaba un impuesto especial destinado a mejorar la insuficiencia de recursos en el presupuesto nacional necesarios para financiar las diferentes políticas de seguridad que se implementarían durante el gobierno de Uribe. Igualmente el

²⁵⁵ MEDINA GALLEGU, Op. Cit., p. 227.

²⁵⁶ REVENEGA, Miguel y GIRÓN, Emilia. La Corte Constitucional colombiana ante las medidas de seguridad y defensa nacional del gobierno Uribe. Bogotá: Estudios Socio-Jurídicos, 2004.

decreto 2001 de 2002 aumentó la competencia de los jueces penales del circuito para conocer delitos de mayor impacto social como terrorismo y narcotráfico con el fin de atribuirles conocimiento sobre otras prácticas delictivas, como las de lesa humanidad. “La Corte aprobó el decreto mediante sentencia C-1064 de 2002 aclarando que dicha competencia no era retroactiva, es decir, sólo aplicaba para los delitos cometidos durante la vigencia del decreto”²⁵⁷.

Empero, el soporte de este estado de Excepción lo constituye el Decreto 2002 del 9 de Septiembre de ese año, por el cual se adoptan medidas para el control del orden público y se definen los territorios militarizados a los cuales se les tilda de zonas de rehabilitación y consolidación.

Nuevamente el ejercicio de excepcionalidad para la construcción de políticas públicas y para direccionar la política criminal se instaure en el país con el propósito de lograr la pacificación violenta a partir de la propuesta del estado comunitario

Este decreto entre otros aspectos señala que los principales soportes de la acción delincencial... se encuentran, por una parte, en la mimetización de sus integrantes dentro de la población civil, el ocultamiento de sus equipos en las poblaciones y el constante abastecimiento que funciona en los lugares que permanecen... A partir de esta percepción, el decreto establece las principales medidas de restricción de derechos y libertades adoptadas en el desarrollo de la conmoción interior, establece el procedimiento para definir las Zonas de Rehabilitación y consolidación, así como las reglas operativas dentro de ellas, la delimitación de las zonas corresponde al Presidente, quien decide también un comandante militar, bajo cuyo control operacional quedan todos los miembros de la Fuerza Pública. La resolución presidencial 129 del 21 de Septiembre de 2002 delimita inicialmente dos zonas de Rehabilitación y Consolidación: Arauca y Sucre y Bolívar. El decreto contiene graves restricciones a los derechos humanos, permitiendo entre otras cosas la captura de personas sospechosas por parte de la fuerza pública sin autorización judicial o con solo la comunicación verbal de autorización judicial previamente escrita; la intercepción o registro de comunicaciones; registros domiciliarios y allanamientos sin autorización judicial. Igualmente incluye disposiciones particulares para los municipios que conforman las zonas: Se faculta a la Fuerza pública para recoger, verificar, conservar y clasificar información acerca del lugar de residencia y la ocupación de los residentes y de quienes transitan o ingresan a la zona de Rehabilitación; se limita el derecho de circulación y residencia, a través de medidas como el toque de queda, retenes militares, permisos especiales necesarios para el tránsito, circulación o permanencia restringida o prohibida de personas o vehículos en horas y lugares determinados; se impone la obligación a las autoridades civiles o militares de control de todo desplazamiento fuera de la zona de

²⁵⁷ Ibíd.

residencia habitual; se establece la privación de la libertad a conductores y auxiliares de transporte sospechosos de transportar carga destinada a auxiliar a alguna organización delictiva o a sus miembros, se restringen los derechos a las personas extranjeras. En general las medidas están acompañadas por un marcado incremento del pie de fuerza militar y policial. Al partir de la presunción que la población civil colabora con los grupos guerrilleros, los habitantes de las zonas de rehabilitación y consolidación son víctimas de abusos y vejámenes por parte de la Fuerza Pública, generándose un cuadro crítico en materia de Derechos Humanos y DIH. Este proceso se comienza a institucionalizar y a generalizar con la implementación de la política de Seguridad democrática²⁵⁸.

Las zonas de consolidación se convertirían en lugares especiales donde la regulación jurídico penal tendría unas connotaciones especiales por cuanto la militarización de la función penal socavaría las garantías y derechos humanos de las personas que habitaran dichos espacios, las fuerzas armadas tendrían facultades plenas para dirigir sus acciones militares con carácter punitivo. La estigmatización y criminalización de la población civil no daría espera, el sacrificio de inocentes es uno de los costos de la implantación del derecho penal del enemigo, que bajo eufemísticas denominaciones disfraza al terrorismo de estado.

“El estado de excepción fue prorrogado a través de los decretos del 2555 de noviembre de 2002 y el 245 de febrero de 2003. El primero fue declarado constitucional mediante la sentencia C-063 de 2003 puesto que las razones que se aducían en el decreto para continuar con el estado de excepcionalidad eran justificadas, sin embargo, la segunda prórroga no fue avalada mediante el fallo C-327 de 2003 puesto que la Corte consideró que el Ejecutivo forzó al Senado a pronunciarse sobre la excepcionalidad al atentar contra su autonomía puesto que dicha deliberación se dio en sesiones parlamentarias extraordinarias convocadas entre el 17 y 26 de diciembre y no se dio el tiempo suficiente para que los legisladores estudiaran con detenimiento la propuesta”²⁵⁹.

Como resultado de los 180 días de Conmoción Interior, Colombia se encontró con nuevos impuestos, fuerzas armadas fortalecidas, entidades gubernamentales fusionadas o suprimidas (embajadas, consulados), con la excusa de la necesidad de reducir el tamaño del Estado para disminuir costos y la base de lo que serían los siguientes siete años de gobierno de Álvaro Uribe que, enfocados en la lucha de frente contra las que se considerarían amenazas contra la seguridad, sin importar los fuertes roces que se generarían entre el Ejecutivo y miembros de la oposición, organismos de protección a los derechos humanos, altas Cortes, entre otros

²⁵⁸ MEDINA GALLEGOS, Op. Cit., p. 227.

²⁵⁹ REVENEGA y GIRÓN, Op. Cit., p. 203.

La propuesta de estado comunitario del gobierno de Uribe se sustentaría en elementos como: centralización absoluta del poder del Estado en el Ejecutivo, control y disminución del Congreso, fortalecimiento del aparato militar, recorte y negación de las libertades democráticas, reducción de los derechos del pueblo a cambio del ofrecimiento de seguridad, vinculación de los sectores más corruptos y violentos de las clases dominantes a las actividades de la administración del Estado y del ejercicio directo de la política y, lo que le sumará como presidente, una estrechas relaciones bilaterales con los Estados Unidos regidas por la lucha contra el terrorismo, narcotráfico e impulso de la política económica de libre mercado norteamericana a través de los tratados de libre comercio²⁶⁰.

Pero indudablemente la política central de su administración es la seguridad democrática. Desde su campaña presidencial las manifestaciones del populismo punitivo fueron totalmente evidentes, la promesa de seguridad como derecho requisito para el cumplimiento de las demás garantías y la política de mano dura en pro de la recuperación del país, permitió popularizar un discurso vengativo en la sociedad Colombiana, estableciendo que el punitivismo reforzaría los consensos morales de un tejido social roto por el mayor enemigo: el terrorismo.

Durante los gobiernos de Uribe Vélez, en el marco de su política de seguridad democrática, se produjo una cohesión del bloque en el poder frente a la perspectiva de una solución militar al conflicto social y armado. Su mando se unificó y centralizó en cabeza del presidente de la república. El laboratorio de guerra contrainsurgente que se elaboró y fue puesto en marcha para la pacificación y la reconquista del Urabá Antioqueño durante la gobernación de Uribe Vélez en Antioquia se expandió al territorio nacional. La guerra fue renombrada como una amenaza terrorista, despojándola de cualquier entendimiento histórico, político o social²⁶¹.

La política de seguridad y defensa es un documento marco mediante el cual el Gobierno nacional traza las líneas básicas de las Seguridad Democrática, con el propósito de proteger los derechos de los colombianos y fortalecer, con la solidaridad de la ciudadanía, el estado de derecho y la autoridad democrática. Se define como una política de Estado de largo plazo, para desarrollar en coordinación con todas las entidades del Gobierno y de las demás ramas del poder, en la medida en que se concibe cómo la verdadera seguridad depende no solo de la capacidad de la fuerza pública de ejercer el poder coercitivo del estado, sino, de la capacidad del poder judicial de garantizar la pronta y cumplida administración de justicia, del gobierno de cumplir con las responsabilidades constitucionales del Estado y del Congreso de legislar teniendo presente la seguridad como un bien común de la sociedad. El documento expone los fundamentos de la política, señala las principales

²⁶⁰ MEDINA GALLEGOS, Op. Cit., p. 228.

²⁶¹ ESTRADA ÁLVAREZ, Jairo. Acumulación capitalista, dominación de clase y rebelión armada en Conflicto social y rebelión armada en Colombia. Ensayos críticos. Bogotá: Editorial gentes del común, 2015. p.289.

amenazas que pesan sobre la democracia colombiana y la seguridad de los ciudadanos, enumera los objetivos estratégicos de la política de seguridad y formula las líneas de acción que conducirán al cumplimiento de los objetivos formulados²⁶².

La seguridad democrática como una expresión del populismo punitivo, el derecho penal del enemigo y el eficientismo penal permitieron reforzar la prevención general positiva, otorgándole legitimidad a un estado y a su legislación encaminada para la guerra, gobernando irónicamente a través del delito.

“Esta polarización extrema de la sociedad de acuerdo con la lógica amigo-enemigo, propicio la construcción de lealtades de masas frente a la seguridad democrática y la lucha contra el terrorismo, mediante la creciente incorporación de sectores de la población civil a la guerra a través de las redes de informantes y cooperantes”²⁶³

La desinstitucionalización de la función penal tomaría entonces algunas características particulares bajo estos presupuestos, pues la criminalización de organizaciones y movimientos sociales fue una práctica común de los regímenes autoritarios y la organización de ejércitos privados para su exterminio con el apoyo de las fuerzas militares también fue un común denominador, pero este gobierno impulsa ahora un trabajo de cooptación de masas como estrategia contrainsurgente, se involucra a civiles que quieran trabajar en este propósito mediante una remuneración económica, toda la sociedad se involucra por tanto en la lógica bélica.

Otra medida implantada durante ese gobierno fue el Acto Legislativo 02 de 2002 que aún sigue vigente y modificó los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución. Con dicha reforma, la Fiscalía pierde las facultades de Juez de Instrucción, centrándose en la acusación e investigación. En el año 2003 nuevamente se emite un Acto legislativo no. 2 “Por medio del cual se modifican los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución Política de Colombia para enfrentar el terrorismo”, el soberano invade las funciones del legislativo y modifica los consensos surtidos den la constituyente de 1991.

Este acto fue tramitado finalmente en el congreso y llevaría el nombre de estatuto antiterrorista, lo cual muestra como en un régimen de excepción, los actos del presidente adquieren fuerza de ley, además se sigue presentando el desequilibrio entre los poderes puesto que hay un dominio del poder ejecutivo frente a las demás ramas, que le garantiza la posibilidad de modificar la constitución en favor de sus intereses con un discurso que de especial importancia al punitivismo.

²⁶² MEDINA GALLEGU, Op. Cit., p. 230.

²⁶³ ESTRADA ÁLVAREZ, Op. Cit., p. 290.

La posible normalización de la excepción mediante esta operación, que cumple además los parámetros de la operación “blanqueo”, no fue posible dado que un gran número de ciudadanos en su nombre o en nombre de organizaciones demandaron el acto legislativo 02 de 2003 ante esta instancia, razón por la cual la Corte Constitucional procedió a la revisión del caso. Mediante sentencia C-816 de 2004 la Corte Constitucional señala que los actos legislativos son objeto de revisión sólo con respecto a los procedimientos que éstos deben seguir para que el Congreso de la República realice modificaciones o reformas a la constitución, es decir, que si la Corte se pronuncia es sólo “por vicios de procedimiento en su formación” siendo este el único límite que tiene el Congreso en el trámite de la reforma²⁶⁴.

Esta sentencia permite constatar que la corte insistía en su rol de control político y jurídico, pese a las múltiples limitaciones existentes en el desarrollo de un estado autoritario.

Empero, el gobierno punitivo de Álvaro Uribe poseía diversas herramientas para el cumplimiento de sus propósitos de fortalecimiento de la guerra contrainsurgente, la implementación del plan patriota, como una continuación de la política establecida por el plan Colombia permitió establecer como objetivo central: La ocupación territorial de todo el espacio nacional por parte de las fuerzas militares del estado, configurándose así lucha antinarcóticos, como lucha antiterrorista.

“El comando sur participa en el diseño e implantación del plan patriota, al que Estados Unidos suministra mil millones de dólares anuales durante tres años y pasa a dirigir el manejo de radares y satélites en el territorio Colombiano, es decir, controla la información y la inteligencia”²⁶⁵

La política de seguridad democrática en su articulación con el plan patriota permitiría potenciar la injerencia de Estados Unidos en las definiciones políticas y militares que incidirían obviamente en la visión del tratamiento al conflicto interno. El comando de las acciones militares por parte de efectivos estadounidenses denotaría la subordinación del país y por ende la entrega del control del territorio. Colombia se convertirá en una especie de laboratorio de guerra de los Estados Unidos en su combate frontal del enemigo.

La nueva política criminal requería un proceso penal acorde a estas nuevas tendencias, surge así la ley 906/2004, la cual fue aprobada a partir de una previa y quizás innecesaria reforma constitucional (acto legislativo 03/2002), que instauró un sistema de tendencia acusatoria y oral.

²⁶⁴ PARRA, Ana María. Estado de excepción en Colombia: análisis del periodo presidencial 2002-2006. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Ciencia Política y Gobierno, 2013.

²⁶⁵ VEGA CANTOR, Renán. La dimensión internacional del conflicto social y armado en Colombia. Injerencia de los Estados Unidos, contrainsurgencia y terrorismo de estado en Conflicto social y rebelión armada en Colombia. Bogotá: Ensayos críticos. Editorial gentes del común, 2015. p. 417.

El ejecutivo continua abusando de sus funciones para incidir en el diseño de la política criminal bajo la imposición, y no mediante el equilibrio de poderes, característica mínima de cualquier democracia, sus disposiciones reformistas en la constitución se dirigen a otorgarle funciones judiciales a los cuerpos administrativos, propiciando la administrativización de la justicia, la configuración de un estado policía.

Este sistema plantea nuevas garantías al configurar un proceso de partes, con principios como lo es la publicidad del procedimiento de los órganos judiciales lo que implica un avance frente a la justicia secreta, la celeridad, la igualdad de las partes, la presunción de inocencia y la oralidad entre otros.

Este modelo procedimental profundizó el eficientismo penal como modelo de la justicia penal de emergencia. “Consagró tanto la posibilidad de acuerdos entre la fiscalía y el procesado como el principio de oportunidad, pero sus bases ya se encontraban en el CPP de 2000, que al igual que su homólogo penal del mismo año convirtió en legislación ordinaria y permanente gran parte de la legislación de emergencia anterior, entre otras la orientada a promover la colaboración del procesado, es decir, a facilitar su condena: beneficios por colaboración eficaz,, reducción de pena por confesión y la sentencia anticipada.

Esta configuración del proceso penal actual ha sido la opción escogida por el legislador colombiano para enfrentar (y ocultar) la tanta veces mencionada incapacidad investigativa del Estado. “En realidad, se trata de una política legislativa muy torpe desde el punto de vista práctico, ya que al déficit investigativo que por supuesto persiste habrá que agregar ahora los costos políticos de la desnaturalización del proceso penal, que paulatinamente deja de funcionar alrededor de la contradicción probatoria (es decir, deja de ser proceso) para hacerlo en torno a la confesión, la delación o la aceptación de cargos.”²⁶⁶.

El ejercicio punitivo del estado como una extensión de la guerra se manifiesta con claridad en el gobierno de Uribe, que lanza una ofensiva legislativa en torno la política criminal.

Para garantizar éxito en la aplicación del sistema acusatorio, basado en el eficientismo penal, en la producción de condenas obtenidas a través de los preacuerdos, es necesario realizar modificaciones en la normatividad penal enfocadas a incrementar las penas dadas las posibles negociaciones entre la fiscalía y el procesado. Surge entonces la “ley 890/2004 que propuso aumentar el máximo de la pena de prisión hasta los 60 años en caso de concurso de delitos y hasta los 50 para delitos en particular. Increíble fue el aumento generalizado de

²⁶⁶ SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Humberto. Las recientes reformas penales en Colombia, Op. Cit.

penas previsto en el art. 14, que ordenó para todos los delitos un incremento de la pena mínima en una tercera parte y del máximo en la mitad.”²⁶⁷

Este incremento de penas en un país caracterizado por la existencia de un conflicto social y armado desvirtúa la función resocializadora de la sanción penal, pues la misma se plantea con el fin de constreñir al acusado para la negociación con la fiscalía o para la aceptación de cargos. Este incremento también excluyó a varios delitos del beneficio de libertad condicional o prisión domiciliaria.

Para esta época el gobierno de Álvaro Uribe Vélez impulsaba otra reforma polémica a la constitución: La reelección inmediata.

La reelección inmediata se dio mediante un Acto Legislativo propuesto al Congreso durante el mes de diciembre de 2004, tras los debates pertinentes en ambas cámaras fue aprobado el proyecto en septiembre de 2005 que pretendía reformar el artículo 197 de la Constitución de 1991 que prohibía la reelección. A mediados de octubre la Corte Constitucional manifestó que el texto aprobado por el Legislativo era acorde con la Constitución, aprobándose así la reelección inmediata en Colombia, esta medida tuvo muchas polémicas, puesto que se consideraba que era una estrategia para que Uribe se mantuviera en el poder debido a su elevada popularidad, además, que se dio durante una coyuntura en la que se le criticaba su actitud laxa hacia los grupos paramilitares²⁶⁸

Efectivamente Uribe llega nuevamente al poder en el 2006, permitiéndose la continuidad del gobierno de la seguridad democrática, el avance del intervencionismo norteamericano y el respaldo a la salida militar, la terminación a sangre y fuego del histórico conflicto social y armado en Colombia, desde el enfoque contrainsurgente.

La administración de Uribe bajo los presupuestos políticos e ideológicos de la enemistad y en el contexto de la escalada paramilitar, justificó abiertamente el mercenarismo de las llamadas autodefensas y las definió como una reacción defensiva contra el terrorismo. “Se le concedió un status político autónomo, con lógicas, estructuras y operatividad propias, desligándolo de la función desempeñada en el bloque de poder contrainsurgente; se lo presentó como un actor más de la guerra, con el que se podía acreditar la iniciación de un proceso de paz tras los acuerdos de Santa fe de ralito de junio de 2003”²⁶⁹.

El reconocimiento político de las fuerzas paramilitares se configura como un hito histórico donde el estado acepta y legitima el accionar paramilitar como mecanismo de defensa de los sectores dominantes del país, ese acontecimiento

²⁶⁷ Ibid., p. 35.

²⁶⁸ REVENEGA y GIRÓN, Op. Cit.

²⁶⁹ ESTRADA ÁLVAREZ, Op. Cit., p. 291.

normaliza la práctica de eliminación del enemigo mediante ejércitos privados, otorgándole además una aparente legitimidad política como respuesta ante el crecimiento insurgente, en términos más coloquiales, la oligarquía para defenderse, debía aniquilar las amenazas existentes hacia su poder, bajo los medios que sea.

Irónicamente mientras se promovían diálogos con los paramilitares en la búsqueda de su incorporación a la vida civil, las acciones política y militares en contra de la insurgencia persistían, el enemigo interno tenía una clara connotación ideológica: el comunismo, por ello la lucha internacional contra el comunismo, incluyó a los países que apoyaban a los enemigos y terroristas, atacando con ello la nueva reconfiguración política emergente en Latinoamérica con el arribo de gobiernos demócratas y de izquierda.

Fruto de los pactos de San José de ralito se expide la ley 975 de 2005, conocida como ley de justicia y paz, cuyo objetivo como herramienta de la justicia transicional consistía en lograr la incorporación de los grupos armados, específicamente de los paramilitares a la vida civil, primando el derecho a la verdad, buscando justicia y garantías de no repetición.

Empero dichos objetivos, en el mismo diseño de la ley se anularon, por la consignación de prerrogativas confusas, que otorgaban beneficios desmedidos a los actores armados, haciendo imposible el derecho a la justicia y reparación de las víctimas.

Por consiguiente, a pesar de la formulación teórica de la exigencia de un castigo mínimo para los responsables de crímenes atroces, es factible que, en virtud de la acumulación de beneficios, la reducción de penas y los criterios de dosificación antes señalados, muchos de los paramilitares desmovilizados terminen pagando penas irrisorias de cárcel por los crímenes atroces cometidos. Esto, en detrimento tanto del derecho a la justicia de las víctimas, como de la garantía de no repetición, pues es claro que con penas tan bajas resultará difícil instaurar en Colombia una cultura de respeto de los derechos humanos y de inexistencia de impunidad²⁷⁰.

Uno de los fines esenciales de toda ley que pretenda dotar de un marco jurídico a un proceso de justicia transicional debe consistir en el efectivo desmonte de las estructuras que permitieron que se cometiesen graves violaciones de derechos humanos, justamente con miras a impedir que éstas se repitan.

²⁷⁰ UPRIMNY YEPES, Rodrigo; SAFFON SANÍN, María Paula; BOTERO, Catalina y RESTREPO SALDARRIAGA, Marino Esteban. Justicia transicional sin transición. Verdad, justicia y reparación para Colombia. Centro de estudios de derecho justicia y sociedad. Colección ensayos y propuestas. Bogotá: Ediciones antropos, 2006. p. 89.

El derecho a la verdad de las víctimas no se priorizó, puesto que la desmovilización individual impedía que realmente se conocieran las versiones claras de los crímenes cometidos y con ello se tomen medidas para evitar que el fenómeno paramilitar continúe su propagación en el país, igualmente la reparación quedó supedita a que el beneficiario de la ley tuviera bienes producidos ilícitamente, afectándose así los derechos de las víctimas y confundiéndose el deber que tienen los desmovilizados de reparación. Por tanto las violaciones no serían castigadas severamente y tampoco resultarían costosas en términos económicos para los victimarios.

El tal proceso de paz fue expresivo de un propósito de acuerdo con la facción del empresariado de la cocaína, de un proceso de legalización de las estructuras mercenarias paramilitares y de un reconocimiento a la labor cumplida contra el enemigo terrorista y sus civiles aliados encubiertos. Por otra parte, tras el encubrimiento, el consentimiento y la coordinación conjunta de su accionar contrainsurgente, daba cuenta de un proceso de limpieza jurídico- formal de un territorio bañado con la sangre de los pobres y los humildes. La comunidad internacional lo pedía, el propio poder de clase empezaba a reclamar el retorno a la legalidad y a las reglas básicas de la guerra, considerada la necesidad de desembarazarse de ese aliado criminal, pues para entonces era evidente que su criminalidad era la suya propia²⁷¹

El apoyo y las garantías brindadas por el gobierno a las autodefensas unidas de Colombia no solo se reflejaron en la ley de justicia y paz, el escándalo de la parapolítica pronto sacudiría a todo el país.

Según las investigaciones y condenas judiciales varios dirigentes políticos y algunos funcionarios del Estado se beneficiaron de estas alianzas, por medio de la intimidación y la acción armada de los grupos paramilitares contra la población civil, algunos alcanzaron cargos en alcaldías, consejos, asambleas municipales y gobernaciones así como en el Congreso de la República y otros órganos estatales. A su vez algunos de los políticos desde sus cargos desviaron dineros para la financiación y conformación de grupos armados ilegales y filtraron información para facilitar y beneficiar las acciones de estos grupos dentro de las que se incluyen masacres, asesinatos selectivos, desplazamiento forzado entre otras acciones criminales con el objetivo de extender su poder en el territorio nacional.

Las múltiples condenas proferidas por la Corte Suprema de justicia generaron choques del poder judicial con el ejecutivo, quien manifestaba continuamente que las cortes estaban conspirando contra el gobierno. En julio de 2006 la Corte Constitucional condiciona la Ley de Justicia y Paz que había tramitado el gobierno ante el Congreso para el proceso de desmovilización de paramilitares. La Corte estableció que para que los jefes paramilitares pudieran acceder a los beneficios

²⁷¹ ESTRADA ÁLVAREZ, Op. Cit., p. 291.

judiciales debían: "hacer una confesión plena y sincera, revelar la ubicación de los cuerpos de los "desaparecidos" y pagar reparaciones económicas a sus víctimas con sus bienes legales y no sólo con los bienes ilícitos que ellos voluntariamente elijan entregar", estableciendo que quienes no cumplan con estas condiciones y vuelvan a delinquir perderían los beneficios de dicha ley.

Es entonces cuando los jefes paramilitares concentrados en cárcel de máxima seguridad comienzan sus revelaciones para poder acogerse a dicha ley. Salvatore Mancuso pone al descubierto hechos criminales de alta gravedad que comprometen a políticos de diferentes regiones del país.

Se evidencia el rol de determinador que han jugado varios dirigentes de los distintos gobiernos de turno en la desinstitutionalización de la función penal como herramienta de confrontación del enemigo interno, el terrorismo de estado sale a la luz pública en medio de fuertes debates, donde la rama judicial juega un papel importante en su independencia y en la búsqueda de la justicia y la protección de las víctimas.

Sin embargo, los poderes del ejecutivo son tan grandes que impiden bajo una campaña mediática que todo el escándalo salpique a la figura presidencial, quien reposa ya en varios expedientes judiciales. Como estrategia de defensa se utiliza no solo un populismo punitivo si no un populismo guerrerrista donde las acciones militares contra la insurgencia y las noticas de los asesinatos de varios de sus cabecillas se constituyen en propaganda, que legitima al gobierno en su política bélica.

Paralelamente a la abierta política pro paramilitar del gobierno de Álvaro Uribe, se desarrolla una intensa campaña de endurecimiento del sistema penal. Además de la regulación de las penas, la propuesta expedida en relación a la responsabilidad penal de los menores consagrada en el código de infancia y adolescencia constituye una parte de la ofensiva penal guerrerrista estatal.

Si bien el código pretendía actualizar la legislación sobre la materia, conforme a las exigencias de la Convención de los Derechos del Niño que Colombia había aprobado años atrás, es menester resaltar que el mismo se caracterizó por su severidad en materia de privación de libertad y por las dudas sobre el tratamiento brindado a los menores vinculados al conflicto, además de sus claros rasgos de populismo punitivo²⁷²

Pretender que a través de las amenazas y el temor se puede ejercer el control social para impedir ataques al statu quo es una característica de una dictadura que utiliza el poder represivo y punitivo del estado ante la crisis institucional. Además bajo la condición de utilizar la facultad sancionadora del estado, lograr

²⁷² SOTOMAYOR ACOSTA, Las recientes reformas penales en Colombia, Op. Cit., p. 35.

sentencias condenatorias, menoscaba aún más la justicia como fin, que se propone debe lograr el ordenamiento jurídico penal.

En esta misma línea se deben mencionar la ley 1028/2006, que incluyó el delito autónomo de hurto de hidrocarburos en el estatuto penal (antes incluido en la temporal ley 782/2002); un aumento de penas en el mismo sentido se hizo mediante la ley 1032/2006 para algunos delitos como la prestación, acceso o uso ilegal de los servicios de comunicaciones (art. 257), violación de derechos patrimoniales de autor y otros (art. 271) y usurpación de derechos de propiedad industrial y de obtentores de variedades vegetales (art. 306); así como en la más amplia y reciente ley 1142/2007, cuyo solo nombre es indicativo de la ideología que inspira su contenido: “Ley de convivencia y seguridad ciudadana.

La propuesta reivindica abiertamente tal ideología, hasta el extremo de calificar como “impunidad” la no imposición de la detención preventiva.

Entre los muchos aspectos retrógrados de la ley hay dos especialmente destacables: la reforma de algunos tipos y en especial el aumento considerable de la pena mínima (entre los 4 y los 6 años), en delitos como la inasistencia alimentaria, hurto calificado, hurto agravado, receptación, delitos electorales, porte de armas y otros más. Y con idéntica finalidad se reforma el CPP en cuanto a los criterios a tener en cuenta para imponer la detención preventiva; y aunque el Congreso finalmente no aprobó la propuesta original de establecer un catálogo de delitos en los cuales “se presume el peligro para la comunidad” (art. 20 del proyecto original), de todas maneras la reforma reduce los poderes del juez de garantías y sobre todo exime a la fiscalía del deber de acreditar ante el juez los presupuestos materiales que justifican su solicitud de detención preventiva²⁷³

El enemigo bajo esta lógica se extiende en su aplicación a las organizaciones sociales que dirigen su accionar en contra de la política del gobierno, desde sus repertorios de movilización; la detención preventiva como política criminal se dirige sustancialmente hacia todos los peligros que atentan contra la seguridad del estado, criminalizando con ello a los actores sociales.

En todas estas propuestas legislativas se genera un fetichismo de la pena, todas las anomalías presentes en la sociedad se regulan mediante el ejercicio punitivo sin recurrir a otras estrategias que contribuyan a la recuperación del tejido social.

La política de seguridad democrática y su constante impulso en la generación de victorias militares condujo a una fuerte presión a las unidades militares quienes en aras de ser destinatarios de los beneficios y estímulos por los resultados positivos, presentaron hechos de combates falsos donde aparecían aparentemente guerrilleros muertos en combate que en realidad eran población civil, víctimas de ejecuciones extrajudiciales.

²⁷³ Ibíd., p. 36.

El caso que tal vez impresionó con mayor fuerza al país fue el de 23 jóvenes de zonas marginales de la ciudad de Bogotá y del municipio de Soacha que, en el año 2008, fueron presentados como insurgentes dados de baja en combates realizados en el departamento de Norte de Santander. Se trató de jóvenes entre los 17 y 32 años de edad, “casi todos eran desempleados o trabajaban en oficios como construcción y mecánica y, según la Defensoría del Pueblo, algunos tenían antecedentes como consumidores de drogas. Eran, en general, muchachos humildes que vivían en la marginalidad de Ciudad Bolívar, Altos de Cazucá, y Bosa”.

El entonces presidente Álvaro Uribe insistió en que, a pesar de la masividad de las ejecuciones extrajudiciales, se trataba de casos aislados que no podían ser entendidos como una política de las Fuerzas Armadas. Por su parte, las organizaciones de Derechos Humanos se empeñaron en demostrar que las ejecuciones extrajudiciales podrían ser el resultado de una política sistemática y generalizada del Ejército, que se habría originado en una directiva interna de incentivos y premios dados a los militares por bajas en combate²⁷⁴.

Esta terrible práctica demuestra como la guerra se ha apoderado de la política y como la política está en función de la guerra, más allá de la promoción de la justicia penal privada, se sacrifica con sevicia y dolo a inocentes con el objeto de visibilizar avances militares, una clara degradación del terrorismo estatal, donde los excluidos del pacto social, los marginados son utilizados como botines para obtener beneficios en plena confrontación.

Además de esta lamentable crisis humanitaria, durante estos años salió a la luz un nuevo caso de corrupción política: Las irregularidades presentes en el proceso de reforma constitucional favorables a la reelección inmediata.

Yidispolítica es el nombre con el que se conoce al escándalo político desatado en Colombia en abril de 2008 a raíz de las declaraciones de la ex Representante a la Cámara Yidis Medina, quien admitió haber recibido ofrecimientos de dádivas de parte de funcionarios del Gobierno Nacional a cambio de su voto favorable al proyecto de reforma constitucional que permitió que Álvaro Uribe Vélez aspirara a un segundo mandato presidencial.

El 26 de junio de 2008 la Corte Suprema de Justicia determinó que Medina si vendió su voto para la reelección después de escucharla en indagatoria y de sentenciarla a pagar 47 meses de detención domiciliaria por el delito de cohecho. En la sentencia la Sala Penal de la Corte anunciaba que enviaría la información correspondiente a los distintos organismos judiciales encargados de investigar o sancionar a los funcionarios del gobierno presuntamente implicados y manifestaba que “la aprobación de la reforma constitucional fue expresión de una clara

²⁷⁴ CENTRO DE MEMORIA HISTORICA. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: www.centrodememoriahistorica.gov.co/

desviación de poder", al tiempo que pedía a la Corte Constitucional revisar dicha reforma.

El choque de trenes entre el ejecutivo y la rama judicial cada vez era más evidente, la extralimitación de las facultades del ejecutivo y los controles políticos proferidos por la corte generaron una crisis institucional, donde la corrupción, la parapolítica y las ejecuciones extrajudiciales visibilizaban un régimen que posicionó la política de seguridad, sacrificando los derechos humanos de los Colombianos.

Es importante destacar que si bien la corte ha sido intermitente en sus pronunciamientos de control y existiendo también la politización del ejercicio judicial, muchos de sus fallos muestran coherencia con el impulso de la independencia de la rama y la importante función de la salvaguarda de la constitución, lo que permite entrever que al interior de la rama hay una lucha por erradicar la corrupción y la incidencia de sectores políticos democráticos en la administración de justicia.

Otro detonante que generó mayores malestares entre el ejecutivo y la corte fueron las mal llamadas chuzadas del DAS, que se refiere a las interceptaciones telefónicas y seguimientos ilegales realizados por la antigua agencia de inteligencia colombiana, el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) a líderes de oposición, magistrados, periodistas y funcionarios del Estado.

Nuevamente el ejecutivo de forma irregular se atribuía funciones judiciales, vulneraba las garantías y derechos de los sujetos sometidos a los seguimientos e interceptaciones bajo los criterios de sospecha, de peligrosidad, característicos de los modelos de emergencia, moldeaba una política criminal basada en el control social, y socavaba los principios de legalidad y del debido proceso.

La corte años posteriores probaría que bajo la dirección de María del Pilar Hurtado del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) se realizaron interceptaciones de manera ilegal, es decir, sin previa orden judicial, a miembros a magistrados y miembros de la oposición. Así mismo el alto tribunal determinaría que la orden para las 'chuzadas' se dio a través del entonces secretario de Presidencia, Bernardo Moreno. Condenando a 14 años de prisión de María del Pilar Hurtado y 8 años de prisión a Bernardo Moreno, con el beneficio de prisión domiciliaria.

La solución para todos los problemas del país, durante este mandato se centraba en la priorización del derecho a la seguridad, para lo cual se disponía un ordenamiento jurídico sustentado en un derecho penal máximo que permitía que dentro del marco procedimental del sistema acusatorio, se agilizará la producción de sentencias condenatorias, sin que hubieran grandes efectos en la consecución de la justicia; Por otra parte el fortalecimiento de las fuerzas armadas en desarrollo

de la política de seguridad democrática y la aplicación del plan patriota permitió la instalación de 7 bases norteamericanas en Colombia potenciando la incidencia extranjera en el conflicto interno del país. Como *prima ratio* se utilizó el *ius puniendi* entendida la facultad sancionadora no solo como la limitación de derechos a través del uso de la implantación de las penas, sino entendida a nivel militar como victorias contundentes en contra del enemigo en el marco del populismo de la guerra.

El régimen de Álvaro Uribe alcanza los mayores niveles de sumisión posible, respecto a Estados Unidos, como se evidencia con el asunto de las bases militares. Cuando el presidente Ecuatoriano Rafael corre no renueva el permiso para utilizar la base de manta, Uribe Vélez le concede siete bases militares, mediante un acuerdo del 30 de octubre de 2009: Palanquero, Apiay, Malambo, Cartagena, Tolemaida, Larandia y bahía Málaga.

Además se permite acceso al espacio marítimo y aéreo a embarcaciones y aviones de Estados Unidos; se les exige el pago de impuestos y derechos de aduana; se le concede impunidad absoluta al personal estadounidense (aún ante crímenes cometidos por fuera del servicio y deja abierto el acuerdo para que los Estados Unidos realicen actividades que estimen convenientes. Según un documento del departamento de defensa de ese país, Palenquero garantiza la oportunidad de conducir operaciones dentro de un espectro completo por toda América del Sur, subregión crítica en nuestro hemisferio, donde la seguridad y la estabilidad están bajo amenaza constante.²⁷⁵

El conflicto interno se somete a las estrategias de guerra impulsadas por la potencia Norteamericana, militarizando el territorio nacional con soldados extranjeros que coordinan las acciones bélicas, creando graves riesgos y amenazas para la soberanía nacional.

Cuando estaba a punto de finalizar su segundo mandato se dieron dos eventos importantes el intento de una segunda reelección y la promulgación de un Estado de Emergencia Social.

A mediados de 2009 sectores cercanos a Álvaro Uribe decidieron presentar un Proyecto de Acto Legislativo para que se reformara, mediante un Referendo, nuevamente el artículo 197 de la Constitución Política, dicha iniciativa tuvo gran acogida dentro de algunos sectores de la población pero también fue rechazada por miembros de la oposición. Este proyecto fue aprobado tanto por la Cámara de Representantes como por el Senado, sin embargo, debió ser sometido a un proceso de conciliación entre las Cámaras debido a que un texto aprobado preguntaba si la ciudadanía estaba de acuerdo con la posibilidad de que un Presidente fuera reelegido tres veces seguidas, y otro que preguntaba si un Presidente podría aspirar a un tercer período pero después de un margen de espera de un período. A diferencia del primer referendo reeleccionista, en esta ocasión Uribe no se manifestó de una forma

²⁷⁵ VEGA CANTOR, Op. Cit., p. 421.

vehemente en la necesidad de su reelección sino que lo hizo de una forma más alejada de los medios y sólo en el momento en que el proyecto estaba en un avanzado trámite en el Congreso mostró sus intenciones de aspirar a un tercer periodo si se le daba la oportunidad. El proyecto superó los debates en ambas Cámaras y fue enviado a la Corte Constitucional para que se determinara la constitucionalidad del texto de referendo, tras profundos debates y en medio de la expectativa de la ciudadanía la Corte declaró inconstitucional, en febrero de 2010, dicho referendo debido a que hubo vicios de forma en la financiación del proyecto y en la realización de una modificación indebida del texto del proyecto de referendo durante los debates en el Congreso²⁷⁶.

El fallo de la corte en este sentido es emblemático puesto que freno las aspiraciones de poder del exmandatario Álvaro Uribe Vélez, determinando una fuerza importante dentro de la rama judicial en su rol de control político y en su independencia del poder ejecutivo.

“La declaración de la Emergencia Social se dio el 23 de diciembre de 2009 mediante el decreto 4975 de 2009 alegando la crisis en la que estaba inmerso el Sistema General de Seguridad Social en Salud. El gobierno adujo que la crisis se debía a las siguientes causas: “el crecimiento abrupto y acelerado entre los años 2007 a 2009 de las demandas del servicio de salud por parte de los usuarios; el incentivo a consumir drogas y tratamientos costosos; los medicamentos con precios alterados; el hecho de que los departamentos y el distrito capital están en déficit; la deuda de más de 37 mil millones de pesos a las Empresas Promotoras de Salud –EPS– y a las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud –IPS–; la estructura estatal funciona de manera ineficiente; la capacidad de vigilancia, control y sanción está desbordada;

Mientras el decreto de declaratoria de excepcionalidad estuvo en vigor, se emitieron un total de 21 decretos adicionales para enfrentar las condiciones anteriormente mencionadas y afrontar la crisis social en la que se encontraba el país. Algunas de las medidas más conocidas fueron: “costear las prestaciones excepcionales en salud, es decir, las que se encuentran por fuera del Plan Obligatorio de Salud –POS– con el patrimonio de los pacientes o sus familiares previa verificación de sus capacidades de pago (las cesantías, las pensiones, dineros del grupo familiar y líneas de crédito); crear el Fondo para las Prestaciones Excepcionales en Salud –FONPRES–, con dineros recaudados a través del impuesto sobre las ventas –IVA– para la cerveza, el cigarrillo y los juegos de azar; núcleo esencial del derecho a la salud; determinar que el POS se establecerá redefinir la autonomía médica como la capacidad de autorregulación y

²⁷⁶ REVISTA DE CIENCIA POLÍTICA [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: <http://www.revcienciapolitica.com.ar/num13art7.php>

como sujeción a estándares; determinar que la capacitación de los médicos se efectuará con recursos provenientes de los juegos de azar, licores y multas”²⁷⁷

Estas medidas generaron un fuerte rechazo por parte de la sociedad, nuevamente la Corte fue oportuna y declaró mediante la sentencia C-252 del 16 de abril de 2010 inconstitucional el decreto 4975 de 2009 y las demás disposiciones que se hubieran promulgado durante su vigencia. Debido a que consideró que no existía una situación coyuntural que afectara la estabilidad financiera del sistema de salud y la falta de recursos obedecía a situaciones que venían de años atrás, asimismo, las perturbaciones en el sistema general de salud podían ser solucionadas mediante las disposiciones y mecanismos del ordenamiento jurídico ordinario.

“El uso de la emergencia social para enfrentar los graves problemas del sistema de salud, muchos de ellos estructurales, es muy poco favorable. El recurso a un estado de excepción debe entonces ser excepcional. El gobierno no debe usarlo para eludir la discusión democrática y tomar medidas que corresponden realmente al Congreso”²⁷⁸.

Los gobiernos de Álvaro Uribe se caracterizaron entonces por retomar el control del país teniendo como premisa el ejercicio punitivo conjugado con la militarización, las incidencias de las fuerzas armadas estatales y paraestatales es una clara muestra de un gobierno sui generis que propició una especie de dictadura cívico militar, basado en un populismo guerrillerista donde todas las crisis sociales se condensaron en las constantes amenazas terroristas que merecían respuestas y victorias logradas a sangre y fuego.

Obviamente las consecuencias fueron la profundización de la crisis humanitaria, la violación constante de los derechos humanos de la población, e irónicamente condujeron al fortalecimiento de la insurgencia que pese a los continuos y fuertes ataques que recibió realizó una reingeniería, se adaptó a las nuevas circunstancias y continuó con su ejercicio de resistencia armada.

Después de los dos mandatos de Uribe Vélez, la prometida victoria militar no llegó. Hay dos razones para ello. Las guerrillas especialmente Las Farc- EP en medio de la arremetida militar y luego de importantes golpes, readecuaron su orden táctico, preservaron su estructura, mantuvieron su capacidad de daño en la contienda y redefinieron su accionar político. La segunda, la subversión en todas sus formas es inherente al sistema, es éste quien la produce y la reproduce. Las formas de subvertir el orden se encuentran en dependencia de

²⁷⁷ MONTOYA, Alberto. La declaratoria de la emergencia social y el perfil del Gobierno Uribe: algunas reflexiones. En: Diálogos de Derecho y Política, 3, (1) 2010.

²⁷⁸ EL ESPECTADOR. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: <http://www.elspectador.com/columna187904-una-emergencia-poco-saludable>

las formas de su preservación. Si tal preservación incorpora el recurso bélico, siempre encontrará respuesta en ese terreno.²⁷⁹

Sobre esa realidad histórica llega al poder Juan Manuel Santos, se promete continuador del régimen de Álvaro Uribe bajo la consigna de lograr ahora la prosperidad democrática.

El gobierno de Santos, luego de una etapa de recrudecimiento de la confrontación armada le propone al país la posibilidad de encontrar una salida política al conflicto social y armado.

Esta transformación en la política del país en términos de política criminal implica un viraje en la concepción de simples amenazas terroristas al reconocimiento de un status político de la insurgencia en pro de la negociación.

Se emite con ello el acto legislativo número 1 del 31 de julio de 2012, denominado marco jurídico para la paz, como una herramienta que establece instrumentos jurídicos para la justicia transicional.

El 26 de agosto de 2012 se firma en la habana cuba el acuerdo general para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera entre el gobierno y Las Farc. El acuerdo contiene 6 puntos de debate, el tema de política agraria, la participación política, el fin del conflicto, los cultivos de uso ilícito, el tema de víctimas y los mecanismos de verificación, control y refrendación.

“Sobre esa realidad histórica en que estamos de nuevo en medio de un proceso de diálogos y negociación del gobierno con la guerrilla de Las Farc-EP y frente a la posibilidad de que se proceda de igual forma con el ELN. Si se considera el largo y cruento trecho histórico recorrido para llegar a ello, la perspectiva de la solución política con todo lo que ello implica se ha convertido en una necesidad”²⁸⁰

La posibilidad de encontrar alternativas a los distintos fenómenos que han desatado la confrontación armada es un hecho político bastante importante para el país que implica el reconocimiento de que no es factible que el derecho penal se utilice como *prima ratio* y que la facultad sancionadora del estado resuelva los múltiples problemas sociales. Existen realmente soluciones distintas a la guerra, como expresión máxima de la crispación de los conflictos, la paz es un derecho síntesis que devuelve legitimidad a un estado en crisis y reconstruye los elementos materiales que requiere la concreción de un pacto social para realmente tener un estado soberano en el país.

²⁷⁹ ESTRADA ÁLVAREZ, Op. Cit., p. 292.

²⁸⁰ *Ibíd.*, p. 292.

Empero los diálogos no se desarrollan en un clima fácil puesto que si bien existe una mesa de diálogos, la confrontación militar continúa hasta lograr un acuerdo definitivo. Por ende las acciones punitivas y bélicas continúan.

Se presenta por ejemplo la ley 1453 de 2011 conocida como la ley de seguridad ciudadana que plantea en sus disposiciones medidas como: “el incremento de penas de delitos como el tráfico y el porte ilegal de armas, la utilización de menores para cometer crímenes, el robo de celulares y de autopartes, entre otros. El manejo del Sistema Penal de Adolescentes se replantea para que los menores infractores cumplan la totalidad de la sanción, en centros especializados, con medidas de control y seguridad adecuadas.

Se crean herramientas tan importantes como el cambio de radicación de procesos y el traslado de reclusos procesados por motivos de seguridad nacional, además de las medidas adoptadas en relación con las competencias de los jueces de control de garantías, quienes además de poder ser ambulantes, han perdido las equivocadas limitaciones de índole territorial en el sentido de que en el futuro, cualquier juez penal municipal del país podrá ejercer como juez de control de garantías.

Todos los delincuentes, por igual, enfrentarán un aparato judicial más fuerte y efectivo, gracias a la posibilidad de realizar allanamientos las 24 horas del día sin las limitaciones que consagraba la legislación anterior, los registros únicos de órdenes de capturas y de armas de fuego y el sistema de información sobre detención domiciliaria estarán a disposición de la Policía Nacional, en tiempo real y con el fin de coordinar de mejor manera la lucha contra la criminalidad”²⁸¹.

Esta Ley representa, entonces, un esfuerzo sin precedentes para definir de manera técnica y precisa los alcances que debe tener el accionar de la Fuerza Pública y el aparato de justicia a la hora de enfrentar el delito, entendida la persecución penal como una actividad cívico militar.

El endurecimiento punitivo no es una estrategia adecuada para enfrentar la inseguridad urbana, esta estrategia punitiva, no ha evaluado su impacto sobre el sistema carcelario e inevitablemente esta ley aumentará la población privada de la libertad.

El hacinamiento es una violación grave de los derechos humanos de los internos pues hace imposible garantizar condiciones dignas y seguras de reclusión. Por ello si bien existen cárceles sin sobrecupo pero que por otras razones son inhumanas, lo que es imposible es que haya una cárcel hacinada pero digna.

²⁸¹ SEGURIDAD CIUDADANA. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: <http://www.mij.gov.co/Ministerio/Library/News/Files/CARTILLA%20LEY%20DE%20SEGURIDAD%20CIUDADANA71.PDF>

En 1998, con la Sentencia T-153, la Corte Constitucional ratificó esa idea y declaró un “estado de cosas inconstitucional” en las cárceles colombianas, pues consideró que el hacinamiento carcelario, que en ese entonces era de 40%, implicaba una violación generalizada de los derechos de los internos. La Corte ordenó al Gobierno superar esa situación y el hacinamiento inicialmente se redujo. Sin embargo, en años posteriores, la situación empeoró y podría agravarse aún más si el proyecto gubernamental es aprobado.

Es cierto que se están construyendo nuevas cárceles, pero el Gobierno no ha garantizado que el hacinamiento será eliminado. Y sin embargo propone una ley que aumentará la población reclusa, lo cual significa que está dispuesto a enviar más personas a cárceles crecientemente hacinadas. Esto es violatorio de los derechos humanos pues significa que el Gobierno y la sociedad colombiana son indiferentes a la inhumanidad del hacinamiento carcelario.

Además, esta estrategia es contraria al propósito perseguido pues el hacinamiento dificulta la resocialización, por lo cual podría incrementar a mediano plazo la inseguridad ciudadana²⁸².

La crisis carcelaria demuestra como la pena se ha convertido en una especie de tortura de los sindicados, socavando las mínimas posibilidades del ideal resocializador y forzando que los detenidos en busca de su supervivencia vuelvan a delinquir.

Igualmente se propone la ley de víctimas para instituir medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno.

El objeto de la ley es establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas, en beneficio de las víctimas dentro de un marco de justicia transicional, que posibiliten hacer efectivo el goce de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantía de no repetición, de modo que se reconozca su condición de víctimas y se dignifique a través de la materialización de sus derechos constitucionales²⁸³.

En esta ley encontramos una ambivalencia puesto que la definición de víctima que se consagra en su artículo 3, (“no serán considerados como víctimas quienes hayan sufrido un daño en sus derechos como consecuencia de *actos de delincuencia común (énfasis añadido)*”), limita la reparación de las personas o colectivos que han sido víctimas del paramilitarismo, puesto que la desmovilización producida en la ley de justicia y paz erradicaría este fenómeno aparentemente, existiendo en el país solamente amenazas de bandas criminales, que irónicamente continúan ejerciendo persecución política extrajudicial.

²⁸² EL ESPECTADOR, Op. Cit.

²⁸³ SECRETARIA DEL SENADO. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1448_2011.html

“El profesor José Honorio Martínez, en su artículo publicado por el centro de estudios Espacio Crítico que se titula, “Las víctimas de la Ley de víctimas”, sostiene que la Ley en vez de reconocer a las víctimas lo que hace es desconocerlas principalmente por tres aspectos:

A pesar de suponerse que la ley de víctimas está hecha para reconocer a las víctimas, diversos aspectos de la misma están orientados y contribuyen a todo lo contrario, es decir, a su desconocimiento. Se destacan tres aspectos: la periodización fijada para catalogar a alguien como víctima y como despojado, la delimitación que traza el término “conflicto armado” y la no devolución de tierras que hayan sido incorporadas a “proyectos agroindustriales productivos”

Honorio critica que al reconocer sólo a las víctimas en el marco del conflicto armado se desconoce que este también es social y político, lo que deja por fuera a quienes han sufrido las consecuencias de la violencia social y política que también ha vivido el país. De igual forma, menciona que a pesar de regir esta Ley, se siguen violando sistemáticamente los DDHH: desplazando comunidades, asesinando líderes sociales, entre muchas otras estrategias de violencia política²⁸⁴

Igualmente se proponen reformas en relación al fuero militar, la nueva ley aprobó la creación de la Fiscalía General Militar y Policial, órgano que investigará delitos cometidos por los militares, para lo cual se apoyará en un nuevo Cuerpo Técnico de Investigación. Estas nuevas instancias remitirán los procesos a los jueces castrenses para que procedan al juzgamiento de los uniformados. La justicia militar tendría un ente autónomo que manejará los recursos que se asignen para su funcionamiento.

“Esa reforma invierte en cierta forma las reglas de competencia actuales, pues señala que en principio todos los crímenes cometidos en operaciones militares, incluidas las graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario, serán conocidas por la justicia militar y no por la justicia ordinaria. Ahora bien, los falsos positivos fueron cometidos supuestamente en operaciones militares, pues eran civiles asesinados por militares, pero presentados como guerrilleros muertos en combate. La competencia sería entonces de la justicia militar.

El Gobierno sostiene que eso no ocurrirá, pues los falsos positivos son ejecuciones extrajudiciales y la reforma excluye expresamente de la justicia militar las “ejecuciones extrajudiciales”. A primera vista la tesis del Gobierno suena. Pero la cosa es más complicada, por cuanto no existe legalmente en Colombia el delito de “ejecución extrajudicial”, por lo cual los falsos positivos son investigados y juzgados ya sea como un “homicidio agravado” o como un “homicidio en persona protegida”. Un militar juzgado por un falso positivo puede entonces exigir que su

²⁸⁴ REBELIÓN. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=204023>

caso sea transferido a la justicia militar con la tesis de que fue un crimen cometido en una operación militar y que no es una “ejecución extrajudicial” sino un “homicidio agravado” o un “homicidio en persona protegida”. Y la Sala Disciplinaria del Consejo de la Judicatura, que es la que decide estos asuntos y que dista de ser el más respetado tribunal en Colombia, podría darle la razón a ese militar”²⁸⁵.

La noción del enemigo continúa vigente en la agenda legislativa que impulsa el gobierno, la criminalización bajo los criterios de peligrosidad persiste, además la visión parcializada de la justicia en torno a las posibles violaciones de derechos humanos cometidos por personal de la fuerza pública continua, se pretende a toda costa encubrir el terrorismo de estado en su responsabilidad política, como uno de los principales detonantes de la guerra.

En el gobierno de Santos se ha decretado un estado de excepción, el cual se efectuó el 7 de diciembre de 2010, se declaró un estado de emergencia económica, social y ecológica a razón de la crisis invernal, declarado exequible por sentencia C-156 de 2011 el cual permitió la expedición de 40 decretos.

Nuevamente el ejecutivo desborda sus funciones y se convierte en un colegislador de excepción, instaura reformas evitando el necesario debate político de varias propuestas tributarias y económicas que sin necesidad del estado de emergencia eran factibles de tramitarse vía poder legislativo.

Empero debe necesariamente destacarse que si bien existe una agenda legislativa que promueve los tópicos de la legislación de emergencia, como nunca había ocurrido en la historia del país, el proceso de paz con la insurgencia de Las Farc- EP tiene avances y acuerdos parciales en torno a la agenda pactada, que permiten allanar el camino a una real y pronta construcción de paz estable y duradera.

Los acuerdos en relación al desarrollo agrario integral con enfoque territorial, la participación política, la sustitución gradual y concertada de cultivos de uso ilícito, el acuerdo sobre víctimas y la jurisdicción especial para la paz, son aportes incomparables en todos estos años de historia de guerra facticidad y que se constituyen en innovaciones para la justicia transicional y para la construcción de elementos mínimos para una nueva política criminal.

Sumado a ello desde diciembre del año 2014 se vienen desarrollando gestos humanitarios, como los son los ceses unilaterales de Las Farc- Ep, la no utilización de los bombardeos en la táctica de guerra contrainsurgente y el muy posible cese bilateral de fuego como producto de un acuerdo de paz.

²⁸⁵ EL ESPECTADOR, Op. Cit.

La mejor metáfora que condensa nuestra etapa actual, es el recordaris de Bloch “Cuando se acerca la salvación, crece el peligro”, las posibilidades reales del proceso que se desarrolla hoy en la habana enfrentan múltiples retos que de no resolverse, nuevamente entregarían la geografía nacional a conflictos armados y sociales de continuidad indescriptible, máxime si tenemos en cuenta esa tendencia arraigada a oscilar entre la guerra y la paz.

El exacerbado presidencialismo que acompaña nuestra historia constitucional, dispone que el presidente de la república, exclusivamente dirige los asuntos de orden público y tiene que dirigir directamente todas las negociaciones de paz. Esto le otorga a la realidad Colombiana tres atributos presidencialistas: en primer lugar la personalidad y visión individual del presidente es determinante para el destino de la paz o la guerra; el segundo, al presidente le está permitido el síndrome adánico, al poder empezar siempre de cero, el tercero hasta ahora no ha existido una política de paz de carácter estatal, por tanto no existe desde el estado ninguna unidad de criterios para el tratamiento del conflicto armado interno²⁸⁶

La consecución de la paz en el país no es un proceso fácil, en primer lugar porque los acuerdos se han desarrollado con el gobierno del presidente Santos, requiere que los pactos se eleven a un nivel mayor para generar vincularidad de otros gobiernos con este compromiso. En segundo lugar porque los avances se registran solamente con la guerrilla de Las Farc, el ejército de liberación nacional no ha concretado su agenda de paz y eso implicaría la generación de nuevos excluidos y por ende continuarían las posibilidades de existencia de fuerzas guerrilleras en el país.

Tercero, el fenómeno del narcotráfico como un sistema productivo mafioso, no se ha contemplado en su totalidad y las empresas de la mafia se constituyen en actores que afectarían unos posibles acuerdos, con el uso de la fuerza, la creación de para estados al servicio de los intereses de su economía.

Este modelo narco productivo, requiere para su producción la obtención de tierras, lo cual va en total contraposición a las necesidades del campesinado Colombiano y por ello el profundo nexo político entre el narcotráfico y el paramilitarismo.

Indudablemente la paz requiere la inclusión de todos los actores en la conformación del estado y también condiciones sociales y económicas, para evitar generar causas para la confrontación, sería un error considerar que estos fenómenos solo se controlaran mediante el ejercicio punitivo y militar, repetir desde otra óptica una guerra con nuevos partícipes sería un lamentable error que no perdonaría la historia.

²⁸⁶ DE SUBIRÍA SAMPER, Op. Cit., p. 362.

Derrotar el miedo a un acuerdo de paz, constituye en ese sentido una tarea de gran significado político. Y más allá de ello, un propósito aún más difícil consiste en concebir el desenvolvimiento de una transición política que pareciera estar en sus albores, cuando ésta tendrá que ocurrir en medio de unas condiciones estructurales políticas, económicas, sociales y culturales, y unas subjetividades políticas y sociales predominantes, que se resisten al cambio, pero cuyos fundamentos se pueden ver afectados y estremecidos por la potencia transformadora de un acuerdo de paz y los nuevos tiempos que éste inaugura para la política. Está por verse, si lo viejo que se resiste a morir, muere; y si lo nuevo que no acaba de nacer, nace. El tránsito hacia un país en paz estable y duradera, con justicia social²⁸⁷.

Este recorrido cronológico, nos permite finalmente concluir que desde el proceso de independencia hasta el momento actual el estado ha configurado una política criminal encaminada a perpetuar la guerra a través de la institucionalización del derecho de emergencia y la desinstitucionalización de la función penal.

El derecho penal se ha utilizado como *prima ratio* y con el transcurrir de los años se ha sofisticado el tratamiento punitivo y militar otorgado al enemigo; Igualmente se han desarrollado nuevas expresiones de emergencia como lo son el eficientismo penal y el populismo punitivo que han atizado la confrontación.

Ante el caos, ante la excepcionalidad no es factible imponer el decisionismo del estado en crisis, la paz como una exigencia ineludible y un requisito fundamental para poder hablar realmente de la existencia de un pacto social, debe ser producto de un gran acuerdo nacional que propenda por establecer unos mínimos preceptos para lograr la conformación de un estado, para instaurar una Colombia democrática, donde disenter sea una posibilidad, un derecho que no sea acallado por mecanismos estatales o irregulares.

Obviamente uno de los principales asuntos a tramitarse debe ser el diseño de una política criminal para la paz, que sea autónoma, y completamente alejada de la concepción del enemigo y que permita la construcción y fortalecimiento mínimamente de un estado de derecho (ojalá lográramos avanzar hacia el estado social del derecho), y fundar así un derecho penal garantista que proteja los derechos fundamentales y que utilice su facultad sancionadora como última ratio, encontrando alternativas no punitivas para la resolución de fenómenos sociales.

²⁸⁷ PROCESO DE PAZ EN COLOMBIA. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: <http://www.pacocol.org/index.php/noticias/nacional/15492-algunas-consideraciones-sobre-el-momento-actual-los-alcances-y-la-potencia-transformadora-del-proceso-de-paz-en-colombia>

6. JUSTICIA PENAL DE EMERGENCIA Y DELITO POLÍTICO

Las continuas disputas políticas y sociales en Colombia, se han desarrollado en medio de la confrontación armada de múltiples actores, difícilmente se podría hablar de la existencia de un estado consolidado, cuando su principal característica, es la no superación de la guerra interna.

En medio de todas las debilidades manifiestas, se ha construido un ordenamiento jurídico con prototipos ideales societales que no son coherentes con la realidad de la confrontación. Sin monopolio de la violencia, no existe estado legitimado, no obstante, existen sectores que le otorgan viabilidad al ejercicio abusivo del poder, escudado detrás del sello prestigioso de la democracia. Talmón en su clásico libro mesianismo político, explicaría este contexto bajo la denominación de totalitarismo legitimado.

La estrategia más eficaz de inmunización del poder es su sacralización. Esta desde luego, es corolario obligado de las teorías absolutistas y difícilmente armonizable con las democráticas. Porque si el gobernante tiene naturaleza divina o ha recibido de dios la investidura, poner en tela de juicio su rectitud y su justicia, no solo es un error sino el más reprochable de los delitos. Es un crimen de lesa majestad²⁸⁸.

Así, la crisis institucional se refugia en un simbolismo jurídico, donde las normas gozan de efectividad, el estado es fuerte, el soberano posee la razón y decide con justeza el devenir del país, absurdamente en medio de una sociedad anómica y en conflicto.

“La extraordinaria fortaleza simbólica del discurso jurídico en Colombia puede explicar el hecho de que el híbrido institucional entre democracia y autoritarismo haya podido mantenerse durante tanto tiempo sin que ello hubiese causado mayor escándalo”²⁸⁹.

Esta simbología jurídica, en función de la doctrina de la razón de estado se extiende, pero no contribuye en la solución de las debilidades institucionales, solo deifica la figura estatal y por tanto demoniza a sus opositores so pretexto de justificar las acciones jurídicas, políticas y militares de persecución.

Por tanto los opositores políticos del régimen son tratados en un contexto de enemistad, donde la ausencia de garantías, presentes en la aplicación del derecho de emergencia guían la persecución penal y política, además de la

²⁸⁸ GAVIRIA DÍAZ, Carlos. Digresión sobre el tema de un excelente libro en OROZCO ABAD, Iván. Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia. Segunda edición. Bogotá: Temis, 2006.

²⁸⁹ DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p. 72.

persecución para judicial de quienes se atribuyen la defensa del orden establecido de forma privada.

La expresión armada de la oposición política y su tratamiento jurídico penal, ha desarrollado varias trasmutaciones en la historia, que es menester considerarlas en aras de formular unos mínimos presupuestos para la superación de la doctrina de la emergencia en nuestro país.

6.1 DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO FRENTE A LA REGULARIZACIÓN DE LA GUERRA

Inicialmente es importante considerar que el tratamiento a los conflictos internos ha conllevado a una disputa entre la aplicación del derecho internacional humanitario o un derecho internacional punitivo con las respectivas consecuencias en el derecho público y penal interno; De esta manera, la regulación de la guerra se presenta ambivalente en la consideración del rebelde como enemigo absoluto o relativo.

El derecho internacional en relación al tratamiento del rebelde, invoca respuestas ante el siguiente interrogante: ¿Tiene sentido la criminalización absoluta de la guerra?

La paz como condición esencial para el monopolio de la violencia se traza en todos los ordenamientos jurídicos como un postulado de un ideal social, sin embargo un juicio empírico nos sitúa en una realidad mundial marcada por la confrontación; sería factible por tanto entender la guerra como la dialéctica de voluntades de enemigos relativos, que se reconocen recíprocamente y que se enfrentan bajo métodos no convencionales. Este análisis si bien no inhibe totalmente la apelación a la práctica de la guerra, por lo menos nos lleva a humanizarla, sin dejar de lado el punto de referencia valorativo de paz mundial.

Por otra parte se plantea que “un discurso de derecho internacional público a manera de un derecho público interno mundial, tiene por condición empírica de su eficacia normativa un alto grado de aproximación a la realidad de un monopolio mundial de la violencia, es decir un alto grado de realización, por la vía de la dominación y no de la cooperación, de esa misma paz que postula”²⁹⁰

Ambas posibilidades plantean como fin social la consecución de la paz, pero el debate subyacente se focaliza en que la ampliación de la guerra (*ius in bellum*) lleve implícita, la ampliación del derecho a la guerra (*ius ad bellum*), lo cual implica un reconocimiento de un status jurídico y político del contendor.

²⁹⁰ OROZCO ABAD, Iván. Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia. Colombia: Temis, 2006. p. 19.

Aparentemente nos encontraríamos ante un atropello contundente hacia el estado del derecho, puesto que el estado no sería el único portador del ius ad bellum, empero reconocer la existencia de combatientes no implica necesariamente legitimar sus propósitos en la guerra, máxime si se presentan empates militares y los beneficios generados de este reconocimiento superan con creces las pérdidas eventuales de insistir en una victoria político militar.

Con el transcurrir del tiempo, se ha fortalecido el segundo planteamiento, que considera la construcción de un super estado soberano, como el único poseedor del ius ad bellum mundial, con la potestad de interferir en la regulación de los conflictos estatales y por tanto en el derecho penal interno de los estados.

“En ausencia de un tal super monopolio mundial es bien probable que poderes hegemónicos, se abroguen a manera de juez y parte, para beneficio propio un tal ius iudicandi, de manera que el pretendido derecho penal mundial se transforme de hecho en un simple instrumento para la criminalización y discriminación del enemigo”²⁹¹

Nos encontraríamos en un delicado panorama de derecho de emergencia internacional, donde el caos, los conflictos estatales sería tramitables bajo la injerencia de organismos internacionales que facultarían la intervención de superpotencias que obviamente involucrarían sus intereses particulares en las mencionadas disputas.

Por tanto las potencias tendrían derecho a declarar la guerra a los grupos rebeldes de cualquier estado internacionalizando así los conflictos y dificultando la salida negociada de los mismos, bajo el criterio de exterminio de los enemigos absolutos.

Una visión punitiva de la guerra por el derecho internacional, constituye un refuerzo evidente de la visión punitiva que de la guerra tiende a tener el derecho público interno.

En ese contexto de endurecimiento penal internacional ha sido bastante complejo insistir en humanizar la guerra, pero esta “visión subsiste en la aplicación de los convenios de la haya de 1907 en el establecimiento de requisitos para acceder al tratamiento privilegiado de beligerantes y en el artículo 3 común a los cuatro convenios de ginebra, donde por razones de humanidad se ampliaron las normas sobre el tratamiento de los no combatientes y de la población civil a los conflictos no internacionales, así el guerrillero defensivo autóctono de las guerras internacionales de ocupación, cedió, después de 1945 su lugar al guerrillero de las guerras civiles social revolucionarias”²⁹².

²⁹¹ Ibid., p. 19.

²⁹² CENTRO DE ESTUDIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. Manual de Derecho Internacional Humanitario. La Habana, Cuba: CEDIH, 2005.p.19.

Es importante realizar esta acotación porque el derecho internacional humanitario nació en un contexto de conflictos entre estados, las posibles rebeliones internas por el poder son procesos que emergieron con posterioridad y que influyen en la caracterización del delincuente político.

Si el artículo 3 de los convenios de Ginebra se había abstenido de extender su protección al guerrillero social revolucionario mismo, el artículo 1 del II protocolo adicional de 1977 dio por fin este último paso, trascendental desde el punto de vista de la concepción jurídico internacional de la guerra. El artículo en cuestión definió las condiciones que debe cumplir un movimiento guerrillero no internacional para efectos de que pueda ser considerado como beligerante, de suerte que la guerra civil misma pueda a su vez, ser entendida como una dialéctica de enemistades relativas²⁹³

La cuasi antinomia entre un derecho punitivo y un derecho humanitario en el ámbito internacional es difícil de sobrellevar, generalmente cuando existen intereses aparecen las guerras y sus necesarios dispositivos penales cosmopolitas, pero cuando las mismas llegan a un estado de crispación y de degradación, nuevamente se apela a la intermediación del derecho humanitario, valdría decir que el mismo busca armonizar los contextos para el logro de victorias políticas dadas las dificultades militares, más no para la constitución de la democracia en muchas situaciones.

ES decir, generalmente la paz se ha concebido como una estrategia para el sometimiento político del enemigo más no para su inclusión política, se busca reducirlo bajo estándares de cooptación, lo cual implica que en el fondo se sigue visualizando al enemigo como enemigo absoluto y no como relativo.

A la luz de los desarrollos internacionales, el derecho interno en Colombia ha configurado regulaciones del derecho de la guerra a través del derecho penal político.

Según Orozco²⁹⁴ “La historia de las tensiones entre un tratamiento privilegiado y un tratamiento discriminatorio del delincuente político se continua en la historia del derecho penal político como derecho de la guerra, a través de la historia de la visión del delincuente político como enemigo.

Sobre la base de una soberanía interior absoluta del estado y de una asimetría (moral y jurídica) igualmente absoluta a favor del estado frente a los disidentes conduce a un tratamiento discriminatorio del delincuente político como enemigo absoluto.

²⁹³ OROZCO ABAD, Op. Cit., p. 29.

²⁹⁴ *Ibíd.*, p. 42.

Sobre la base de una soberanía interior relativizada y sobre el supuesto de una simetría moral (no jurídica) en las relaciones entre el estado y sus disidentes, conduce a un tratamiento privilegiado del delincuente político como enemigo relativo.”

Nuevamente el epicentro de la discusión es la negación a la inclusión del enemigo por considerarse la enemistad desde criterios absolutos, así la eliminación de la amenaza se antepone a la negociación.

La categoría de enemigo relativo permite flexibilización jurídica, edifica vías para la alternatividad penal como mecanismos de tratamiento benévolo, así la facultad sancionadora del estado se limita frente al delincuente por convicción.

“Privilegiar al delincuente por convicción equivale no a una autonegación del estado de derecho sino a una afirmación de la democracia en cuanto capaz de auto limitarse. Es un ejercicio de humildad valorativa, consustancial a la misma, en cuanto espacio para la convivencia de convicciones mayoritarias y minoritarias”²⁹⁵

Indudablemente un paso importante para la constitución de la democracia en sociedades en conflicto es el reconocimiento de enemigos relativos, como forma de superar las diferencias llevadas al plano de la confrontación.

El caso Colombiano es bastante complejo puesto que no se trata simplemente de una lucha entre el estado y los rebeldes, por el contrario coexisten diversos actores colectivos en conflicto al estilo más propiamente de una guerra civil.

Andrés Bello, prefigurando lo que habría de ser la historia patria, escribía en 1810:

Cuando en el estado se forma una facción, que toma las armas contra el soberano, para arrancarle el poder supremo o para imponerle condiciones o cuando una república se divide en dos bandos, que se tratan mutuamente como enemigos, esta guerra se llama civil, que quiere decir guerra entre ciudadanos. Las guerras civiles empiezan a menudo por tumultos populares y asonadas que en nada conciernen a las naciones extranjeras; pero desde que una facción domina un territorio algo extenso, le da leyes, establece en él un gobierno, administra justicia y en una palabra ejerce actos de soberanía, es una persona en el derecho de gentes; y por más que uno de los dos partidos de al otro el título de rebele o tiránico, las potencias extranjeras que quieran mantenerse neutrales, deben considerar a entre ambos como dos estados independientes entre sí y de los demás, a ninguno de los cuales reconocen por juez de sus diferencias²⁹⁶

²⁹⁵ Ibíd., p. 44.

²⁹⁶ BELLO, Andrés. Principios de derecho de gentes. París: Imprenta de Bruneau, 1840. p.398.

Difícilmente podría hablarse de estados insurgentes, dado que los mismos no pueden ser defendidos en una guerra de posiciones, apenas se salvaguarda la ocupación territorial mediante una guerra de movimientos, pero existe un estado que no posee absoluto control del territorio, lo cual afecta sustancialmente su legitimidad y su dominio.

Volvemos al punto inicial el pacto social y político en el país no se ha ejecutado, puesto que la guerra civil como posibilidad empírica inmediata y aún como categoría jurídica normativa no ha desaparecido. Esta realidad dificulta y genera mayores ambivalencias desde el derecho internacional y desde el derecho interno en torno al tratamiento jurídico y político del rebelde.

6.2 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL TRATAMIENTO JURÍDICO POLÍTICO DEL REBELDE EN COLOMBIA

La guerra de independencia del Imperio Español, paradójicamente se vivió como una guerra civil, la sublevación criolla se entendía como una disidencia interna que configuraba el crimen de lesa majestad. Los independentistas como rebeldes, recibían por tanto, un tratamiento como enemigos absolutos, donde la muerte se convertía en la purga de sus crueles propósitos.

Al configurarse la nación Neogranadina, en medio de contradicciones jurídicas por la vigencia de las disposiciones coloniales, nació una nueva noción de opositor político, más arraigada a la insubordinación al estado recientemente forjado y por ende al proyecto político criollo reinante; empero las diversas confrontaciones propias de un estado en formación, otorgaban el calificativo de rebelión, entendido en algunas ocasiones como derecho y en otras como delito.

El uso de esta connotación, tenía por objeto su diferenciación del concepto de guerra civil para efectos de separar dos magnitudes diversas del conflicto.

En esta lógica nos encontramos inicialmente con la concepción de enemigo absoluto del código penal de 1837, el cual instituyó la pena de muerte, el destierro, trabajos forzados y prisión entre otros para castigar los delitos políticos.

“Los delitos políticos originaban la declarativa de traición o infamia y los autores cuando estuvieran armados sufrían la pena de muerte y una multa igual a la quinta parte de sus bienes, equiparando su acción con la de los asesinos y parricidas y la de los saqueadores y ladrones en los peores casos”²⁹⁷

²⁹⁷ APONTE, Delitos Políticos, estrategias de defensa jurídica, Op. Cit., p. 145.

Es solo hasta la constituyente de rio negro en 1863 que la internacionalización de la racionalidad de la guerra se convierte en una necesidad, gracias a las siguientes razones:

- “La existencia de estructuras de dominación político territorial delimitadas por múltiples afueras al interior del territorio nacional, era en sí mismo, funcional a la internacionalización del derecho público interno y con ello a la internacionalización del derecho internacional. La afinación de soberanías regionales, expresión jurídico institucional de las autonomías descritas, favoreció indudablemente la concepción de las guerras como guerras interestatales”²⁹⁸
- La debilidad del estado motivó a que fácilmente cualquier conflicto abandonara los cauces de la legalidad.
- Empate militar entre el partido conservador y el liberalismo radical

Así las cosas, se procede a adecuar el marco constitucional, para que las grandes guerras civiles puedan ser manejadas en parte, como duelos ampliados entre beligerantes con unas reglas mínimas de comportamiento.

Cabe anotar que por ese entonces las guerrillas eran concebidas predominantemente, bajo la orientación de un señor, las mismas no tenían capacidad para definir las contiendas, en otras palabras, fueron grupos armados que organizaron los poderes locales para mantener su dominio. Su composición realmente era compleja, la diversidad de sus combatientes (indígenas, negros, campesinos) favorecería variedad en los métodos de lucha, traducida en muchas ocasiones, en excesos y actos de barbarie.

Según Orozco “La Constitución de Rionegro de 1863 incorporó el derecho de la guerra, como un *ius in bello* interno, el derecho de gentes fue un modelo jurídico fundamental para regular las guerras civiles y a su vez, un estatuto humanizador de las mismas”²⁹⁹.

El marco jurídico institucional dispuesto por la constitución de Rionegro se caracterizaba por la conformación de un estado concebido como una mezcla entre estado federal y Confederación de estado, por ello el estado central funcionaba a manera de árbitro sin derecho a intervención en las disputas internas de los otros estados.

El artículo 91 de la mencionada constitución adoptaba el derecho de gentes como legislación nacional, posibilitándose la tramitación de los conflictos desde la negociación. De hecho la ley 20 de 1867 establecía que el gobierno de la unión debía observar la más estricta neutralidad entre los bandos beligerantes que

²⁹⁸ OROZCO ABAD, Op. Cit., p. 110.

²⁹⁹ APONTE, Delitos Políticos, estrategias de defensa jurídica, Op. Cit., p. 146.

podrían presentarse en cada estado, lo cual implica la incorporación de una noción relativa del enemigo.

La introducción del derecho de gentes tenía la facultad de sustituir el estado de sitio punitivo propio del derecho público interno, sin embargo los distintos gobiernos demostrarían en episodios posteriores que utilizarían a conveniencia esta ambivalencia en torno a la aplicabilidad del derecho de guerra o del punitivismo interno, en concordancia con las contradicciones no saldadas de la concepción del enemigo.

Dentro del marco del principio de no intervención la noción de beligerante sustituyó prácticamente al rebelde. “Desde el punto de vista del derecho de gentes, el concepto de rebelión pasó a designar, en el sistema de *rio negro*, principalmente un tipo intermedio de conflicto armado, situado por su magnitud y orientación, entre la simple insurrección y la guerra civil. Dentro del marco del derecho de gentes, se procedió pues a descriminalizar parcialmente el concepto de rebelión”³⁰⁰

El código militar de 1881 incluyó en su contenido la regulación del derecho de gentes, así la distinción entre rebelión y guerra civil, dependía más de la magnitud del conflicto que de su cualidad.

En este contexto la noción del delito político se encontraba sustentada en la asimilación del rebelde, al combatiente regulado por el derecho internacional, lo cual incluía la asimilación de los beneficios otorgados a los beligerantes.

La determinación constitucional de equiparar el rebelde al combatiente tuvo, desde entonces, efectos directos en el tratamiento punitivo de las conductas rebeldes. Por una parte, legitimó, desde ese contexto, el tratamiento privilegiado para una acción que aunque atentatoria contra el régimen interno, frente a la guerra civil, era de menor connotación, pues no pasaba de ser considerada un punto intermedio entre la simple insurrección y aquella. Por otra, dio la posibilidad de negociar la paz con un actor-rebelde que podía, luego de las negociaciones, formar el pacto de la Unión³⁰¹

Pese a la aplicación del derecho de gentes, la rebelión fue siempre el delito de los derrotados, por ello, era apenas natural la inclusión de prerrogativas como la del código penal de 1873 que definía a los perturbadores de la paz interior, caracterizando, en sus preceptos a los subversivos.

³⁰⁰ OROZCO ABAD, Op. Cit., p. 117.

³⁰¹ SÁNCHEZ, M. El tratamiento del delito político en Colombia: un legado de su tradición jurídica. Realidades y tendencias del derecho en el siglo xxi (448-477). Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, 2010.

Es solamente hasta el año de 1880 que esta concepción encuentra un freno con el arribo del gobierno de la regeneración. Rafael Núñez expidió la ley 17 de 1880, mediante la cual se acogió el principio norteamericano de la solidaridad, con miras a centralizar el orden público. “La medida le dio enorme capacidad de acción al ejecutivo pero generó un flagrante asimetría en el sistema constitucional. El marco fundamental siguió siendo Rionegro, con sus estados cuasi soberanos en tanto que la concepción del orden público pasó a ser la correspondiente a un sistema unitario y centralizado. Sobre ese horizonte de sentido encontrados cada cual quiso interpretar la ley a su manera y según sus intereses”³⁰²

La noción de un tratamiento del enemigo sustentado en las disposiciones del derecho penal interno, se sofisticó con la victoria sobre el radicalismo que dio lugar a la constitución de 1886.

La Constitución colombiana vigente desde 1886 hasta 1991 no hacía referencia expresa a los tratados internacionales, sólo mencionaba en su artículo 121 el derecho de guerra al establecer que el Gobierno tendrá todas las facultades que “conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes, rigen para la guerra entre naciones”³⁰³.

Si bien el derecho internacional mantenía su influencia en el tratamiento de los delincuentes políticos, los cambios surtidos en la nueva carta política cambiaría la correlación de fuerzas, permitiendo mayor incidencia del derecho penal interno y sus ambiciones punitivas.

La constitución de Núñez y Caro representó la culminación de proceso de sustitución de sistema de orden público de Rionegro, edificado sobre los principios del derecho internacional de los conflictos armados, por un sistema de orden público centralizado, levantado sobre el concepto de una soberanía interior única e indivisible y sobre los principios del derecho público interno. La figura del beligerante cedió su lugar a la figura del rebelde³⁰⁴

La nueva carta política representaba la doble contingencia de futuro que sitúa al estado en la cuerda floja entre la posibilidad de la paz o la afirmación de la guerra.

El estado de sitio abría sus brazos en la doble dirección de una visión política militar y de una visión policiva- punitiva del estado de excepción. La primera estaba asociada a la hipótesis de la guerra y con ella la tendencia hacia un tratamiento privilegiado del delincuente político como combatiente- rebelde. La segunda a su vez estaba amarrada a la hipótesis de la paz y con ella a una

³⁰² OROZCO ABAD, Op. Cit., p. 128.

³⁰³ COLOMBIA. Constitución Colombiana. Bogotá: El Ministerio, 1886. Artículo 121.

³⁰⁴ OROZCO ABAD, Op. Cit., p. 129.

tendencia hacia un tratamiento discriminatorio del mismo como delincuente común y como terrorista³⁰⁵

El estado de sitio se convirtió en la figura jurídica por excelencia que utilizó el estado como estrategia de pacificación y ampliación de su capacidad sancionatoria. Los diferentes conflictos se resolvían por la fuerza, las demandas sociales obtenían como respuesta la criminalización y la militarización, suspendiendo las garantías y los derechos, los acuerdos mínimos de la carta política de un país que se cataloga como democrático, el mismo derecho retrocede ante las necesidades de la guerra.

Si bien el estado de sitio fue un instrumento que permitía el uso excesivo del ius puniendi en un país de continuos conflictos sociales es menester mencionar que la carta política del 1886 mantenía la concepción del delito político desde la óptica de la comisión con fines altruistas y por tanto instauraba un trato benigno

“la Carta Política de 1886 acuñó el concepto de delito político y su tratamiento privilegiado desde la doble perspectiva política y punitiva” (Sánchez, 2010, p. 459)³⁰⁶.

Así las cosas, el derecho de gentes perdía incidencia pero la figura del rebelde se resaltaba en el marco de un tratamiento favorable.

Gracias a una perversión exegética derivada de las patologías del poder en países donde este tiende a identificarse con el ejercicio de la violencia, el derecho de gentes ha sido, con frecuencia entre nosotros, subordinado a la racionalidad punitiva del derecho interno y como tal instrumentalizado para legitimar el escalamiento incontrolado de la punición. Así concebido el derecho de gentes se ha convertido en el centro de articulación de una interpretación según la cual el estado de sitio debe servir en circunstancias de guerra, para suspender en su conjunto la vigencia de la carta fundamental.³⁰⁷

Pese al notable cambio que redefine la injerencia del derecho de gentes, el código penal de 1890 permitía la conexidad o subsumisión de otro tipo de conductas punibles con la rebelión, lo cual constituía en la práctica un reconocimiento a la exclusión de la pena de las acciones delincuenciales asociadas a la contraestatalidad. Es decir la concepción de enemigo relativo pervivía y permitía brindar un tratamiento humanitario y beneficioso al rebelde.

No obstante, existe una separación de la concepción de rebelde con la noción de beligerante, más propio de los continuos combates de las guerras civiles; la aplicación de los delitos políticos inicia su expansión a otro tipo de ejercicios de

³⁰⁵ Ibíd., p. 129.

³⁰⁶ SÁNCHEZ, Op. Cit.

³⁰⁷ OROZCO ABAD, Op. Cit., p. 206.

insubordinación al poder establecido. Este viraje es en concreto el distanciamiento que se produce respecto al derecho de gentes.

Comienza a gestarse desde ese momento una dinámica que no cesa hasta hoy y que se repite cíclicamente: el uso de lo jurídico y de tipos penales como el de la rebelión, como marco global de criminalización de la legítima protesta civil y de la oposición política no armada. Se inaugura una ambigüedad estatal, una falta de claridad en la definición del estatus del rebelde. Obreros socialistas de los años 20, campesinos que emergían como nuevos actores y que alimentaban reivindicaciones sociales, indígenas que luchaban por la tierra, todos ellos como nuevos sujetos políticos de la protesta popular, comenzaron a ser criminalizados en el horizonte de la rebelión³⁰⁸

La introducción del enemigo en la definición de la política criminal incide notoriamente en el tratamiento de los delitos políticos por cuanto en la lógica de la confrontación, el estado trata de eliminar las amenazas desde todos los dispositivos formales, utilizando el ius puniendi y las fuerzas policivas y militares con el propósito de lograr el sometimiento del contendor.

El objeto, por tanto, no es la inclusión de sectores sociales en resistencia, es su abdicación, así la persecución se extiende categorizando como rebelde a sectores sociales y políticos en oposición no armada que terminan victimizándose bajo la doctrina de emergencia.

Además, la abierta posibilidad del uso de un estado de sitio punitivo como razón de guerra, permite la ocurrencia de todo tipo de arbitrariedades, configurando el *bellum punitivum* en el seno del derecho público interno.

Es importante destacar que los grupos armados que durante la vigencia de la constitución de Río Negro y el periodo de transición que inició la constitución de 1886 tenían características regulares en su confrontación y una notable filiación partidaria, cambian sustancialmente al culminar la guerra de los mil días, cuando ingresa al panorama de confrontación, la guerra de guerrillas. Así se fue forjando la concepción del rebelde guerrillero a la sombra del beligerante.

Es por ello que empiezan a gestarse prácticas desinstitucionalizadas de persecución al opositor político. Aparentemente había culminado la guerra civil, pero la crisis atenuante a un estado no consolidado, no lograba contener los ejercicios privados de violencia.

Se configuro así “una política contrainsurgente, basada en la construcción de un enemigo, entendido este, como el adversario supremo de los valores sagrados de la nacionalidad Colombiana. Con la denominación genérica de comunismo, se representa a un conjunto variopinto de sectores sociales, entre los que se incluyen

³⁰⁸ APONTE, Delitos Políticos, estrategias de defensa jurídica. Op. Cit., p.145.

a organizaciones campesinas y en general a aquellos que demanden reivindicaciones para mejorar sus condiciones de vida en contraposición a las políticas del estado.”³⁰⁹

La persecución penal de los rebeldes se realizó desde el *ius puniendi* y desde prácticas irregulares de guerra, que incluso impedían la humanización de la misma.

Empero, este contexto no impidió, que se realizaran continuas movilizaciones y protestas, lo cual condujo al ascenso del liberalismo en 1930 y con ello el surgimiento de un nuevo estatuto penal que actuaba bajo la política transversal de aquel entonces: domesticación y cooptación de las luchas populares.

El código penal de 1936 incorpora la teoría mixta,” según la cual para la configuración del delito político, se requiere de la presencia simultánea de un hecho objetivamente antijurídico, es decir que atente contra el régimen constitucional y de motivos subjetivos altruistas”³¹⁰, permitiendo así la existencia de un tratamiento favorable, pese a la extensión de la aplicabilidad del tipo a otras conductas.

Así las cosas, sobre la base de una suerte de secularización progresiva de la teoría del delito, no fue la discusión en torno a la naturaleza del delito político como una entidad del mundo objetivo, autónoma y preexistente a las decisiones gubernamentales, sino las respuestas del ejecutivo a las necesidades eventuales, de conceder amnistías e indultos, en orden a posibilitar y a propiciar negociaciones de paz, las que constituyeron, en forma creciente el ámbito fundamental para definir el delito político y con ello para determinar la extensión de la noción de conexidad³¹¹

Progresivamente se gestaba un proceso de criminalización en la sociedad bajo el paradigma de la enemistad lo cual ampliaba sustantivamente la recharacterización del delincuente político, estigmatizando así al luchador social, sin embargo hasta ese entonces se mantenía la renuncia estatal a castigar la muerte y las lesiones causadas en combate, excluyendo la sanción de muchas conductas por su conexidad al delito de rebelión.

La defensa jurídica de todos los actores inculcados, se convirtió entonces en una tarea inaplazable, “el escenario judicial estaba enmarcado por un entorno creciente de polarización política en el cual de un lado aparecía el aparato estatal que, fundado en aquel “miedo a la revolución”, perseguía indiscriminadamente toda oposición -armada y no armada- y, del otro: un extenso número de víctimas producidas por la reacción estatal. La defensa

³⁰⁹ VEGA CANTOR, Op. Cit., p. 379.

³¹⁰ OROZCO ABAD, Op. Cit., p. 169.

³¹¹ *Ibíd.*, p. 170.

jurídica significó, sobre todo, un ejercicio político de acción contestataria. El proceso penal, tanto más si se adelantaba en un Consejo Verbal de guerra, con la presencia misma del enemigo militar, era convertido por el rebelde y sus abogados en un escenario de pugna con el Estado, en un terreno de lucha política. La politización del proceso, lo político dentro en él se vivía ahora, a diferencia de años anteriores, claramente como antisistémico³¹².

La defensa de ruptura tenía un carácter completamente político, se asociada a la lógica de la dialéctica de enemistades, característica de un estado que no ha logrado la consecución de la paz. Su técnica pretendía confrontar las ideas y avergonzar al estado de la persecución judicial, se impugnaba como tal el orden social establecido. La disputa de universos valorativos distintos, se resolvía en última instancia en el terreno de la fuerza y la coercibilidad estatal. Importante acotar que este estilo de defensa solo era posible por la existencia del tipo penal de rebelión en un contexto donde incidía aún el derecho de gentes.

Los acontecimientos del 9 de abril de 1948 transfigurarían el tratamiento benigno que se venía suministrando por parte del estado, dado los niveles de las acciones de resistencia. Se empieza a juzgar a los rebeldes por asociación para delinquir y delitos conexos, dejando de lado el reconocimiento a la complejidad de la acción del rebelde; esta situación se mantiene hasta la amnistía de 1954 y se agrava con legislaciones expedidas bajo la Declaratoria de Estado de sitio; Es así como se le entregan la investigación y juzgamiento de los rebeldes a los militares a través de los llamados consejos verbales de guerra, en procesos sumarios precedidos de la práctica de la tortura.

El conocimiento de los delitos políticos por parte de la jurisdicción militar gozaría de competencia durante un lapso de 30 años.

Sobre esta forma de "administrar justicia por los militares", se ha dicho que no respeta el principio del juez natural, se es juez y parte, no tiene autonomía ya que depende del Presidente de la República como comandante en jefe de las Fuerzas Armadas, etc. Es decir, quien combate a un enemigo, lo persigue, lo da de baja o lo captura, nombra los investigadores, rinde los informes, integra los consejos verbales de guerra, dicta la sentencia y nombra los magistrados que revisan las apelaciones, no constituye justicia imparcial, en ningún país o sistema³¹³.

El abandono de la concepción del beligerante y de la primacía del derecho de gentes, se reemplazaba por la implantación de un nuevo punitivismo que utilizaba el derecho penal como *prima ratio* y por un proceso de militarización de la justicia. Estos nuevos condicionamientos penales se desarrollaban en un contexto donde

³¹² *Ibíd.*, p. 150.

³¹³ DERECHOS HUMANOS, Op. Cit.

Colombia acentuaba la subordinación a los Estados Unidos en el terreno económico y en el terreno militar.

Estados Unidos integra a Latinoamérica y a Colombia en su particular visión de la seguridad hemisférica, entendida como el dominio estratégico del hemisferio occidental y el rechazo de la región a sus adversarios potenciales, entre los que se incluyen a los gobiernos del continente que no acaten los dictados de Washington, pretendan actuar de forma independiente en el manejo de sus relaciones internacionales e impulsen procesos democráticos autónomos³¹⁴

El apoyo militar brindado por Estados Unidos se materializa en asesoría de inteligencia, guerra psicológica, acción cívica militar, contraguerrilla y una necesaria adecuación de la política criminal como estrategia contrainsurgente.

La pacificación violenta como criterio para el tratamiento del opositor político, incluía la combinación de todos los dispositivos del estado desde el ius puniendi hasta los grandes operativos militares bajo la óptica de la recuperación territorial y la limpieza de las amenazas, un ejemplo de ello es la operación Marquetalia efectuada en mayo de 1964 “contra uno de los enclaves de autodefensas comunistas en el sur del Tolima, donde se ponen en práctica las recomendaciones de Yarborough, ya que se incluyen operaciones psicológicas, se bloquean áreas campesinas, se utilizan agentes clandestinos y a indígenas paeces como guías. Esas agrupaciones de campesinos son atacadas con gran poder de fuego por el ejército, se usan helicópteros y bombardeos, en la mayor acción contrainsurgente que se había realizado hasta ese momento en América Latina”³¹⁵

Igualmente la desinstitucionalización de la función penal hizo parte de las herramientas estatales que combatían al enemigo interno en medio de la implantación de la doctrina de la seguridad nacional.

En ese sentido, fenómenos como el paramilitarismo, entendidos como parte esencial de la estrategia contrainsurgente, no aparecen solo como respuestas a las acciones de la insurgencia o causados por la debilidad, fraccionamiento o desorganización de los aparatos estatales, sino como un proceso deliberado de detención y aniquilamiento de la insurgencia aún antes de la presentación de acontecimientos subversivos de especial significación o con capacidad de alterar el rumbo del sistema existente³¹⁶

No es de extrañarse por ello, que el código penal de 1980 establezca una nueva modalidad de peligrosismo con la creación del tipo penal de terrorismo.

³¹⁴ VEGA CANTOR, Op. Cit., p. 388.

³¹⁵ *Ibíd.*, p. 408.

³¹⁶ MONCAYO CRUZ, Víctor Manuel. *Hacia la verdad del conflicto: insurgencia guerrillera y orden social vigente en Conflicto social y rebelión armada en Colombia. Ensayos críticos.* Bogotá: Editorial gentes del común, 2015. p. 388.

“El artículo 127 del código penal de 1980, es ciertamente más amplio que la del código de 1936 en lo que respecta a la definición de los actos susceptibles de que se les aplique la exclusión de la pena, pero es así mismo más restrictivo en lo que respecta a la determinación de los límites de dicha exclusión, en la medida en que a la ferocidad y a la barbarie se agrega ahora, por primera vez en la historia Colombiana del delito político, el terrorismo.

El comentado artículo 127 del código penal de 1980 preceptuaba:

“Los rebeldes o sediciosos a pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo”³¹⁷.

Este nuevo tipo implicó el abandono de la tradición liberal de los bienes jurídicos individuales para la implantación de nuevos y confusos bienes jurídicos colectivos como la seguridad pública. El terrorismo como delito de mera conducta se caracteriza entonces, por sus medios de destrucción colectiva.

La definición de terrorismo del artículo 187, se ha hecho extensiva no solo al ataque contra personas sino también contra bienes, asimilándose así, el sabotaje al terrorismo, lo cual subyacentemente en relación de la aplicabilidad de los delitos conexos a la rebelión propiciaría la ausencia del beneficio de exclusión de la pena, omitiendo los beneficios del tratamiento jurídico suministrado al rebelde.

Nuevamente se genera una colisión en términos de las prerrogativas a desarrollar, por cuanto el artículo 26 del protocolo II, adicional a los convenios de Ginebra de 1949, define al terrorismo como un delito contra la vida, perpetrado con la intención de producir pánico entre la población civil y con ello un crimen de guerra, mientras que el derecho interno lo define como un delito que amenaza la vida y los bienes, en sí la seguridad pública,

El punitivismo en la lógica de la emergencia utiliza el derecho como una herramienta bélica sustentada en los criterios de la enemistad, sofisticando los procedimientos para evitar el tratamiento benévolo del opositor político.

El peligrosismo creado por el nuevo tipo penal, dejaba la puerta abierta para que los tipos penales abiertos y difusos criminalizaran a más actores sociales, el primado de la seguridad se convertía en la razón por excelencia de la existencia del estado, sustituyendo a la paz y dinamizando los dispositivos judiciales para preparar el continuismo de la guerra.

Por esta época, es menester mencionar, sale a la luz, el primero de los grandes estatutos de excepción expedidos para la regulación del orden público durante los

³¹⁷ OROZCO ABAD, Op. Cit., p. 179.

últimos decenios, el decreto 1923 del 6 de septiembre de 1978 comúnmente llamado estatuto de seguridad.

Este compendio fue la cristalización de un proceso de afinamiento de la implantación de las medidas de excepción como respuesta a las expresiones de protesta popular no armada, que se aplicaban en conjunto con las acciones militares contrainsurgentes, construyendo así una política cívica, punitiva y militar para el tratamiento del conflicto.

En síntesis y recogiendo los decretos anteriores, el estatuto de seguridad cumplió básicamente las siguientes funciones: creó nuevas figuras penales, aumentó las sanciones para las ya existentes, amplió la competencia de la jurisdicción castrense, ratificó las facultades extraordinarias para las autoridades locales y estableció mecanismos de censura para la prensa y televisión.

Ahora bien, en lo que respecta al tratamiento del delito político, resulta importante aclarar que el estatuto de seguridad debe ser pensado, todavía fundamentalmente en el horizonte cultural del paradigma del combatiente-rebelde. “A pesar de que en sus considerandos el estatuto alude a la ocurrencia de prácticas terroristas, dirigidas a producir efectos políticos, encaminados a desvirtuar el régimen republicano vigente, la verdad es que el terrorismo no accede todavía, en el a la condición de tipo penal autónomo³¹⁸.

No obstante, se edifica un ataque sistemático a la caracterización del tipo penal de rebelión, este estatuto contemplaba una gama de figuras criminales de responsabilidad objetiva, destinadas a destruir la conexidad de la rebelión, si bien no de forma taxativa y directa, se iba estructurando el camino hacia la desnaturalización del delito político.

El estatuto se convierte así en una herramienta de agudización del tratamiento de los rebeldes y de criminalización de la protesta social, el derecho de emergencia en su lógica de enemistad invade la política criminal y los dispositivos normativos en pro de mantener la excepcionalidad como estrategia punitiva para lograr ventajas en la confrontación a favor del estado.

“El estatuto se maneja desde la lógica de la guerra, por esta razón encontramos que criminaliza la protesta social, los movimientos sociales fueron asimilados a la subversión armada, la protesta ciudadana se toma en varios casos como rebelión.”³¹⁹

Entre los años de 1984 y 1985 se produce la irrupción masiva del narcotráfico como actor político militar, lo cual había conducido a la generalización del terrorismo como recurso de confrontación; Estas acciones generarían mayor

³¹⁸ *Ibíd.*, p. 179.

³¹⁹ APONTE, Delitos Políticos. Estrategias de defensa jurídica, Op. Cit.

ambivalencia en relación al tratamiento jurídico de la rebelión dada la suplantación que este nuevo tipo propiciaba, desnaturalizando así, los delitos políticos.

Colombia participa en la lucha contra la economía trasnacional de narcóticos en los términos planteados por Washington, con lo cual accede a créditos y se convierte en el principal receptor de asistencia militar en la región, lo que cimienta su posición dependiente y subordinada. El tema antinarcóticos se torna en un mecanismo clave de intervención e injerencia en Colombia. Por ejemplo en 1984 Lewis Tambs, embajador de Estados Unidos en Colombia, califica a las insurgencias colombianas como narco guerrillas, que deben ser tratadas como delincuentes comunes y combatidas con todo el peso de la asistencia militar estadounidense, una acción que apunta directamente a dinamitar los diálogos de paz que se inician en ese año durante la administración de Belisario Betancourt. En esos momentos la tesis no prendió, pero en el contexto post guerra fría, que la lucha anticomunista pierde actualidad, aquella denominación es desempolvada y vuelve a tener audiencia.³²⁰

La convergencia de múltiples actores armados y el dominio del mercado de narcóticos caracteriza la violencia en Colombia, la mafia afecta a todos los sectores sociales y dificulta en términos de política criminal la caracterización del rebelde por cuanto se trata de desvirtuar los ejercicios de resistencia campesina que surgen a partir de la producción de cultivos de uso ilícito como práctica de sustento de comunidades rurales marginadas, con la reducción de este fenómeno social a la comisión de conductas punibles, criminalizando así los actos de resistencia no armada de los campesinos, no solo a través de la imputación de delitos políticos sino a través de la imputación de delitos comunes, sumado a ellos los movimientos insurgentes generalmente ubicados en las periferias de la geografía del país se vinculan directa o indirectamente en dicho mercado, complejizando la identificación de la comisión de delitos políticos por la conexidad con otro tipo de conductas.

La mafia como nuevo actor económico, social y político irrumpe ante la política antidroga con acciones contundentes en contra del estado a través de atentados, colocación de artefactos explosivos en establecimientos públicos, asesinatos selectivos, vitalizando con ello el tipo penal de terrorismo.

En estos años se efectúa el proceso de paz del gobierno de Belisario Betancourt, los diálogos inciden notoriamente en la política criminal con la promulgación de la amnistía, “el Estado pasó a una voluntad de pacificación. El delito político, que se encontraba en un primer plano, en tanto fuente de criminalización indiscriminada durante el periodo anterior, pasa también a un primer plano en el segundo, pero

³²⁰ VEGA CANTOR, Op. Cit., p. 412.

esta vez como recurso "ad hoc" del Ejecutivo en el contexto de una negociación política: se rescató la politicidad del actor, para darle curso a la negociación"³²¹

Se configuro así inicialmente una concepción laxa de la conexidad para ser beneficiario de la amnistía, empero estas medidas para lograr la reincorporación de actores armados, se enfrentarían al terrorismo, como nuevo tipo penal que dificulta la caracterización del rebelde al tratar de desvirtuarla por el uso de prácticas de guerra, que como toda acción bélica generan terror.

La expedición del decreto 180 de 1988 profundiza más este proceso, con la creación del estatuto antiterrorista:

Según Orozco³²² "en su articulado coexisten entonces, como expresión de la ausencia de teoría y del exceso de pragmatismo que orientan, en todas las latitudes, el tratamiento del terrorismo, por lo menos tres tipos de definición de los actos terroristas, a saber: 1. Tipos de conducta alternativa, continentes de definiciones objetivas, estructuradas en función de la modalidad de acción y que representan al margen del principio de culpabilidad, un principio de responsabilidad objetiva, 2. Tipos penales que contienen conductas tipificadas como delitos comunes pero a las cuales se les agrega la finalidad terrorista y 3. Tipos penales calificados como de terrorismo en función del sujeto pasivo de la acción.

El artículo 1 del mencionado estatuto suprime el elemento intencional de que habla el artículo 187, puesto que ya no se requiere probar la intención terrorista, sino solo demostrar que la conducta objetiva ha generado zozobra y terror en la población

Parecería en tal sentido, que la valoración judicial de los medios y del efecto psicológico sobre la población sustituye a la intención. Las expresiones "medios de destrucción colectiva" y "medios capaces de causar estragos" contenidas en una y otra norma, por su parte, igualmente equívocas y susceptibles de un uso arbitrario".

La existencia del tipo penal de terrorismo como límite a la conexidad con el delito de rebelión, en los términos del artículo 127 provocó una colisión de competencias entre los jueces especializados, los jueces de orden público y los jueces ordinarios. Así la concurrencia de múltiples tipos penales de mera conducta y de responsabilidad objetiva, determinaría que el delito político sea inaplicable, dado que sería imposible o inadecuado para los jueces o para los defensores, su utilización en un contexto judicial.

³²¹ APONTE, Delitos Políticos, estrategias de defensa jurídica, Op. Cit., p. 156.

³²² OROZCO ABAD, Op. Cit., p. 184.

De esta manera, se transita de la dominancia del tipo penal de la rebelión hacia la dominancia del tipo penal del terrorismo.

Pero el hecho de que el primado de la política criminal sobre la ontología jurídica haya sustraído la discusión sobre la rebelión y el terrorismo de ámbito del conocimiento del objeto y la haya transpuesto al ámbito de la decisión y del arbitrio del sujeto, ha determinado que la historia del delito político se haya alejado, parcialmente de la lógica de la historia de la violencia política.

La entronización prematura del tipo penal del terrorismo, en cuanto importado de la actual legislación europea, como figura dominante y como virtual sustitutivo del delito de rebelión y su aplicación ampliada a la represión de la protesta social y política no armadas, constituyen, en tal sentido un grave error de apreciación histórica, con nefastas consecuencias en el ámbito político criminal y jurídico penal³²³

Sobre el delito de terrorismo la corte Suprema De Justicia ha expresado frente a los elementos de tipo:

Se trata de un hecho punible con un ingrediente subjetivo referido a los fines perseguidos por el infractor de crear o mantener un estado de zozobra, o perturbar el orden público, mediante el empleo de medios de destrucción colectiva contra personas o bienes, Es pues un tipo que requiere la utilización de medios peligrosos, pero de mera conducta, pues no es necesario que las personas o cosas sufran daño, es decir que sean alcanzados por los objetos peligrosos o inflamables³²⁴

Frente a la conexidad "Pero es igualmente muy probable, que la conexidad se presente con los denominados delitos políticos, porque de manera casi necesaria las actividades terroristas andan de la mano con los delitos políticos, porque en realidad aquellos son los medios instrumentales utilizados para conseguir los fines últimos de la actividad política subversiva, esto es la toma del poder y el cambio de la estructura constitucionalmente establecida."³²⁵

Efectivamente el terrorismo subsumiría en su ambigua definición multiplicidad de prácticas ejercidas por diferentes actores, obviando así las causas y los fenómenos que han desatado la violencia en Colombia.

El derecho penal, más construido como un derecho penal político del enemigo, vive la pretensión "eficientista" de agrupar artificialmente y sin reparar en diferencias, todos los actores colectivos que enfrentan al Estado, en el absoluto de la "asociación para delinquir": guerrillas, narcotraficantes,

³²³ Ibíd., p. 192.

³²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Magistrado Ponente. Jorge Carreño Luengas. 4 de octubre de 1988

³²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Magistrado ponente: Edgar Saavedra Roja. 15 de septiembre de 1988

paramilitares, terroristas, delincuentes comunes organizados, son abstraídos todos y conjugados en el mismo universo criminalizante.³²⁶

La categorización homogénea tiene importantes repercusiones puesto que no es lo mismo el juzgamiento de un actor colectivo como las guerrillas y su altruismo motivacional, que el tratamiento de los narcotraficantes, cuyo afán de lucro privado responde exclusivamente a motivos egoístas, que incluso por el control territorial ha desencadenado en claras alianzas entre las mafias y grupos paramilitares, como un nueva forma de práctica contrainsurgente en el país.

El narcotráfico Colombiano surge, en realidad, en un ámbito cruzado por múltiples violencias y sobre todo en un momento de auge de la violencia guerrillera, así que algunos de sus exponentes principales como el cartel de Medellín, avocados como se ven a enfrentar a los insurgentes se politizan. La simple intraestatalidad del negocio se transformó, luego de algunos titubeos en la para estatalidad de proyecto anticomunista y de la lucha antiguerrillera³²⁷

Notablemente se perjudicaría el tratamiento benigno brindado a los delincuentes políticos, que se encontrarían en vía de extinción, tras categorizarse toda práctica como terrorista, máxime si tenemos en cuenta que la rebelión en nuestro país, en su comisión, ha sido ampliada a otros fenómenos de resistencia que no incluyen las acciones bélicas.

La aplicación del principio no bis in ídem, es una garantía constitucional que impide la doble imputación, la aparición del tipo de terrorismo en cumplimiento de este principio desplaza a los delitos políticos por antonomasia, estableciendo así que el tratamiento al opositor político armado y no armado se perfile desde un punitivismo enraizado en la concepción del enemigo interno, impidiendo la benignidad impulsada por el derecho de guerra, que pervivía en varias disposiciones legales.

Dado este viraje la defensa técnica de los delincuentes políticos se modifica sustancialmente, si antes la defensa de ruptura impulsaba la imputación del sindicado como rebelde para hacerlo acorredor de los beneficios, ahora se asumía al rebelde con el terrorista y por ello la defensa trataba a toda costa de evitar la imputación de delitos políticos, puesto que el camino que brindaba mayores garantías era los procedimientos y las penas atribuidas a los delitos comunes.

El único criterio que ha alimentado nuestra práctica jurídica, es la búsqueda de la inocencia del sindicado. Ante la acusación de terrorista, todos los recursos los movemos para desvirtuarla. El primero de ellos: la negación de la rebelión. En efecto, si antaño la defensa se tejía con vehemencia desde la rebelión, a partir del año 88 y frente al universo totalizante del terrorismo, el altruismo, la

³²⁶ APONTE, Delitos Políticos, estrategias de defensa jurídica. Op. Cit., p. 140.

³²⁷ OROZCO ABAD, Op. Cit., p. 247.

convicción del autor, se niegan desde la defensa. Sólo se alega la rebelión, en el caso inminente de la flagrancia en combate; únicamente cuando hay captura posterior al contacto armado, ella se alega. La condición de rebelde se niega, pues a pesar de existir formalmente el tipo penal de rebelión en la legislación penal, en la práctica judicial real, el rebelde pasó a ser juzgado como terrorista³²⁸.

El proceso penal de ruptura cedió ante el proceso penal de connivencia, donde la estrategia judicial gira en torno a las garantías, derechos y libertades, donde la actividad se dirige a contra argumentar, a probar los hechos que conduzcan a la inocencia o a una mejor condición del procesado.

La concepción del enemigo dentro de la política criminal ha propiciado el ejercicio privado de la justicia, con múltiples complejidades, manifestaciones con agudas repercusiones históricas que contundentemente marcaron los años 80 y 90, sin eludir por ello la caracterización del fenómeno como transversal dentro de la política y la guerra en Colombia.

En el caso Colombiano, la contrainsurgencia adquirió con posterioridad a los años ochenta, en efecto, rasgos muy definidos y explícitos, pues logró comprometer a muchas fracciones de las clases dominantes, incluido la de los agentes emergentes de la economía de los narcóticos: obtuvo financiación estatal; contó con la cooperación técnica y económica de los Estados Unidos de América y articuló a las formas privadas de seguridad.

En este sentido fenómenos como el paramilitarismo, entendido como parte esencial de la estrategia contrainsurgente, no aparecen solo como respuesta a las acciones de la insurgencia o causados por la debilidad, el fraccionamiento o desorganización de los aparatos estatales, sino como proceso deliberado de detención y aniquilamiento de la insurgencia, aún antes de la presentación de acontecimientos subversivos de especial significación o con capacidad de alterar el rumbo del sistema existente.³²⁹

Las masacres y el exterminio perpetuado por estos años demostraron no solo la deshumanización de la guerra, sino el surgimiento de una nueva etapa donde abiertamente las autodefensas expresaban su ideología anticomunista en clara alianza con fuerzas militares, funcionarios del estado y la mafia.

Teniendo en cuenta que en 1987, la Corte Suprema de Justicia declaró contrario a la Constitución política, la investigación y juzgamiento de civiles por parte de los tribunales militares, aparece para 1990 el estatuto para la defensa de la justicia, más conocido como justicia sin rostro, que estableció la llamada justicia regional, la cual instituyó procedimientos que mantenían la reserva de jueces y testigos, cubriendo así el vacío que dejaba la justicia penal militar.

³²⁸ APONTE, Delitos Políticos, estrategias de defensa jurídica, Op. Cit., p. 160.

³²⁹ MONCAYO CRUZ, Op. Cit., p. 31.

La justicia sin rostro establecía la reserva de identidad de fiscales, jueces, tribunales y auxiliares de la justicia, incluyendo al representante de la Procuraduría que actúa en los procesos. También creó los tristemente famosos testigos sin rostro, figura que fue utilizada para hacer temerarias acusaciones y cometer terribles arbitrariedades.

La justicia sin rostro también se caracterizó por desconocer el principio de la presunción de inocencia; la única medida de aseguramiento era la detención preventiva. No se realizaban audiencias públicas, sino que el trámite procesal era puramente escrito, permitió la legalización de la tortura a través de las llamadas "versiones libres y espontáneas", facilitó privaciones de libertad arbitrarias, estableció una desigualdad manifiesta ante la ley; por ejemplo, al duplicar términos para algunas etapas procesales y para la obtención de libertades. En fin, la justicia sin rostro es el ejemplo patético de lo que es un sistema puramente inquisitorial³³⁰.

De esta manera se agudizaba el tratamiento brindado a los rebeldes mediante la generación de procedimientos que minaban las garantías para su defensa jurídica. "Se dice que esta justicia termina con el tipo de los delitos políticos y su complejidad porque todo lo enfoca hacia el debate jurídico del delito de terrorismo y no hace distinción entre terroristas y opositores sociales y políticos"³³¹.

Si bien se pasó de la defensa de ruptura, a la defensa de connivencia, la expedición de este estatuto determina la imposibilidad de defender al opositor político en el marco legal establecido puesto que no es factible argumentar y contra argumentar en esquemas cuasi clandestinos y estrechos.

Es un hecho. El derecho penal de enemigo, más que en la norma sustancial, encuentra su máxima fuerza como instrumento privilegiado de persecución estatal indiscriminada, en la norma procesal: en el terreno concreto del proceso penal. Más aún, en el itinerario de construcción de la prueba judicial. Aquel incorpora la noción de "enemigo", pero no a partir de la imparcialidad, o de la "neutralidad valorativa" y no discriminación moral del enemigo propias del derecho internacional de los conflictos armados en su constatación empírica del enemigo, sino que lo hace, alimentado por una extrema carga simbólica y moralizante, como paradigma general a partir del cual se impulsa una más agresiva criminalización: se trata de neutralizar, como lo hemos observado desde nuestra reseña histórica del contenido del delito de rebelión, más que un procesado o sindicado, un objetivo militar. El primer paso es la criminalización indiscriminada la confusión de los actores; el segundo y donde mayor impacto suscita de hecho la idea de "eficacia": el obstáculo para la construcción real de la verdad procesal³³².

La justicia como procedimiento instaurado bajo la noción del enemigo interno propio de la doctrina de seguridad nacional nació con el pretexto de luchar contra

³³⁰ DERECHOS HUMANOS, Op. Cit.

³³¹ APONTE, Delitos Políticos, estrategias de defensa jurídica, Op. Cit., p. 148.

³³² *Ibíd.*, p. 166.

el narcotráfico, pero la verdad es que por su estructura legal y por su funcionamiento, en la práctica fue un instrumento esencialmente contrainsurgente y un mecanismo efectivo para criminalizar la protesta popular y social que se desarrollaba dentro de los cauces constitucionales y legales.

“A través de esta normatividad, el Estado desarrolló una verdadera guerra punitiva mediante la cual consolidó la judicialización del conflicto social y armado en una clara tendencia a guerrerizar la administración de justicia”³³³.

La incapacidad de configurar al estado como un verdadero monopolio legítimo y eficaz de la violencia ha conllevado en varios episodios a la realización de procesos de paz con los grupos armados, uno de ellos permitió que en 1991 surgiera la constituyente, con un agravante el mismo se surtió en medio de la declaratoria de un estado de sitio, el nuevo pacto social nacía mediante el uso del derecho de emergencia.

La producción de la nueva carta política se desarrolló en un contexto donde se pretendía equilibrar la autoridad y la libertad y por ello fue objeto de discusión el que hacer del estado ante las situaciones caóticas que impliquen un ataque al orden establecido.

El pasado histórico materializado en el abuso del estado de sitio, provocaba el necesario debate del control de las facultades del estado en este tipo de circunstancias, surge así la propuesta de estado de excepción.

En contravía de la propuesta gubernamental de reforma constitucional y su idea de establecer grados en la perturbación del orden público interno, la nueva institución proyectó su carácter excepcional, antes que anda, en el hecho de reconocer que la declaratoria solo cabe en circunstancias límites y extremas de guerra exterior y de conmoción interior.

El estado de excepción externa existe solamente para la hipótesis extrema de la guerra exterior, en tanto que el estado de excepción interno, para la hipótesis igualmente extrema de graves perturbaciones del orden público que atenten de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del estado y la convivencia ciudadana. No queda pues duda, sobre el interés del legislador en evitar que estadios menores de la perturbación del orden público interno, como los que corresponde al carácter endémico de la violencia colombiana, dan lugar al uso y a la anormalización del estado de excepción. Para tales eventos de menor gravedad y que constituyen el pan de cada día deberán bastar los instrumentos ordinarios de carácter policivo.³³⁴

El límite interpuesto al ejecutivo, se evidencia también en la forma cómo se toma la decisión de conmoción interior y en el control de la misma, al determinar que

³³³ DERECHOS HUMANOS, Op. Cit.

³³⁴ OROZCO ABAD, Op. Cit., p. 302.

sea el congreso el que autorice, reforme o derogue la solicitud del gobierno en cualquier época, instaurando así el principio liberal de pesos y contrapesos. En ese sentido la Corte ejerce el control automático de constitucionalidad para los decretos legislativos.

También se establecieron límites a los términos de vigencia de los decretos legislativos producidos durante la excepción.

En lo que atañe a tratados internacionales y al estado de excepción, es importante recordar como en el capítulo IV del título primero: “De la protección y aplicación de los derechos”, se consagró una norma según la cual los tratados y convenios internacionales ratificados por el congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecerán en el orden interno. Esos derechos y garantías deben hacer, en todo caso parte del llamado núcleo intangible de la carta.³³⁵

El derecho internacional humanitario de la misma manera que el derecho de gentes, al cual reemplazó, debe ser considerado como un continuador del derecho de los conflictos armados, solo así puede potenciar su potencial humanizador y negociador, evitando así el punitivismo y visiones absolutas del enemigo que alimentan la guerra.

Es importante destacar también que la carta eleva a rango constitucional el principio “En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar” con el ánimo de frenar las profundas violaciones al debido proceso y demás garantías efectuadas por los tribunales castrenses, en el uso de sus facultades en relación a los delitos políticos y al juzgamiento de casos en que se haya vulnerado el bien jurídico tutelado del orden público y la seguridad del estado.

Lastimosamente todos los controles y criterios irrestrictos consagrados en la carta política se quedaron en el papel, puesto que toda la legislación de excepción contenida en los criticados estatutos para la defensa de la democracia y de la justicia se convirtió en legislación ordinaria.

Los estatutos para la defensa de la democracia y la justicia, convertidos en legislación ordinaria, luego de haber sido depurados de algunas de sus formulaciones más anacrónicas e inconstitucionales, son un instrumento de guerra contrario a los derechos fundamentales, pero sobre todo al debido proceso y a la regla de la libertad. Sus tipos penales son recursos difusos de rastreo, más aptos para la caza de brujas que para la persecución de delitos específicos. La asimilación que hacen de la protesta social al terrorismo (ya no rebelión) significa un espaldarazo legal- legitimatorio a los violadores oficiales y paraoficiales de los derechos humanos. El estatuto para la defensa de la

³³⁵ Ibid., p. 306.

justicia está diseñado, en muchos aspectos, no para posibilitar un juicio justo, sino una condena rápida³³⁶

En relación a los delitos políticos la carta estableció varias medidas que caracterizaban un tratamiento beneficioso a la comisión de este tipo de conductas.

“La Constitución colombiana de 1991 reconoce una distinción básica entre delitos comunes y delitos políticos. Por lo tanto, aquella diferenciación doctrinaria del derecho penal es elevada –en nuestro caso– a rango constitucional al quedar incorporada en dicha Constitución, la cual emplea estas dos categorías de delitos para delimitar unos privilegios de naturaleza política y constitucional en concreto. En sentido estricto, se puede ver expresamente la palabra “delitos políticos” en ocho artículos de nuestra Carta Fundamental actual: en una ocasión. Cuando se refiere a la extradición (art. 35); en dos ocasiones, cuando se refiere a la amnistía y al indulto (art. 150, núm. 17 y art. 201, núm. 2); en tres ocasiones, cuando se refiere a los requisitos para ocupar determinados cargos públicos de elevada importancia (art. 179, núm. 1, art. 232 y art. 299) y, además, en dos disposiciones transitorias (arts. 18 y 30). Con relación a la extradición, el artículo 35 de la Constitución la prohíbe solamente cuando se trata de delitos políticos. Esta cláusula constitucional de limitación a la extradición se repite textualmente en el Código Penal y en el Código de Procedimiento Penal. La no extradición de delincuentes políticos está asociada, en cierto nivel, a la concesión del asilo. En tal sentido, se dice que la concesión del asilo es el aspecto positivo y la denegación de la extradición el aspecto negativo de la protección liberal de los Estados frente al delincuente político (Montoro, 2000, pp. 139-140; García, 2005, p. 6)”.³³⁷

Importantes postulados favorables para el uso de la reacción estatal frente al rebelde, empero las prerrogativas serían inutilizables al entrar en vigor el terrorismo como tipo que suplanta a los delitos políticos y que se aplica indiscriminadamente a prácticas de protesta social armada y desarmada. Esta condición se afectaría con mayor profundidad con la sentencia c 456 de 1997.

La decisión de la Corte Constitucional (Sentencia C-456 de 1997) de declarar inconstitucional el artículo 127 del Código Penal fue el golpe final para el delito político. El mencionado artículo consagraba la exención de pena por hechos punibles cometidos en combate, entre ellos el homicidio, al igual, el artículo 184 del Código Penal Militar cuyo texto es exacto al 127 mencionado y por tanto la decisión se refiere a los dos.

³³⁶ *Ibíd.*, p. 311.

³³⁷ EL DELITO POLÍTICO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: <http://www.scielo.org.co/pdf/papel/v16n2/v16n2a03>

La corte considera que el artículo 127 consagra una verdadera amnistía general, que viene a ser lo que el profesor Luis Carlos Pérez denomina "causal de impunidad", y la define así:

Amnistía general, anticipada e intemporal. Es general, porque comprende a todos los rebeldes o sediciosos, sean ellos particulares o miembros de las Fuerzas Armadas de la República, y porque abarca todos los hechos punibles cometidos en combate, con sólo unas excepciones. Es anticipada, porque durante la vigencia de la norma los rebeldes o sediciosos saben que cualquier delito que cometan (con la limitación indicada) no estará sujeto a pena alguna. Y que ni siquiera será objeto de investigación, pues ésta se hará únicamente en relación con los delitos de rebelión o de sedición. Y es intemporal, porque no está sujeta a límite en el tiempo y comprende todos los delitos cometidos por los rebeldes o sediciosos antes de la vigencia de la norma y durante ella.³³⁸

En este sentido solo el congreso puede conceder amnistías o indultos, por tanto se estaría violando la constitución, además se manifiesta que es inadmisibles proporcionar semejantes beneficios a quienes voluntariamente han incurrido en algún delito político, violando así la ley.

Ante este fallo la corte aclara que el delito político no desaparece del ordenamiento jurídico nacional porque subsisten todas las normas de la Constitución que le dan, en forma excepcional, un tratamiento favorable a sus autores; y, queda en pie, especialmente, la posibilidad de que el Congreso, en la forma prevista en el numeral 17 del artículo 150 de la Constitución, por graves motivos de conveniencia pública, conceda la amnistía y el indulto generales por delitos políticos.

El delito político se configuraría como tipo penal residual, pese a la existencia de un conflicto interno armado donde uno de los históricos protagonistas ha sido la insurgencia.

La esencia de la rebelión es el uso de las armas para combatir al Estado, obviamente en el enfrentamiento de los rebeldes contra el estado, se llevarán a cabo combates entre las fuerzas en contienda produciendo necesariamente muertos en los dos bandos.

"Esta desnaturalización del delito político fue el inicio de la imputación a los insurgentes de una plétora interminable de crímenes comunes que estaban subsumidos en el delito político"³³⁹

³³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 456 de 1997. Magistrados Ponentes: Dres. Jorge Arango Mejía y Eduardo Cifuentes Muñoz.

³³⁹ PRENSA RURAL. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: <http://prensarural.org/spip/spip.php?article14918>.

Irónicamente con el fallo el delito político consiste en el mero porte de las armas para amenazar la estabilidad del Estado que se combate, porque si las mismas se usan en combate, el delincuente político pasa a ser un vulgar delincuente común.

De esta forma, si dentro de la lógica con que durante muchos años se había interpretado el delito político y al delincuente político como expresión del combatiente del derecho internacional de los conflictos armados, se había entendido que el centro del combate, que es la confrontación armada y la posibilidad de producir la muerte del combatiente adversario, absorbía una diversidad de actos, desde 1997 se elimina esta posibilidad y los actos ligados al combate pasan a ser criminalizados de manera independiente. En esta decisión hay una postura relacionada directamente con una forma de comprensión del conflicto, de los enemigos, del derecho penal político ligado a la confrontación armada, etc. Las coyunturas de la política y del mismo conflicto armado, inciden si duda en estas decisiones. También desde luego la propia degradación, desideologización y despolitización de la confrontación³⁴⁰.

El derecho penal del enemigo como sustento de la doctrina contrainsurgente en el país armoniza los instrumentos penales con el ánimo de obviar los tratamientos beneficiosos de los enemigos bajo la lógica de la guerra y del objetivo de eliminación del contendor. Con ello, los rebeldes no gozarían de tratos favorables, el ius puniendi sería un instrumento más de la confrontación.

Mediante la ley 104 de 1999 entra en vigencia los juzgados de justicia especializada que derogan la justicia sin rostro, no obstante, pese a los cambios formales, de fondo, se conservaron muchos de los procedimientos establecidos por la justicia regional.

“La ley 104 creó los llamados *jueces penales de circuito especializados*, que conservan la competencia para juzgar los mismos delitos que conocían los jueces sin rostro bajo trámites también especiales. En otras palabras, con la ley 104 se mantiene la existencia de una jurisdicción especial que atenta contra el postulado de la igualdad ante la ley”³⁴¹.

Los delitos políticos desplazados por el tipo de terrorismo se sustanciaban en procedimientos sui generis, propios de un sistema penal endurecido con los actores sociales declarados enemigos del estado.

De igual manera los pronunciamientos de la Corte muestran cómo se consolida la nueva era donde el terrorismo prima sobre la rebelión, tenemos por ejemplo el fallo en casación 12-051 del 25 de agosto de 1999 donde las acciones militares efectuadas por las guerrillas en las ciudades no constituyen actos de combate, y

³⁴⁰ APONTE, Civiles y conflicto armado en la jurisprudencia de la sala penal de la corte suprema de justicia. Op. Cit., p. 9.

³⁴¹ DERECHOS HUMANOS, Op. Cit.

por ende las leyes de la guerra establecen un catálogo de mínimos y no se constituyen en mecanismo de autorización de cualquier acto.

El margen de actuación de los rebeldes disminuía y con ello la posibilidad de la configuración de los delitos políticos, sus acciones quedaban aisladas de cualquier propósito político y por ende atribuibles así a las conductas punibles comunes.

El nuevo código penal y de procedimiento penal mantiene la desnaturalización del delito político pese a su incorporación en los estatutos, la acción contra estatal armada se tipifica desde el terrorismo o peor aún desde el narcoterrorismo, eludiendo contundentemente la connotación política del levantamiento armado de las guerrillas en Colombia.

La nueva estrategia punitiva contrainsurgente se enfoca desde entonces en la suplantación del delito político por el terrorismo, si bien la ley 599 del 2000, la ley 960 de 2006 incrementan las penas para los delitos políticos, en la práctica la mayoría de acciones militares contra el estado se procesan mediante el nuevo tipo penal ahora reinante.

El terrorismo sigue como tipo penal abierto, siendo completamente difuso y permitiendo su aplicabilidad a multiplicidad de fenómenos permitiendo una discrecionalidad excesiva a la hora de la adecuación típica, sumado a ello la rebelión en medio de ese contexto queda peligrosamente reducida a la mera acción contra estatal que permite la judicialización de expresiones no armadas de oposición al régimen.

“Desprovisto de su esencia, el delito político de rebelión se convirtió en Colombia en el instrumento legal para penalizar a la oposición no armada, como si no bastasen ya los suficientes tipos penales bastante difusos con los que se restringe la movilización social y se criminaliza a los opositores. El absurdo jurídico colombiano llega así a su cénit con el tipo penal de “rebelión armada sin armas”³⁴²

Las nuevas providencias evidencian la agudización del debate en torno al delito político al centrar la discusión no en la complejidad del mismo y en las acciones subsumidas en los tipos penales, sino en la trasfiguración del asesinato de militares en tanto funcionarios públicos como agravante de la conducta punible.

Ya el debate no es sobre la posible confluencia o no de diversos actos relacionados con el combate en el sentido clásico, ni sobre aquellos delitos que deben situarse fuera de la dinámica misma de la rebelión. Ahora las posturas jurisprudenciales se radicalizan: de la discusión sobre la muerte en combate, como acto posible de ser absorbido por la dinámica estructural de la rebelión, se pasa al castigo como circunstancia de agravación punitiva,

³⁴² PRENSA RURAL, Op. Cit.

cuando se produce la muerte en combate de miembros de las fuerzas armadas en tanto funcionarios públicos. O también y esto es recurrente en las instancias, se agregan fines terroristas a la acción en su versión de homicidio con fines terroristas o lesiones personales con fines terroristas, etc. En estas condiciones la muerte del combatiente, es decir del soldado, por ejemplo ya no solo deja de ser concebida como posible acto ligado al combate, sino como circunstancia de agravación. Ya no es incluso el mero homicidio simple, absorbido por el delito político, sino un homicidio agravado³⁴³

La providencia 23.897 del 26 de enero de 2006 establece que en función del fallo de la sentencia 456 de 1997 la rebelión no se concreta exclusivamente en el combate, posee otro tipo de expresiones y por tanto justifica e concurso de otro tipo de conductas antes subsumidas en el marco de la complejidad del delito político.

Esta apertura de la aplicación del delito político propicia una peligrosa extensión de su adecuación típica a conductas enmarcadas dentro de la protesta social no armada, incluyendo de alguna forma el juzgamiento de opositores políticos civiles en la regulación de la confrontación interna.

Sumado a ello “la Convención Interamericana contra el Terrorismo, aprobada mediante la Ley 1108 del 2006, establece una lista de delitos que no se pueden considerar como políticos, para efectos de extradición o asistencia jurídica mutua”³⁴⁴.

En una sociedad conflictiva como lo es la colombiana queda proscrito prácticamente disentir con el andamiaje estructurado de dispositivos jurídicos funcionales a un punitivismo exacerbado construido desde la lógica de un derecho penal político del enemigo.

La carencia e imposibilidad de una definición de terrorismo, la necesidad de distinguirlo de la rebelión, los excesos de violencia antiterrorista a que han ido llegando los estados, la doctrina tradicional de la ONU, según la cual son los estados los que violan y protegen los derechos humanos y no los grupos subestatales; la carga emotiva y política que tiene de por sí el término terrorismo, que se expresa en rechazos y simpatías emocionales que impiden una valoración jurídica; la definición del terrorismo de estado como un uso abusivo de la fuerza contra sus opositores, violando sus derechos humanos, como una de las formas de violencia que mayor daño ha causado a la humanidad; la necesidad de diferenciar el terrorismo subestatal del conflicto armado, de las guerras de liberación o de la resistencia o rebelión, el peligro a

³⁴³ APONTE, Civiles y conflicto armado en la jurisprudencia de la sala penal de la corte suprema de justicia. Op. Cit., p. 24.

³⁴⁴ AMBITO JURIDICO. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-141512-06delitos_politicos/noti-141512-06delitos_politicos.asp?IDObjetoSE=21342

que lleva el miedo como objetivo del antiterrorismo, el cual puede llevar a estigmatizar razas, religiones, culturales; la enorme aceleración que tuvo el antiterrorismo después del 11 de septiembre de 2001, incluyendo resoluciones de la ONU de este periodo que han causado enorme daño a los derechos humanos, el hecho de que las definiciones del terrorismo violan dos principios elementales del derecho: el principio de legalidad y el de responsabilidad individual.³⁴⁵

El terrorismo se implanta por tanto en una alta gama de posibilidades de vulneración de los derechos humanos al impulsar el libre arbitrio estatal en los ejercicios de respuesta a las acciones de oposición y resistencia.

El terrorismo fortalece así la doctrina contrainsurgente desde la judicialización como estrategia punitiva de combate, por ello en adelante la mayoría de acciones estatales se enfocan desde la acción integral, el plan Colombia, el plan patriota demuestran la incursión de este tipo de instrumentos donde la lucha contra las drogas lleva consigo la criminalización de actores sociales, especialmente de procesos marcadamente en oposición al régimen.

La estrategia norteamericana pasa luego por el periodo de lucha contra el narcotráfico y se alianza y fortalece con el plan Colombia bajo el gobierno de Pastrana que rearma a las fuerzas militares y las prepara para afrontar a la insurgencia con la reorientación antiterrorista posterior al 11 de septiembre, en una fase de intervención directa de gran magnitud, calificada por el propio embajador norteamericano como de tal naturaleza que no hay ningún país incluíd Afganistán, en el que tuviéramos más actividad. Luego se asiste a la consolidación del plan Colombia en el contexto de la política de seguridad democrática y a la reorganización de la misión militar adjunta a la embajada norteamericana en Colombia, con efectivos militares que operan de manera clandestina en el comando especial de operaciones conjuntas, con la utilización de siete bases militares colombianas y de mercenarios y empresas privadas de seguridad, el apoyo a la acción adelantada por los grupos paramilitares y la organización de redes de inteligencia con la aparición del DAS, vinculadas a asesinatos del estado, incluidos los llamados falsos positivos³⁴⁶

El sofisma de la democracia y del autoritarismo subyacente nos recuerda la metáfora de Darío Echandía que definió al estado Colombiano como un orangután con sacoleva, mientras retóricamente se ofrecen garantías y derechos, se sofistican los métodos para la represión social.

³⁴⁵ GIRALDO MORENO, Javier. Aportes sobre el origen del conflicto armado en Colombia, su persistencia y sus impactos en Conflicto social y rebelión armada en Colombia. Ensayos críticos. OGOTÀ: Editorial gentes del común, 2015. p. 215.

³⁴⁶ MONCAYO CRUZ, Op. Cit., p. 33.

“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”³⁴⁷

Empero pese al cadáver político y legal en que se convirtió el delito político tras el auge del terrorismo y con las diferentes providencias judiciales que impulsaron su desnaturalización, con un marcado utilitarismo se trató de revivir el tipo de asonada para permitir el uso de la justicia transicional con grupos paramilitares en el 2006.

“El actual gobierno ha sido abanderado, por labios del Presidente y algunos de sus más sobresalientes voceros, de la tesis que propugna la abolición del delito político como categoría penal acreedora de tratamiento más benigno, pues así lo exigen la práctica y la teoría democrática. Hasta allí nada grave que objetar. Solo que hay quienes, con razones, discrepamos de tal tesis: al fin y al cabo, se trata de una postura de filosofía política y de política criminal. Pero hay algo que sí es grave y preocupante: cuando en un debate el interlocutor, despreciando las leyes de la lógica, incurre en contradicción mayúscula, su discurso queda deslegitimado.

Juzguen los lectores. Según el discurso oficial, el delito político, por las ventajas que comporta, debe desaparecer de una democracia como la nuestra. Pero hay que en revesarlo, preservando sus beneficios, para imputárselo a quienes no lo han cometido: los que se alzaron en armas, no para cambiar el régimen constitucional (que en eso consiste el delito político en su forma más característica), sino para defenderlo, a ciencia y paciencia de los gobernantes de turno o hasta convocados por ellos.

En el fondo, el mensaje implícito es preocupante: defender un gobierno como el actual (transgresor habilidoso de la Carta) debería ser delictuoso. Pero si se hace (además) por medios criminales atroces, merece el reconocimiento de beneficios.”³⁴⁸

Paradójicamente mientras se plantea brindarle garantías a los procesos armados que han luchado en defensa del estado se fortalece la política de expansionismo penal y proliferan nuevas disposiciones que proscriben conductas asociadas a la protesta social, limitando el margen de acción de la oposición política.

“La Ley de seguridad ciudadana 1453 de 2011 es rica en pronunciar esta tendencia de efectiva criminalización de la lucha popular “acorde a derecho”, donde para mayor aplicación de este derecho penal del enemigo, se hace desde

³⁴⁷ SOTOMAYOR ACOSTA, Garantismo y derecho penal. Op. Cit., p. 222.

³⁴⁸ DELITO POLITICO. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: <https://blogjus.wordpress.com/2007/11/06/el-delito-politico/>

tipologías todas reconocidas como delitos comunes, de forma tal que priva a los luchadores sociales de las categorías y beneficios propios del delito político”³⁴⁹.

En ese contexto histórico que ha trazado el camino hacia el endurecimiento penal y la construcción de una política contrainsurgente en el marco de la acción integral donde el ius puniendi se ejercía con contundencia ante las expresiones de resistencia al régimen se produce un viraje contundente de la política criminal en un periodo de agudización y de agotamiento de la guerra.

Más de 50 años de conflicto y de la aplicación de la doctrina del enemigo interno no lograron acabar con las guerrillas y las mismas tampoco obtuvieron el poder por medio de las armas. La necesidad de la paz produce nuevamente la trasfiguración de la política criminal, que tras años de funcionar para la guerra, se prepara hoy para adecuarse a los terrenos de la paz.

Los acuerdos de paz entre la guerrilla de Las Farc – Ep y el gobierno nacional son el hito político que hoy domina el país. Cuatro acuerdos se encuentran surtidos entre las partes, uno en relación a política agraria, otro en términos de participación, un programa para la sustitución gradual y concertada de cultivos de uso ilícito, pero sin lugar a dudas en lo que respecta al tratamiento del delito político el más importante es el acuerdo de víctimas que incluye la nueva jurisdicción para la paz.

Instrumentos como la Comisión de la Verdad, programas de reparación, mecanismos para determinar responsabilidades a quienes incurrieron en violaciones de los derechos humanos desde un sistema alternativo, que es de justicia restaurativa y no puramente retributiva, son algunas de las novedades atinentes a este importante pacto que brinda elementos mínimos para la construcción de una política criminal para la paz.

Es importante destacar que tras décadas de levantamiento armado, la insurgencia reconoce una propuesta de regulación jurídica para el tratamiento de la comisión de delitos políticos que será aplicada en común acuerdo por el estado, lo cual avizora el reconocimiento de la nueva legalidad que regirá posterior a la firma de la terminación del conflicto armado.

“Así las cosas, cabe resaltar, por el momento, tres aspectos novedosos del Acuerdo. La primera novedad trata de un dispositivo que estimula la acción del agresor en favor de la “verdad” y la reparación a cambio de un castigo que lo enfrente al horror encarnado en el sufrimiento de la víctima pero que no lo reduce a una penitencia aislante e inhabilitante. La prisión aquí se convierte en mecanismo de último recurso en relación con el fin primordial del sistema que es “hacer justicia” por medio de la “verdad” y de la “reparación efectiva”.

³⁴⁹ PRENSA RURAL, Op. Cit.

La segunda novedad permitiría reconstituir el campo complejo de victimarios que aún permanece oculto bajo la acción ineficaz de la justicia ordinaria.

En tercer lugar, esta justicia permitiría resolver el problema político que se encuentra en el corazón de las demandas de los alzados en armas, a través de la puesta en marcha de un dispositivo judicial de amnistía³⁵⁰

La justicia restaurativa permite que se desplace el eje de la punibilidad al colocar en el centro de la discusión a la víctima y no al agresor, por ello se prioriza el derecho a la verdad y a la reparación y las sanciones se conciben desde la alternatividad penal, convirtiéndose este un paso fundamental para acabar con el punitivismo y el derecho penal del enemigo.

Sumado a ello, la reconstrucción del complejo de victimarios ofrece la oportunidad de la reedición de la historia del país, donde las causas del conflicto armado, y los distintos partícipes de la confrontación desmitificaran la versión de la atribución de la responsabilidad de la guerra a los actores que se levantaron en armas, por el contrario es un reconocimiento tácito de que todos los sectores en Colombia se han involucrado de alguna forma en la guerra.

Obviamente la reincorporación a la vida civil por parte de la insurgencia de Las Farc – Ep requiere de un proceso flexible en términos de persecución penal y por ello los mecanismos de renuncia a la acción penal son imprescindibles. La justicia en medio de la paz y la guerra, no obedece a estándares de perfección.

La justicia transicional busca enfrentar un legado de violaciones masivas a los derechos humanos derivadas de guerras o dictaduras. En esos contextos no es posible sancionar con las penas ordinarias a todos los responsables de atrocidades, ni esclarecer judicialmente todos los casos, ni reparar integralmente a todas las víctimas. No es posible entonces salir de esa situación de atrocidades masivas, reconstruir un Estado de derecho y honrar a las víctimas, con los instrumentos ordinarios de justicia. Son necesarios mecanismos especiales, como las comisiones de la verdad, formas especiales de justicia, programas masivos de reparación y la adopción de medidas que eviten la repetición de las atrocidades.³⁵¹

La guerra y la paz, el derecho y la guerra son discusiones atinentes a la necesaria consolidación política, social del estado Colombiano, su crisis institucional y su conflicto interior obedece a periodos no acabados de confrontación civil, que perduran y se manifiestan en dispositivos políticos y jurídicos.

³⁵⁰ REBELION. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=204759>

³⁵¹ EL ESPECTADOR, Op. Cit..

La paz como premisa de un estado de derecho es fundamental, pero el caso colombiano en las dimensiones que posee el conflicto, requerirá múltiples esfuerzos, más allá de un proceso de paz con las guerrillas, pues los actores armados del país han sobrepasado la subversión.

Difíciles retos se avecinan para lograr superar la guerra y fundar un ordenamiento jurídico para la paz, donde el derecho penal sea utilizado como última ratio y los problemas sociales sean resueltos desde políticas públicas no punitivas.

6.3 REPERCUSIONES DE LA IMPLANTACIÓN DEL DERECHO PENAL DE EMERGENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y POLÍTICO COLOMBIANO

Es importante resaltar que la implantación de los modelos de emergencia en el ordenamiento jurídico del país tiene como causa fundamental, la existencia fallida del contrato social en Colombia.

La crisis social, económica y política es producto de la no superación del estado del conflicto interno, parafraseando a Hobbes si el estado es la negación de la guerra y sobre todo de la guerra civil, en Colombia no existe un estado consolidado.

Numerosos ejercicios de precontractualización se han surtido, empero ninguno de ellos ha logrado cumplir con el requisito de la inclusión política como mecanismo que centralice el poder, y el monopolio de la fuerza en el estado y evite así, el uso privado de la violencia.

Lo realmente caótico de los niveles de exclusión en el país es que la misma se impulsa no solo en términos formales y materiales, su objetivo se concibe incluso en relación a la existencia, en contener subyacentemente la aniquilación como herramienta política para evitar el reconocimiento del otro.

Por tanto, la no consolidación de un acuerdo para la consecución de la paz entre toda la sociedad Colombiana ha llevado a que se viva en un constante estado de excepción.

La excepción como fenómeno jurídico y político es uno de los factores que contribuyeron a la formación de un sistema jurídico veladamente inquisitivo en Colombia; De esta manera la crisis social, política, económica que pervive en el país ha sido tratado mediante la consolidación de un estado autoritario que rompe con los postulados del estado de derecho y que ha impuesto para su funcionamiento la justicia de emergencia como un instrumento para provocar la guerra

En Colombia se han desarrollado tres vertientes del derecho penal de emergencia: El derecho penal eficientista, el derecho penal del enemigo y el populismo punitivo;

La constitución de estos modelos de emergencia en el ordenamiento jurídico del país ha generado las siguientes consecuencias:

- Desnaturalización de los principios liberales que sustentan el estado de derecho, las garantías y los derechos le han dado paso a la eficiencia como criterio para la obtención de resultados en menoscabo de la búsqueda de la justicia.
- El desequilibrio en los poderes públicos permite la existencia de cohacedores simultáneos de la política criminal, fortaleciéndose las facultades del ejecutivo y de los organismos judiciales, permitiendo, la consolidación de los modelos de emergencia en el ordenamiento jurídico.
- En el contexto de guerra interna es común que el poder militar sea participe de la construcción de la política criminal y por ende la solución a las problemáticas sociales no solo son punitivas, sino también militares.
- En la justicia de emergencia el control que ejerce el derecho penal al poder punitivo del estado es invadido por el derecho administrativo de coerción directa, es decir se da el fenómeno que muchos autores denominan como la administrativización del derecho penal, retomando el viejo esquema de derecho de policía y desnaturalizando el derecho penal liberal
- La justicia de emergencia ha desarrollado en Colombia un sistema penal inquisitivo, donde el estado actúa como juez y parte en los conflictos jurídicos penales, máxime si están relacionados a la comisión de delitos políticos.
- El derecho penal se ha utilizado como *prima ratio*, es decir la respuesta a múltiples fenómenos sociales ha sido prioritariamente la sanción penal generando la criminalización y la judicialización de fenómenos que podrían ser resueltos mediante la concurrencia de múltiples agencias estatales.
- La eficacia preventiva como uno de los tópicos teóricos de la emergencia, se basa en los discursos preventivos de articulación de la prevención general negativa y la prevención general positiva, donde prima la última, dado que el objeto principal es reforzar la confianza en el ordenamiento jurídico
- El eficientismo dentro de los procedimientos penales ha promovido mecanismos para facilitar la condena de los procesados, enfrentando y ocultando la capacidad investigativa del estado. El proceso penal se

desnaturaliza y deja de funcionar alrededor de la contradicción probatoria para hacerlo en torno a la confesión, la delación o la aceptación de cargos.

- La creciente autonomía del proceso penal como mecanismo de control, no centra su objetivo en la imposición de una pena por el delito cometido, sino en procesar a quien se cree que lo ha cometido. El predominio de la detención preventiva como objetivo concreto de la persecución penal, se está convirtiendo en un equivalente funcional de las medidas de seguridad predelictuales, con una clara preponderancia de las nociones de peligrosidad y defensa social
- El peligrosismo como un criterio de punibilidad convierte el derecho penal de acto en un derecho penal de autor, donde se valora las condiciones sociales, psíquicas y políticas del sujeto activo más que los hechos concretos que lo involucren en una conducta punible. Con ello se vulnera la noción del iter criminis, no se juzga sobre los actos consumados, sino incluso sobre aquello que es anterior a la exteriorización de la conducta: las expectativas
- El sacrificio de inocentes es una característica propia de este tipo de justicia. El derecho penal de emergencia recae sobre objetos de recambio, es decir siempre trata de generar víctimas que no logren generar en otros la obligación de vengarla, afectando de esta forma a los últimos eslabones de la cadena del punible. Sumado a ello, las medidas de un derecho penal endurecido afectan con contundencia, a ciudadanos ajenos a las conductas punibles, quienes sufren la persecución judicial por el simple hecho de habitar geografías marcadas por la guerra.
- El punitivismo y la simbología jurídica como componentes principales del derecho de emergencia generan congestión judicial e ineficacia en la administración de justicia, irónicamente la implantación de estos modelos, produce por ello, anomia.
- Otra de las consecuencias de la implantación de los modelos de emergencia es la expedición de leyes que regulen hechos punibles mediáticos para aumentar penas, crear delitos, reducir beneficios, privatizar la justicia, desestructurar el modelo procesal, todo con el fin de brindar respuestas a justas exigencias sociales mediante la represión y el endurecimiento del sistema penal.
- El punitivismo se consolida como una ventaja para el terreno electoral y es usada como una estrategia de campaña, es la conjugación entre la ansiedad pública y el oportunismo político.

- De acuerdo con la definición de Schmitt, del derecho del estado a su auto conservación se ha justificado los excesos provenientes del abuso del derecho de emergencia en contextos de conflicto donde irónicamente se cuestiona la misma estabilidad y conformación real de las estructuras del estado. Bajo este análisis ha preponderado el primado del derecho a la seguridad como el bien jurídico protegido por excelencia sobre los derechos sociales, que contrariamente no poseen garantías mínimas para su goce efectivo.
- La prevención se ha instalado en la narrativa del estado, controlar la sociedad implica la invasión del fuero interno y por ende la represión de conductas supuestas, para controlar es necesario vigilar, por ello este discurso lleva implícito la militarización y la securitización de la sociedad.
- Para enfrentar los nuevos retos que propone la sociedad del riesgo, se propugna por un Derecho penal máximo en detrimento de uno mínimo, todo con el fin de combatir a los enemigos que ponen en peligro y en riesgo la sociedad.
- La noción del enemigo potencia la criminalización. La amenaza sin duda, una pieza clave dentro de la lógica eficientista, es la que autoriza una reacción penal en el estadio previo a la comisión del delito. Es previo en relación con la realidad objetiva y por ello anterior a la conducta punible objetivada, pertenece por ello exclusivamente a la esfera de la subjetividad.
- La construcción de enemigos para el derecho penal de emergencia categoriza a individuos que, mediante su comportamiento individual o como parte de una organización, han abandonado el Derecho de modo supuestamente duradero y no sólo de manera incidental; Por tanto no garantizan la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y se manifiesta ese déficit a través de sus conductas. Esta definición de enemigo funciona como estrategia de organización social basada en la inclusión- exclusión, por ende se genera una expulsión del pacto social a los infractores que se niegan a reconocer el ordenamiento político y jurídico. El enemigo interno resulta así, como un desviado en su propia sociedad
- .En Colombia uno de los criterios para establecer el peligrosismo ha estado asociado con los niveles de consciencia de las acciones contra estatales, por ello un elemento valorativo para la imputación bajo el amparo de la doctrina de seguridad nacional como marco global de la política criminal, ha sido la ideología comunista.
- La regulación de la guerra se presenta ambivalente en la consideración del rebelde como enemigo absoluto o relativo, de ahí las disputas entre la aplicación del derecho internacional humanitario o un derecho internacional

punitivo con las respectivas consecuencias en el derecho público y penal interno

- El modelo policivo y punitivo es el que propicia el tránsito del enemigo relativo (el disidente político que ejerce la violencia, el rebelde combatiente) hacia el enemigo absoluto (discriminado como terrorista criminal de lesa humanidad).
- El terrorismo como tipo penal abierto, sigue siendo completamente difuso y permite su aplicabilidad a multiplicidad de fenómenos facultando una discrecionalidad excesiva a la hora de la adecuación típica, sumado a ello la rebelión en medio de ese contexto queda peligrosamente reducida a la mera acción contra estatal que permite la judicialización de expresiones no armadas de oposición al régimen.
- La tipificación del terrorismo y su transversalización en la política criminal conduce a la desaparición del delito político y por ende al trato que el estado le brinda al mismo. En Colombia la ambigüedad del tipo penal de terrorismo, además de la justicia especializada para su trámite, extermina la posibilidad del tratamiento benigno otorgado a los delitos políticos. Desdibuja la comisión del delito político, pues el alzamiento en armas como característica esencial de la rebelión queda subsumida en los actos terroristas.
- Los opositores políticos del régimen son tratados en un contexto de enemistad, donde la ausencia de garantías, presentes en la aplicación del derecho de emergencia guían la persecución penal y política, además de la persecución para judicial de quienes se atribuyen la defensa del orden establecido de forma privada.
- La defensa técnica de los delincuentes políticos se modifica sustancialmente, con la incursión del tipo penal de terrorismo, si antes la defensa de ruptura impulsaba la imputación del sindicado como rebelde para hacerlo acreedor de los beneficios, ahora con la subsumisión del rebelde como terrorista, la defensa trataba a toda costa de evitar la imputación de delitos políticos, puesto que el camino que brindaba mayores garantías era los procedimientos y las penas atribuidas a los delitos comunes. El proceso penal de ruptura cedió ante el proceso penal de connivencia, donde la estrategia judicial gira en torno a las garantías, derechos y libertades, donde la actividad se dirige a contra argumentar, a probar los hechos que conduzcan a la inocencia o a una mejor condición del procesado.
- El terrorismo se implanta por tanto en una alta gama de posibilidades de vulneración de los derechos humanos al impulsar el libre arbitrio estatal en los ejercicios de respuesta a las acciones de oposición y resistencia

- Una de las contradicciones históricas más agudas en relación a los delitos políticos es la atribución de sus tipos penales a actores políticos que han desarrollado acciones claramente contrainsurgentes. El proceso de paz con el paramilitarismo revivió el delito político mediante una trasfiguración grotesca para otorgar beneficios a quienes han actuado en defensa de los prototipos políticos y legales contruidos por el estado.
- La subversión en todas sus formas es inherente al sistema, es éste quien la produce y la reproduce. Las formas de subvertir el orden se encuentran en dependencia de las formas de su preservación. Si tal preservación incorpora el recurso bélico, siempre encontrará respuesta en ese terreno.
- El derecho penal de enemigo, más que en la norma sustancial, encuentra su máxima fuerza como instrumento privilegiado de persecución estatal indiscriminada, en la norma procesal: en el terreno concreto del proceso penal. Más aún, en el itinerario de construcción de la prueba judicial. Aquel incorpora la noción de "enemigo", pero no a partir de la imparcialidad, o de la "neutralidad valorativa" y no discriminación moral del enemigo propias del derecho internacional de los conflictos armados en su constatación empírica del enemigo, sino que lo hace, alimentado por una extrema carga simbólica y moralizante, como paradigma general a partir del cual se impulsa una más agresiva criminalización: se trata de neutralizar, como lo hemos observado desde nuestra reseña histórica del contenido del delito de rebelión, más que un procesado o sindicado, un objetivo militar. El primer paso es la criminalización indiscriminada la confusión de los actores; el segundo y donde mayor impacto suscita de hecho la idea de "eficacia": el obstáculo para la construcción real de la verdad procesal
- El derecho penal, más construido como un derecho penal político del enemigo, vive la pretensión "eficientista" de agrupar artificialmente y sin reparar en diferencias, todos los actores colectivos que enfrentan al Estado, en el absoluto de la "asociación para delinquir": guerrillas, narcotraficantes, paramilitares, terroristas, delincuentes comunes organizados, son abstraídos todos y conjugados en el mismo universo criminalizante El derecho penal del enemigo propicia la anticipación de la punibilidad, la desproporción en las penas, la reducción de garantías procesales y la limitación de beneficios penitenciarios.
- El derecho penal del enemigo ataca fundamentalmente dos pilares del derecho penal liberal: "la teoría del bien jurídico y el principio de culpabilidad. En el derecho de emergencia no importa si el delito lesiona realmente el bien jurídico, lo relevante es que el delito pone en tela de juicio la norma. El juicio de reproche como componente valorativo de la culpabilidad, se afecta, cuando no se juzga el sujeto en relación al hecho punible, sino al sujeto como un peligro para la sociedad.

- Bajo la lógica de la enemistad la sanción además de no cumplir las funciones de protección y reinserción social, extralimitaría su función de retribución justa convirtiendo a la pena en un mecanismo de tortura hacia el enemigo, igualmente la función de prevención se sobredimensiona y mediante la fuerza se impone el acatamiento de las expectativas comunicativas de la norma. El fetichismo de la pena convierte a la sanción en el fin y no en el medio para prevenir la concurrencia de conductas que lesionen los bienes jurídicos tutelados.
- El derecho penal del enemigo en el caso Colombiano tiene una connotación especial porque surge de un contexto social, político y jurídico en el cual la guerra vivida en la expresión del conflicto interno armado brinda una respuesta penal en un escenario de violencia, lo cual implica que no solo se tiene una amenaza de un sujeto o de un grupo de sujetos situados en uno de los polos de tensión entre bienes jurídicos tutelados y bienes jurídicos restringidos, sino que los mismos pasan de convertirse en sindicados a ser objetivos militares, confundándose de esta manera la guerra y la política
- El derecho penal del enemigo y el rol del estado como parte en la confrontación conduce a la extralimitación del ius puniendi y el ius ad bellum estatal y el mismo se convierte en un promotor de prácticas desinstitucionalizadas y contrarias al derecho causando desapariciones, ejecuciones extrajudiciales, y un sin fin de prácticas reconocidas bajo el apelativo de terrorismo estatal.
- La justicia de emergencia en un contexto de globalización permite la injerencia de prerrogativas extranjeras en la construcción de la política criminal colombiana, máxime si hablamos del tratamiento que brinda el derecho al conflicto interno. La soberanía política y jurídica cede ante las imposiciones geopolíticas mundiales.
- La evolución de Estados Unidos como potencia y su incidencia política en el país agudiza la noción del enemigo y configura la política criminal como una de las estrategias de la doctrina contrainsurgente. La combinación de políticas punitivas, cívico y militares ha provocado la constante violación de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, especialmente la vulneración del principio de distinción ha llevado a que la población civil deba soportar los rigores de la guerra.
- La “Guerra contra el terrorismo” no es más que la actualización y elevación a categoría de derecho internacional de lo que fueron los principios básicos de la denominada “Doctrina de la guerra contrainsurgente” o “Doctrina de la seguridad nacional”, Estados Unidos con ello se abogó la facultad de la persecución

penal mundial bajo la combinación de acciones políticas, jurídicas y militares de intervención

- El endurecimiento del derecho incrementa los conflictos en los establecimientos carcelarios. El sistema penitenciario es el lado más débil y abandonado del sistema penal, generalmente la situación de los presos se desenvuelve en una clara violación de los derechos humanos.
- Bajo la crisis carcelaria producto del punitivismo exacerbado se faculta la intervención privada en la administración de los centros carcelarios, lo cual reduce las garantías y los derechos de los procesos al sistema costo – beneficio.
- Este modelo de justicia, propicia desde su propia normatividad la desinstitucionalización de la función penal, en medio del tópico del enemigo interno la utilización de todos los medios para su extinción, se torna en una herramienta loable, causando mayor crisis e ilegitimidad en el estado.
- Fenómenos como el paramilitarismo, entendidos como parte esencial de la estrategia contrainsurgente, no aparecen solo como respuestas a las acciones de la insurgencia o causados por la debilidad, fraccionamiento o desorganización de los aparatos estatales, sino como un proceso deliberado de detención y aniquilamiento de la insurgencia aún antes de la presentación de acontecimientos subversivos de especial significación o con capacidad de alterar el rumbo del sistema existente
- El endurecimiento del derecho en Colombia ha traído consigo el incremento de la impunidad, puesto que el aparato judicial no es suficiente, las herramientas investigativas de la policía judicial son precarias, además que el ciudadano de a pie, por esta misma negligencia en la consecución de la justicia ha optado también por ejercerla con sus propias manos, coadyuvando más en la desinstitucionalización de la función penal y evitando así la consecución de la justicia en un panorama de respeto por las garantías y los derechos de los acusados.
- Pese a las respuestas estatales de criminalización de la protesta social el movimiento social y popular en las distintas etapas del conflicto ha pervivido con flujos y reflujos, con procesos de contención y de radicalización, incluso potenciando los procesos de resistencia que configuraron el surgimiento de las guerrillas en Colombia
- En medio de la emergencia, la mafia como un nuevo actor dentro de la política colombiana se constituye como un empresariado ilícito (burguesía gansteril) que acumula capital en términos exponenciales, lo cual agudiza notablemente

el conflicto armado interno. Sus intereses lucrativos han requerido el control territorial para garantizar la existencia de sus cultivos, incentivado con ello el proceso de contrarreforma agraria y por ende las claras alianzas con el paramilitarismo. El impacto del narcotráfico sobre la justicia colombiana ha sido no solo profundo sino también muy negativo para la consolidación del estado de derecho en el país, pues ha incrementado el autoritarismo jurídico, la cultura de la excepcionalidad política y la fragmentación institucional, al mismo tiempo que ha reducido la autonomía nacional en el diseño de las políticas contra las drogas y generado una constante interferencia entre la política y el derecho, que no ha sido en general benéfica.

- La lucha contra las drogas se torna en un mecanismo clave de intervención e injerencia en Colombia anclada dentro de la estrategia contrainsurgente.
- La mafia afecta a todos los sectores sociales y dificulta en términos de política criminal la caracterización del rebelde por cuanto se trata de desvirtuar los ejercicios de resistencia campesina que surgen a partir de la producción de cultivos de uso ilícito como práctica de sustento de comunidades rurales marginadas, con la reducción de este fenómeno social a la comisión de conductas punibles, criminalizando así los actos de resistencia no armada de los campesinos, no solo a través de la imputación de delitos políticos sino a través de la imputación de delitos comunes, sumado a ellos los movimientos insurgentes generalmente ubicados en las periferias de la geografía del país se vinculan directa o indirectamente en dicho mercado, complejizando la identificación de la comisión de delitos políticos por la conexidad con otro tipo de conductas.
- La disyuntiva entre la guerra y la paz ha generado una cuasi antinomia entre un derecho punitivo y un derecho humanitario, generalmente cuando existen intereses aparecen las guerras y sus necesarios dispositivos penales cosmopolitas, pero cuando las mismas llegan a un estado de crispación y de degradación, nuevamente se apela a la intermediación de la humanización de la confrontación. De ahí la justificación de los constantes procesos de paz con las guerrillas y con otros actores del conflicto surtidos en el país.
- La justicia de emergencia como respuesta estatal ante el inminente conflicto no ha contribuido a solucionar la crisis social, por el contrario la ha acentuado, máxime si analizamos el derecho penal de emergencia, que es la rama donde entra en juego las libertades y garantías de las personas, así el derecho penal del enemigo, el populismo punitivo y el eficientísimo penal como manifestaciones de este tipo de justicia, han edificado un régimen basado en el totalitarismo y la exclusión.

6.4 ELEMENTOS MÍNIMOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA POLÍTICA CRIMINAL PARA LA PAZ

Teniendo en cuenta que una de las causas fundamentales de la crisis social, económica y política del país es la debilidad manifiesta en los términos de contractualización social para la constitución del estado, un requisito sine qua non, es la estructuración legítima del ordenamiento político y jurídico colombiano.

El contrato social simbólico restringido parece haber agotado su eficacia política en la medida en que las representaciones ciudadanas son cada vez más visibles, el hecho de que este contrato sobrevuela por encima de una sociedad en gran medida descontractualizada. Por eso Colombia en este inicio de siglo, oscila entre el colapso total de la descontractualización, lo cual trae consigo la impulsión del estado y un nuevo impulso interno para contractualizar la paz, como condición de otras contractualizaciones igualmente básicas: la justicia social, el reconocimiento de la diversidad cultural y la democracia sustancial³⁵²

La constitución de un estado liberal de derecho es una premisa fundamental para acabar con la guerra y anteponer límites al poder político estatal, además se convierte en un proceso de transición hacia un modelo más democrático y social de estado de derecho.

“...el Estado de derecho supone ya una vinculación directa con el Estado democrático. No basta el cumplimiento de los aspectos formales mencionados, sino que además exige el respeto de normas sustantivas que garanticen los derechos fundamentales del ciudadano ante el Estado. (...) El Estado de derecho en su acepción plena es inseparable del Estado democrático, así como éste no puede existir sin el cabal funcionamiento del Estado de derecho, formando una nueva unidad indisoluble, el «Estado democrático de derecho»³⁵³ (Sotelo, 2010, p. 116).

Superar la aplicación de la doctrina de emergencia en el país será factible, mediante la extinción de la excepcionalidad perpetua que ha caracterizado a Colombia, de ahí la urgencia de establecer un nuevo pacto social y político como sustento primordial de lo que debe ser una nueva política criminal.

La conformación de esta nueva estructura estatal requerirá de un ejercicio de participación política amplia surtido en diferentes etapas, para convocar un escenario deliberativo y decisorio, que sea proclive al nacimiento de una nueva constitución.

³⁵² DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p. 83.

³⁵³ SOTELO, Ignacio. El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive. Bogotá: Trotta, 2010. p. 116.

“La discusión sobre la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente cada vez adquiere más relevancia. Las razones para que ello ocurra no se reducen a las eventuales consecuencias de la culminación del proceso de negociación en La Habana, aunque no debe desconocerse su importancia, sino a la agudización de la crisis institucional y social que vive el país”³⁵⁴

El carácter inconcluso de la constitución de 1991 consiste precisamente en que el mismo se cerró con un acto (bombardeó en casa verde) que posibilitó el continuismo de la confrontación bélica, además de no solucionar demandas históricas fruto de la minimización del estado en materia económica y social.

La legitimación que requiere el estado es realizable si emerge de un acuerdo político nacional que brinde seguridad jurídica a un acto de tal naturaleza. Sin la certeza de esa seguridad nuevamente las prerrogativas podrían quedar en el papel y la desinstitucionalización del poder estatal configuraría para estados, conflicto y guerra.

La realización de la constituyente empero no es un ejercicio pragmático y sencillo, requiere de unos presupuestos para su configuración que en términos propositivos podrían ser:

- Proceso de paz con la guerrilla de Las Farc –Ep
- Proceso de paz con la guerrilla del ELN
- Constitución de una nueva política agraria como premisa fundamental de la reconfiguración estatal para su potencial funcionamiento en los territorios donde no ha existido el estado.
- Mecanismos para la participación política en pro de brindar garantías a los sectores opositores.
- Procesos de diálogo e inclusión política con las mafias.
- Configuración de una política antidroga soportada en programas de sustitución gradual y concertada de los cultivos de uso ilícito, como mecanismo de transformación de la economía mafiosa.
- Legalización de la producción de narcóticos, con el fin de garantizar un control institucional de dicho mercado.
- Desmonte del paramilitarismo
- Procesos de justicia transicional bajo el primado de la justicia restaurativa y goce efectivo de los derechos de las víctimas
- Una política criminal basada en el garantismo penal.

³⁵⁴ ESPACIO CRÍTICO. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: http://www.espaciocritico.com/sites/all/files/izqrd/n0041/izq0041_a03.pdf

Los diálogos de la habana han adquirido una importancia específica como proceso de paz en el entendido que los acuerdos parciales pactados hasta el momento giran en torno a puntos neurálgicos de la conflictividad en el país.

La política agraria con enfoque territorial, la participación política, el programa para la sustitución de cultivos de uso ilícito y el acuerdo de víctimas son puntos fundamentales para lograr un acuerdo social y político en clave constitución, sin embargo sin el cumplimiento de los demás presupuestos mencionados, el ordenamiento jurídico no tendría la seguridad ni la estabilidad puesto que pervivirían fenómenos paraestatales.

La Mesa de diálogos ha adquirido una función constituyente de facto y se convertido en productora de nuevo derecho, del derecho necesario para avanzar hacia un acuerdo de paz. Debe reconocerse que varios de los acuerdos superan el ordenamiento jurídico y gracias a ellos se ha abierto la posibilidad de superar el orden del derecho existente. Si se juzga por los puntos no resueltos de la Agenda, incluidas las salvedades, es evidente que los debates sobre los límites de la Constitución de 1991 adquirirán un mayor significado. Más aún, si se tiene en cuenta que lo que hasta ahora ha sido una negociación de la guerrilla con el Gobierno y se ha traducido en acuerdos de ésta con él, debe comprometer al conjunto de la formación social, y especialmente al Estado como forma de organización y regulación del poder y de las relaciones sociales existentes.³⁵⁵

En ese contexto adquiere especial relevancia la realización del proceso de paz con el ejército de liberación nacional, su notable incidencia guerrillera en múltiples territorios del país y su propuesta política, durante décadas impulsada, requiere de múltiples esfuerzos para incluir sus demandas en el propósito de la reconciliación.

De igual forma sería imposible avanzar en la ruta de la culminación de la guerra sin que existan unos mínimos consensos con los carteles de la mafia.

La política agraria es un punto transversal en la ecuación guerra y paz, puesto que un modelo agrario que priorice la economía campesina, evidentemente cortará las cadenas de producción ilícita que han desembocado en la economía mafiosa.

Tanto los cultivos de uso ilícito, como la extracción ilegal de minerales son hoy por hoy actividades comunes en las periferias del país donde la necesidad y la economía especulativa ilegal se conjugan para configurar un modelo de acumulación de ganancias extraordinarias, otorgadas por las circunstancias de proscripción del proceso.

³⁵⁵ PROCESO DE PAZ EN COLOMBIA. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: <http://anncol.eu/index.php/colombia/politica-economia/item/2139-algunas-consideraciones-sobre-el-momento-actual-los-alcances-y-la-potencia-transformadora-del-proceso-de-paz-en-colombia>

El narcotráfico no es una forma ordinaria de criminalidad sino una especie de capitalismo mafioso, esto es un proceso productivo mercantil efectuado por los empresarios ilegales de la droga. El narcotráfico no es entonces una simple conducta delictiva parasitaria. En efecto, aun cuando sea producto de una forma de criminalidad organizada, la economía de la droga es un proceso de producción en donde se efectúan avances en capital y en trabajo para producir mercancías con el objeto de venderlas en un mercado y obtener una ganancia. El narcotráfico no se puede analizar como otras actividades que buscan la acumulación de riqueza (como el robo de bancos o la mal llamada industria del secuestro) pero que en sentido estricto no son actividades productivas sino parasitarias y corresponden a simples transferencias entre hogares. El narcotráfico en cambio no es una actividad de pillaje sino un proceso productivo, por más ilícito que sea, lo cual tiene varias consecuencias.³⁵⁶

La misma reforma agraria si bien regularía la producción de los cultivos y la extracción de minerales, pero se no es la única solución, la cultura mafiosa imperante y la rentabilidad facilista continuaran sembrando la codicia, es interesante analizar en este panorama la posibilidad de la legalización de la producción de narcóticos como un mecanismo que permite el control estatal en dicho mercado.

Con un proceso de sustitución gradual y concertado de este tipo de prácticas, además de la generación de garantías para la producción campesina se crearan condiciones que obliguen a sentarse a dialogar con la mafia pero un escenario de correlación de fuerzas a favor del estado de derecho.

Cabe resaltar la diferencia de escenarios en los procesos de diálogo dado que las guerrillas han presentado constantemente a la sociedad proyectos políticos colectivos, en tanto que la mafia actúa en defensa de intereses lucrativos particulares; por naturaleza los diálogos son distintos, sin embargo la inclusión política requiere la participación de todos los actores.

Otro de los retos para la normalización de la democracia colombiana es la culminación efectiva de los procesos armados paraestatales. Obviamente la constitución real de un estado de derecho disminuirá los ejercicios de desinstitucionalización de la función penal, no obstante las dimensiones de conflictividad obligan a que el estado priorice el desmantelamiento de este fenómeno en el entendido que el mismo es una mezcla de numerosos poderes económicos, políticos, religiosos, locales, regionales y nacionales.

Para combatir tales estructuras de criminalidad paramilitar es preciso una infranqueable voluntad política del Estado que se traduzca en una política

³⁵⁶ UPRIMMY YEPES, Rodrigo. El Laboratorio Colombiano: narcotráfico, poder y administración de justicia en DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p. 398.

transversal e integral de acción militar y policial, de política criminal y judicial, de política social, de depuración de las fuerzas militares y de policía y, en general, de todas las instituciones y poderes públicos, incluidos los organismos de control y el notariado y registro. Acompañado ello del compromiso explícito de partidos y movimientos políticos, así como del empresariado, de contribuir a la implementación de las medidas consensuadas y del rechazo a cualquier propósito presente o futuro de vincular armas y política³⁵⁷.

Ese objetivo central de impedir la relación entre política y armas se sustenta en los pilares de la democracia, de brindar garantías de participación de todos los actores y de diseñar una política criminal distanciada de la noción del enemigo y puesta en marcha para los retos de la paz.

Se requerirá para ello de instrumentos transicionales para regular la aplicación del ius puniendi, que si bien contengan los postulados de la alternatividad penal, tenga como epicentro de su tutela los derechos de las víctimas

Todas estas medidas configuran una nueva política criminal de facto. El derecho penal de emergencia y su ambivalencia de funciones respecto al uso de la violencia exacerbo las condiciones de la guerra.

Un derecho para la paz y la reconciliación, es un derecho penal mínimo, donde la facultad sancionadora del estado sea utilizada como ultima ratio y se permita resolver los problemas desde alternativas sociales no punitivas.

Se trata de un derecho penal que no sea convertido primordialmente en un instrumento de la política y menos aún en un instrumento de la visión polémica de la política, que encuentra en la guerra su punto más álgido y que transforma al mismo tiempo al derecho en un instrumento al servicio de esa lógica bélica. Dicha concepción de lo político termina convirtiendo al derecho penal en la continuación de la guerra a través de medios civiles³⁵⁸.

El Derecho Penal del ciudadano es aquel que juzga al ciudadano en su condición de persona con todos sus derechos y protegido por la totalidad de las garantías del Derecho penal, en particular por la garantía de presunción de inocencia.

En éste tipo de Derecho, no opera el derecho penal de autor, ya que el ciudadano o persona no es juzgado, por lo que es, sino por sus actos constitutivos de infracción al ordenamiento jurídico penal.

³⁵⁷ FORO SOBER FIN DEL CONFLICTO. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: <http://www.semanariovoz.com/2016/02/10/jairo-estrada-alvarez-en-el-foro-sobre-fin-del-conflicto/>

³⁵⁸ APONTE, Guerra y derecho penal del enemigo. Op. Cit., p. 59.

Empero, esta concepción del ciudadano no debe utilizarse para realizar la distinción frente al enemigo, Jakobs realiza esta caracterización para diferenciar el derecho penal del ciudadano del derecho penal del enemigo.

Un derecho penal de la constitución considera ciudadanos a todos los integrantes del estado, inclusive al delincuente, quien pese a sus infracciones goza de garantías en su proceso y de respeto por sus derechos.

Ferrajoli definiría de forma más exacta esta nueva escuela de un derecho penal mínimo bajo la denominación de garantismo penal.

Luigi Ferrajoli desarrolla un sistema garantista para denotar un modelo límite, sólo tendencial y nunca perfectamente satisfacible, resultante de 10 principios axiológicos fundamentales, estos son: A1 Nullapoena sine crimine (principio de retributividad de la sucesividad de la pena respecto del delito); A2 Nullum crimen sine lege (principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto); A3 Nullalex (poenalis) sine necessitate (principio de necesidad o de economía del derecho penal); A4 Nullanecessitas sine iniuria (principio de lesividad de la ofensividad del acto); A5 Nullainiuria sine actione (principio de materialidad o de la exterioridad de la acción); A6 Nullaactio sine culpa (principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal); A7 Nulla culpa sine iudicio (principio de jurisdiccionalidad, también en sentido lato o en sentido estricto); A8 Nullumiudicium sine accusatione (principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación); A9 Nullaaccusatio sine probatione (principio de carga de la prueba o de verificación); A10 Nullaprobatio sine defensione (principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación)³⁵⁹

Estos diez principios, ordenados y conectados sistemáticamente, definen el modelo garantista de derecho o de responsabilidad penal, esto es, las reglas del juego fundamentales del derecho penal.

Para que un estado de derecho responda a la concepción de un derecho penal mínimo con enfoque garantista debe consagrar en sus normas jurídicas y en sus prácticas operativas los siguientes principios: “que no haya pena sin delito; no haya delito sin ley previa; no haya ley sin necesidad; no haya necesidad sin ofensa; no haya ofensa sin acción; no haya acción sin culpabilidad; no haya culpabilidad sin juicio (aquí, el sutil y aparentemente intrascendente paso de las garantías penales a las procesales, pero que cierra un abismo bajo los pies del Derecho penal en su conjunto); no haya juicio sin acusación; no haya acusación sin prueba; no haya prueba sin defensa”³⁶⁰.

³⁵⁹ FERRAJOLI, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Op. Cit., p. 93.

³⁶⁰ CATEDRA HENDLER. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=84

Esta función del derecho penal, de reducción y contención del poder punitivo dentro de los límites menos irracionales posibles, es la que posibilita que el estado no se convierta en parte dentro de los distintos conflictos interestatales, máxime en un país como Colombia donde la violencia se ha convertido por excelencia en la forma de tramitar todos los conflictos.

Según Zaffaroni:

El derecho penal no puede hacer otra cosa que proponer la administración optimizada del reducido poder de contención en forma que permita sólo el paso del poder punitivo menos irracional, erigiéndose en barrera para el de mayor irracionalidad. Si el derecho penal no logra que el poder jurídico asuma esta función, lamentablemente habrá fracasado y con él habrá caído el estado de derecho. En tal sentido el derecho penal es un apéndice indispensable del derecho constitucional del estado de derecho, que siempre se halla en tensión dialéctica con el estado de policía³⁶¹.

Bajo esta lógica el estado no será neutral siempre estará a favor de los principios medulares y de los postulados del estado de derecho, buscando la mayor seguridad posible en la aplicación del derecho, excluyendo a toda costa la arbitrariedad en el ejercicio del magisterio punitivo.

En conclusión, construir unos postulados mínimos para que la política criminal del estado no concurra en la edificación de autoritarismos y realmente coadyuve en la consecución de la paz, requiere imperativamente del fortalecimiento del estado de derecho.

Este nuevo estado debe tener como sustento filosófico y doctrinario el derecho penal garantista, el cual por principio le es inherente, para buscar la minimización de esas prácticas que han desdibujado tanto las funciones reales del poder punitivo estatal.

La construcción de una nueva política criminal como uno de los presupuestos para la realización de la constituyente, invoca el cumplimiento de los otros elementos que viabilizan la construcción de un nuevo escenario, donde sea factible la realización de los derechos en un ambiente democrático.

Este ejercicio constituyente será un proceso a mediano plazo que exhortará de otros instrumentos de refrendación de acuerdos suscritos entre los distintos actores que se han propuesto abandonar el camino de la guerra.

³⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Derecho penal y protesta social". En BERTONI, Eduardo. Comp. "¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América Latina". Bogotá: Universidad de Palermo, 2010. p. 180.

También será primordial para la legitimidad de esta nueva construcción estatal la participación amplia del constituyente primario, deben generarse los espacios para que las demandas y propuestas de todas y todos los habitantes de esta geografía, queden de alguna forma incluidos.

No será un proceso fácil, menos cuando el accionar del llamado estado gendarme se han arraigado dentro de las prácticas institucionales y cuando existe una sociedad marcada por la anomia, pero si realmente el objeto es lograr la consecución de la paz, todos estos requisitos deben cumplirse en diferentes etapas, procesos y tiempos.

7. CONCLUSIONES

La estructura social alberga en su seno gran cantidad de contradicciones algunas de las cuales coexisten pacíficamente, sin embargo existen disputas tan acentuadas que requieren para su resolución la utilización de la violencia.

Diferentes conflictos se han desarrollado en todas las sociedades, los más relevantes y contundentes han estado enfocados a estructurar o reestructurar el orden social, por ello es de especial importancia analizar el origen y las trasfiguraciones del estado, como producto de las luchas entre las clases sociales.

La gran narrativa del contrato social establece el surgimiento del estado como resultado de un pacto social, no obstante este pacto no se ejecuta entre fuerzas iguales, se desarrolla en un escenario de contradicción donde los acuerdos de ese pacto serán favorables a la clase que posee la mayor fuerza en la contienda.

El contrato social permite la renuncia a la libertad personal y colectiva de ejercer la violencia de los sectores vencidos, otorgando el monopolio de la fuerza en el estado y con ello facultando a la clase que ostente el poder para ejercerla. El pacto como un instrumento que evita la prolongación de la guerra, se asienta en una lógica de inclusión- exclusión, solo se legitima por la inexistencias de excluidos.

El Estado moderno y por ende el contrato social atraviesan una crisis, puesto que el mismo no se ha convertido en una herramienta política y social para acabar con la guerra, sino por el contrario se ha convertido en un pacto de las elites para distribuirse el poder y declarar la guerra a los excluidos del pacto.

El contrato social hoy por hoy no tiene por objeto la articulación de intereses sociales divergentes, por el contrario se ha interpuesto una contractualización liberal individualista que antepone los acuerdos entre individuos y no entre agentes colectivos.

La crisis contractual en Colombia se manifiesta en una exclusión integral, más radical que la política o la social, en ocasiones, incluso se trata de una exclusión que tiene como consecuencia la desaparición física. La exclusión puede ser ocasionada no solo por la intervención del estado, sino también por su ausencia o por su desnaturalización como actor estatal, el estado se minimiza, se reduce ante la emergencia de otras fuerzas paralelas que se imponen.

La no consolidación de un acuerdo para la consecución de la paz entre toda la sociedad Colombiana ha llevado a que se viva en un constante estado de excepción. La excepción como fenómeno jurídico y político es uno de los factores que contribuyeron a la formación de un sistema jurídico veladamente autoritario en

Colombia durante la segunda mitad del siglo XX y que ha propiciado la suspensión del derecho y por tanto la actuación desmedida del soberano en el *ius puniendi* y en el *ius ad bellum*.

Desde 1810 hasta hoy, ha existido una situación bastante convulsionada, como lo demuestra las diversas denominaciones que ha tenido el estado Colombiano: Provincias Unidas de la Nueva Granada (1810- 1819) República de la Gran Colombia (1819 – 1831) República de la nueva Granada (1831- 1858), Confederación Granadina (1858 – 1861), Estados unidos de Colombia (1861-1886) y para terminar Republica de Colombia (1886 hasta hoy). Durante esta fases, se han sucedido diferentes pugnas intestinas por el poder, que han desatado guerras, inestabilidad institucional, atraso y subdesarrollo; los privilegios han sido usufrutuados por diversos y escogidos núcleos familiares, que los han transmitido de generación en generación y han producido no pocos movimientos armados, que como los guerrilleros amenazan con tomarse el poder por la vía de las armas

La crisis social, política, económica que pervive en el país ha sido tratado mediante la consolidación de un estado autoritario que rompe con los postulados del estado de derecho y que ha impuesto para su funcionamiento la justicia de emergencia como un instrumento para provocar la guerra

En la justicia de emergencia el control que ejerce el derecho penal al poder punitivo del estado es invadido por el derecho administrativo de coerción directa, es decir se da el fenómeno que muchos autores denominan como la administrativización del derecho penal, retomando el viejo esquema de derecho de policía y desnaturalizando el derecho penal liberal.

Desde el proceso de independencia hasta el momento actual el estado ha configurado una política criminal encaminada a perpetuar la guerra a través de la institucionalización del derecho de emergencia y la desinstitucionalización de la función penal. Específicamente se han desarrollado tres vertientes del derecho penal de emergencia: El derecho penal eficientista, el derecho penal del enemigo y el populismo punitivo.

Con el auge del fordismo se impulsó la eficiencia como un fin en todas las esferas políticas y sociales, incluyendo al conjunto del ordenamiento jurídico, específicamente al derecho penal.

La eficacia preventiva como uno de los tópicos teóricos de la emergencia, se basa en los discursos preventivos de articulación de la prevención general negativa y la prevención general positiva, donde prima la última, dado que el objeto principal es reforzar la confianza en el ordenamiento jurídico.

La creciente autonomía del proceso penal como mecanismo de control, no centra su objetivo en la imposición de una pena por el delito cometido, sino en procesar a quien se cree que lo ha cometido. El predominio de la detención preventiva como objetivo concreto de la persecución penal, se está convirtiendo en un equivalente funcional de las medidas de seguridad predelictuales, con una clara preponderancia de las nociones de peligrosidad y defensa social

La detención preventiva, convierte al derecho penal de acto en un derecho penal de autor, donde el criterio de peligrosidad del agente que comete la conducta punible se asume como una violación al principio de buena fe, determinando así la culpabilidad sin que se desarrolle con plenas garantías y en su totalidad el proceso jurídico penal. La detención preventiva y el derecho penal endurecido se convierten, por tanto, en las expresiones propias del eficientismo penal.

El eficientismo dentro de los procedimientos penales ha promovido mecanismos para facilitar la condena de los procesados, enfrentando y ocultando la capacidad investigativa del estado. El proceso penal se desnaturaliza y deja de funcionar alrededor de la contradicción probatoria para hacerlo en torno a la confesión, la delación o la aceptación de cargos.

El eficientismo penal se desarrolló en Colombia a partir de la década de los ochenta, concretamente a partir de la ley 30 de 1986 o estatuto nacional de los estupefacientes y tiene su punto de consolidación en la expedición del estatuto para la defensa de la justicia o la creación de los llamados jueces sin rostro.

El eficientismo penal en su pretensión de sancionar todas las conductas que atenten contra los bienes jurídicos especialmente el de la seguridad del estado, reproduce en su práctica cotidiana el castigo de inocentes.

El derecho penal de emergencia recae sobre objetos de recambio, es decir siempre trata de generar victimas que no logren generar en otros la obligación de vengarla, afectando de esta forma a los últimos eslabones de la cadena del punible

El populismo punitivo que es una de las formas de expansión del derecho penal, se caracteriza por la expedición de leyes que regulan hechos punibles mediáticos, para aumentar penas, crear delitos, reducir beneficios, privatizar la justicia, desestructurar el modelo procesal, todo con el fin de brindar respuestas a justas exigencias sociales mediante la represión y el endurecimiento del sistema penal

La naturaleza del populismo punitivo se caracteriza por: La Exclusión de académicos y especialistas en la construcción de propuestas legislativas, instaurándose la subjetividad en la creación de la agenda de la política pública

El populismo punitivo genera un fetichismo en la pena, distorsionando de esta forma sus fines esenciales pues la pena es el mecanismo mitigador de problemas sociales en sí, no un medio para lograr prevenir la concurrencia de conductas que lesionen los bienes jurídicos tutelados.

El punitivismo se consolida como una ventaja para el terreno electoral y es usada como una estrategia de campaña, es la conjugación entre la ansiedad pública y el oportunismo político

El populismo punitivo actúa bajo los siguientes indicadores:

- La crisis del ideal resocializador ,
- el resurgimiento de las sanciones punitivas y degradantes,
- el aumento de un clima punitivo entre la población,
- el retorno de la víctima,
- se privilegia la protección pública,
- la politización y uso electoral de los temas referidos al delito y al sistema penal,
- la reafirmación de la prisión como medio de conseguir la incapacitación de las personas que delinquen,
- la transformación del pensamiento criminológico,
- la delegación de las tareas del control del delito,
- la privatización de las tareas de control del delito y su comercialización,
- Un sentimiento constante de crisis.

El populismo punitivo en nuestro país se ha convertido en un especie de autoconvencimiento de que los grandes males que se sufren desde hace tantas décadas, se podrán solucionar desde el despertar de micro fascismos emocionales, es decir desde la continuidad de la lógica bélica, extrañamente todas las medidas para solucionar la crisis social se condensan en la guerra.

De acuerdo con la definición de Schmitt, del derecho del estado a su auto conservación se ha justificado los excesos provenientes del abuso del derecho de emergencia en contextos de conflicto donde irónicamente se cuestiona la misma estabilidad y conformación real de las estructuras del estado. Bajo este análisis ha preponderado el primado del derecho a la seguridad como el bien jurídico protegido por excelencia sobre los derechos sociales, que contrariamente no poseen garantías mínimas para su goce efectivo.

La prevención se ha instalado en la narrativa del estado, controlar la sociedad implica la invasión del fuero interno y por ende la represión de conductas supuestas, para controlar es necesario vigilar, por ello este discurso lleva implícito la militarización y la securitización de la sociedad.

Para enfrentar los nuevos retos que propone la sociedad del riesgo, se propugna por un Derecho penal máximo en detrimento de uno mínimo, para poder combatir

a los enemigos que ponen en peligro y en riesgo la sociedad, todo ello típico de un derecho penal del enemigo

El derecho penal del enemigo potencia la criminalización del estado previo a la lesión de los bienes jurídicos. La amenaza sin duda, una pieza clave dentro de la lógica eficientista, es la que autoriza una reacción penal en el estadio previo a la comisión del delito. Es previo en relación con la realidad objetiva y por ello anterior a la conducta punible objetivada, pertenece por ello exclusivamente a la esfera de la subjetividad.

“El *“enemigo”* es un individuo que, mediante su comportamiento individual o como parte de una organización, ha abandonado el Derecho de modo supuestamente duradero y no sólo de manera incidental; es alguien que no garantiza la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y manifiesta ese déficit a través de su conducta. Esta definición de enemigo funciona como estrategia de organización social basada en la inclusión- exclusión, por ende se genera una expulsión del pacto social a los infractores que se niegan a reconocer al soberano.

El otorgamiento del status de persona es un debate histórico que contiene en su interior los anhelos fascistas de la exclusión de ciertos grupos sociales, la primera sustracción se desarrolló con la población indígena y afro por su condición étnica en el contexto de la invasión, luego se juzgó a la población étnica en resistencia hasta llegar al calificativo de enemigo para catalogar al rebelde o subversivo.

En Colombia uno de los criterios para establecer el peligrosismo ha estado asociado con los niveles de conciencia de las acciones contra estatales, por ello un elemento valorativo para la imputación bajo el amparo de la doctrina de seguridad nacional como marco global de la política criminal ha sido la ideología comunista

El modelo policivo y punitivo es el que propicia el tránsito del enemigo relativo (el disidente político que ejerce la violencia, el rebelde combatiente) hacia el enemigo absoluto (discriminado como terrorista criminal de lesa humanidad). La regulación de la guerra se presenta ambivalente en la consideración del rebelde como enemigo absoluto o relativo.

El peligrosismo creado por el nuevo tipo penal, dejaba la puerta abierta para que los tipos penales abiertos y difusos criminalizaran a más actores sociales, el primado de la seguridad se convertía en la razón por excelencia de la existencia del estado

La guerra como la dialéctica de voluntades de enemigos relativos, que se reconocen recíprocamente y que se enfrentan bajo métodos no convencionales nos lleva a humanizar la confrontación.

El debate se focaliza en que la ampliación de la guerra (*ius in bellum*) lleve implícita, la ampliación del derecho a la guerra (*ius ad bellum*), lo cual implica un reconocimiento de un status jurídico y político del contendor.

Al configurarse la nación Neogranadina, en medio de contradicciones jurídicas por la vigencia de las disposiciones coloniales, nació una nueva noción de opositor político, más arraigada a la insubordinación al estado recientemente forjado y por ende al proyecto político criollo reinante; empero las diversas confrontaciones propias de un estado en formación, otorgaban el calificativo de rebelión, entendido en algunas ocasiones como derecho y en otras como delito.

La noción del delito político en los primeros años de la república se encontraba sustentada en la asimilación del rebelde, al combatiente regulado por el derecho internacional, lo cual incluía la asimilación de los beneficios otorgados a los beligerantes.

Los acontecimientos del 9 de abril de 1948 transfigurarían el tratamiento benigno que se venía suministrando por parte del estado, dado los niveles de las acciones de resistencia. Se empieza a juzgar a los rebeldes por asociación para delinquir y delitos conexos, dejando de lado el reconocimiento a la complejidad de la acción del rebelde

El conocimiento de los delitos políticos por parte de la jurisdicción militar gozaría de competencia durante un lapso de 30 años.

El estatuto de seguridad fue la cristalización de un proceso de afinamiento de la implantación de las medidas de excepción como respuesta a las expresiones de protesta popular no armada, que se aplicaban en conjunto con las acciones militares contrainsurgentes, construyendo así una política cívica, punitiva y militar para el tratamiento del conflicto.

Los opositores políticos del régimen son tratados en un contexto de enemistad, donde la ausencia de garantías, presentes en la aplicación del derecho de emergencia guían la persecución penal y política, además de la persecución para judicial de quienes se atribuyen la defensa del orden establecido de forma privada.

El terrorismo sigue como tipo penal abierto, siendo completamente difuso y permitiendo su aplicabilidad a multiplicidad de fenómenos permitiendo una discrecionalidad excesiva a la hora de la adecuación típica, sumado a ello la rebelión en medio de ese contexto queda peligrosamente reducida a la mera acción contra estatal que permite la judicialización de expresiones no armadas de oposición al régimen.

La tipificación del terrorismo y su transversalización en la política criminal conduce a la desaparición del delito político y por ende al trato que el estado le brinda al mismo. En Colombia la ambigüedad del tipo penal de terrorismo, además de la

justicia especializada para su trámite, extermina la posibilidad del tratamiento benigno otorgado a los delitos políticos. Desdibuja la comisión del delito político, pues el alzamiento en armas como característica esencial de la rebelión queda subsumida en los actos terroristas, este hecho implica la criminalización del opositor político que no se encuentra alzado en armas, puesto que la rebelión bajo este nuevo enfoque de la política criminal queda reducida al disenso del orden jurídico y político

La defensa técnica de los delincuentes políticos se modifica sustancialmente, con la incursión del tipo penal de terrorismo, si antes la defensa de ruptura impulsaba la imputación del sindicado como rebelde para hacerlo acreedor de los beneficios, ahora con la subsumisión del rebelde como terrorista, la defensa trataba a toda costa de evitar la imputación de delitos políticos, puesto que el camino que brindaba mayores garantías era los procedimientos y las penas atribuidas a los delitos comunes. El proceso penal de ruptura cedió ante el proceso penal de connivencia, donde la estrategia judicial gira en torno a las garantías, derechos y libertades, donde la actividad se dirige a contra argumentar, a probar los hechos que conduzcan a la inocencia o a una mejor condición del procesado.

Si bien se pasó de la defensa de ruptura, a la defensa de connivencia, la expedición de este estatuto para la defensa de la justicia determina la imposibilidad de defender al opositor político en el marco legal establecido puesto que no es factible argumentar y contra argumentar en esquemas cuasi clandestinos y estrechos.

El terrorismo se implanta por tanto en una alta gama de posibilidades de vulneración de los derechos humanos al impulsar el libre arbitrio estatal en los ejercicios de respuesta a las acciones de oposición y resistencia

La subversión en todas sus formas es inherente al sistema, es éste quien la produce y la reproduce. Las formas de subvertir el orden se encuentran en dependencia de las formas de su preservación. Si tal preservación incorpora el recurso bélico, siempre encontrará respuesta en ese terreno

Una de las contradicciones históricas más agudas en relación a los delitos políticos es la atribución de sus tipos penales a actores políticos que han desarrollado acciones claramente contrainsurgentes. El proceso de paz con el paramilitarismo revive el delito político mediante una trasfiguración grotesca para otorgar beneficios a quienes han actuado en defensa de los prototipos políticos y legales contruidos por el estado.

El derecho penal, más contruido como un derecho penal político del enemigo, vive la pretensión "eficientista" de agrupar artificialmente y sin reparar en diferencias, todos los actores colectivos que enfrentan al Estado, en el absoluto de la "asociación para delinquir": guerrillas, narcotraficantes, paramilitares, terroristas,

delinquentes comunes organizados, son abstraídos todos y conjugados en el mismo universo criminalizante

El derecho penal de enemigo, más que en la norma sustancial, encuentra su máxima fuerza como instrumento privilegiado de persecución estatal indiscriminada, en la norma procesal: en el terreno concreto del proceso penal. Más aún, en el itinerario de construcción de la prueba judicial. Aquel incorpora la noción de "enemigo", pero no a partir de la imparcialidad, o de la "neutralidad valorativa" y no discriminación moral del enemigo propias del derecho internacional de los conflictos armados en su constatación empírica del enemigo, sino que lo hace, alimentado por una extrema carga simbólica y moralizante, como paradigma general a partir del cual se impulsa una más agresiva criminalización: se trata de neutralizar, como lo hemos observado desde nuestra reseña histórica del contenido del delito de rebelión, más que un procesado o sindicado, un objetivo militar. El primer paso es la criminalización indiscriminada la confusión de los actores; el segundo y donde mayor impacto suscita de hecho la idea de "eficacia": el obstáculo para la construcción real de la verdad procesal

La decisión de la Corte Constitucional (Sentencia C-456 de 1997) de declarar inconstitucional el artículo 127 del Código Penal fue el golpe final para el delito político. El mencionado artículo consagraba la exención de pena por hechos punibles cometidos en combate, entre ellos el homicidio. Esta desnaturalización del delito político fue el inicio de la imputación a los insurgentes de una plétora interminable de crímenes comunes que estaban subsumidos en el delito político

La ley 104 creó los llamados *jueces penales de circuito especializados*, que conservan la competencia para juzgar los mismos delitos que conocían los jueces sin rostro bajo trámites también especiales. En otras palabras, con la ley 104 se mantiene la existencia de una jurisdicción especial que atenta contra el postulado de la igualdad ante la ley

El derecho penal del enemigo propicia la anticipación de la punibilidad, la desproporción en las penas, la reducción de garantías procesales y la limitación de beneficios penitenciarios.

El derecho penal del enemigo ataca fundamentalmente dos pilares del derecho penal liberal: "la teoría del bien jurídico y el principio de culpabilidad. En el derecho de emergencia no importa si el delito lesiona realmente el bien jurídico, lo relevante es que el delito pone en tela de juicio la norma. El juicio de reproche como componente valorativo de la culpabilidad, se afecta, cuando no se juzga el sujeto en relación al hecho punible, sino al sujeto como un peligro para la sociedad.

Bajo la lógica de la enemistad la sanción además de no cumplir las funciones de protección y reinserción social, extralimitaría su función de retribución justa convirtiendo a la pena en un mecanismo de tortura hacia el enemigo, igualmente

la función de prevención se sobredimensiona y mediante la fuerza se impone el acatamiento de las expectativas comunicativas de la norma

La disuasión y la incapacitación de los ofensores como mecanismos efectivos para evitar el incremento de hechos delictivos, incluso sin considerar las libertades públicas y los derechos humanos, demuestra la configuración de un modelo basado en la noción del enemigo y en las prácticas de terror para su sometimiento.

El endurecimiento del derecho incrementa los conflictos en los establecimientos carcelarios. El sistema penitenciario es el lado más débil y abandonado del sistema penal, generalmente la situación de los presos se desenvuelve en una clara violación de los derechos humanos.

El derecho penal del enemigo en el caso Colombiano tiene una connotación especial porque surge de un contexto social, político y jurídico en el cual la guerra vivida en la expresión del conflicto interno armado brinda una respuesta penal en un escenario de violencia, lo cual implica que no solo se tiene una amenaza de un sujeto o de un grupo de sujetos situados en uno de los polos de tensión entre bienes jurídicos tutelados y bienes jurídicos restringidos, sino que los mismos pasan de convertirse en sindicatos a ser objetivos militares, confundiéndose de esta manera la guerra y la política.

El derecho penal del enemigo y el rol del estado como parte en la confrontación conduce a la extralimitación del ius puniendi y el ius ad bellum estatal y el mismo se convierte en un promotor de prácticas desinstitucionalizadas y contrarias al derecho causando desapariciones, ejecuciones extrajudiciales, y un sin fin de prácticas reconocidas bajo el apelativo de terrorismo estatal.

En un país como Colombia este tipo de derecho recrudece y reproduce el conflicto pues el estado no es un ente neutral, por el contrario asume su rol de parte en el conflicto, su facultad sancionatoria pretende generar la prevención general positiva a través del miedo, la ausencia de garantías, la introducción de nuevas figuras delictivas, ampliación de las existentes y los incrementos y agravación desmedido de las penas, propiciando con ello congestión judicial e ineficacia jurídica, por consiguiente irónicamente anomia social.

La encarnación de lo militar en el seno del poder ejecutivo ha determinado un tipo de estado militarizado desde adentro de su poder civil y politizado desde adentro de su poder militar, un tipo sui generis de estado militar cooptado por el poder civil en donde cada estamento, civil y militar, encuentra en la distribución de funciones cuasi autónomas, la mejor fórmula para atenuar sus respectivas debilidades.

Una clara expresión del estado punitivo y militar se vivió bajo el amparo de la constitución de 1886 donde el ejecutivo gozaba de amplias facultades, que incluso

se incrementaban con las constantes y sistemáticas declaratorias de estados de sitio, donde el ius puniendi se ejercía si ningún tipo de control.

La guerra en Colombia adquiere unas dimensiones multilaterales en el marco de la geopolítica mundial, el conflicto, el estado de excepción y la justicia de emergencia se convierten en instrumentos diseñados no solo para la satisfacción de las elites colombianas sino para el beneficio de sectores poderosos internacionales que definen a quien declarar la guerra y cuáles son los enemigos en el contexto histórico de cada país.

La evolución de Estados Unidos como potencia y su incidencia política en el país agudiza la noción del enemigo y configura la política criminal como una de las estrategias de la doctrina contrainsurgente. La combinación de políticas punitivas, cívico y militares ha provocado la constante violación de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, especialmente la vulneración del principio de distinción ha llevado a que la población civil deba soportar los rigores de la guerra.

La “Guerra contra el terrorismo” no es más que la actualización y elevación a categoría de pseudo derecho internacional de lo que fueron los principios básicos de la denominada “Doctrina de la guerra contrainsurgente” o “Doctrina de la seguridad nacional”, Estados Unidos con ello se abogó la facultad de la persecución penal mundial bajo la combinación de acciones políticas, jurídicas y militares de intervención

La constitución de 1991 si bien introdujo una carta de derechos y mecanismos para el equilibrio de poderes y para el control de los estados de excepción, en la práctica el proceso de blanqueo convirtió las disposiciones penales de excepción en legislación ordinaria, manteniendo con ello la justicia penal de emergencia.

Este modelo de justicia, propicia desde su propia normatividad la desinstitucionalización de la función penal, el derecho termina convirtiéndose en un instrumento al servicio de la lógica bélica, en medio del tópico del enemigo interno la utilización de todos los medios para su extinción, se torna en una herramienta loable, causando mayor crisis e ilegitimidad en el estado.

Fenómenos como el paramilitarismo, entendidos como parte esencial de la estrategia contrainsurgente, no aparecen solo como respuestas a las acciones de la insurgencia o causados por la debilidad, fraccionamiento o desorganización de los aparatos estatales, sino como un proceso deliberado de detención y aniquilamiento de la insurgencia aún antes de la presentación de acontecimientos subversivos de especial significación o con capacidad de alterar el rumbo del sistema existente

El endurecimiento del derecho en Colombia ha traído consigo el incremento de la impunidad, puesto que el aparato judicial no es suficiente, las herramientas investigativas de la policía judicial son precarias, además que el ciudadano de a pie, por esta misma negligencia en la consecución de la justicia ha optado también por ejercerla con sus propias manos, coadyuvando más en la desinstitucionalización de la función penal y evitando así la consecución de la justicia en un panorama de respeto por las garantías y los derechos de los acusados.

La Corte se ha visto impelida a buscar equilibrios entre el valor de la Carta de Derechos, y aquellas normas propias de la organización institucional dentro de la Constitución Política. Pero, en relación con las declaraciones del Estado de Excepción como conmoción interior, y en la revisión automática que de ellas hace la Corte constitucional, ésta en diversas ocasiones ha privilegiado la parte organizativa sobre la Carta de Derechos.

Pese a las respuestas estatales de criminalización de la protesta social el movimiento social y popular en las distintas etapas del conflicto ha pervivido con flujos y reflujos, con procesos de contención y de radicalización, incluso potenciando los procesos de resistencia que configuraron el surgimiento de las guerrillas en Colombia.

La mafia como un nuevo actor dentro de la política colombiana se constituye como un empresariado ilícito (burguesía gansteril) que acumula capital e términos exponenciales, lo cual agudiza notablemente el conflicto armado interno. Sus intereses lucrativos han requerido el control territorial para garantizar la existencia de sus cultivos, incentivado con ello el proceso de contrarreforma agraria y por ende las claras alianzas con el paramilitarismo. El impacto del narcotráfico sobre la justicia colombiana ha sido no solo profundo sino también muy negativo para la consolidación del estado de derecho en el país, pues ha incrementado el autoritarismo jurídico, la cultura de la excepcionalidad política y la fragmentación institucional, al mismo tiempo que ha reducido la autonomía nacional en el diseño de las políticas contra las drogas y generado una constante interferencia entre la política y el derecho, que no ha sido en general benéfica.

La lucha contra las drogas se torna en un mecanismo clave de intervención e injerencia en Colombia anclada dentro de la estrategia contrainsurgente.

La mafia afecta a todos los sectores sociales y dificulta en términos de política criminal la caracterización del rebelde por cuanto se trata de desvirtuar los ejercicios de resistencia campesina que surgen a partir de la producción de cultivos de uso ilícito como práctica de sustento de comunidades rurales marginadas, con la reducción de este fenómeno social a la comisión de conductas punibles, criminalizando así los actos de resistencia no armada de los campesinos, no solo a través de la imputación de delitos políticos sino a través de

la imputación de delitos comunes, sumado a ellos los movimientos insurgentes generalmente ubicados en las periferias de la geografía del país se vinculan directa o indirectamente en dicho mercado, complejizando la identificación de la comisión de delitos políticos por la conexidad con otro tipo de conductas.

La disyuntiva entre la guerra y la paz ha generado una cuasi antinomia entre un derecho punitivo y un derecho humanitario, generalmente cuando existen intereses aparecen las guerras y sus necesarios dispositivos penales cosmopolitas, pero cuando las mismas llegan a un estado de crispación y de degradación, nuevamente se apela a la intermediación de la humanización de la confrontación. De ahí la justificación de los constantes procesos de paz con las guerrillas y con otros actores del conflicto surtidos en el país.

La categoría de enemigo relativo permite flexibilización jurídica, edifica vías para la alternatividad penal como mecanismos de tratamiento benévolo, así la facultad sancionadora del estado se limita frente al delincuente por convicción.

La justicia de emergencia como respuesta estatal ante el inminente conflicto no ha contribuido a solucionar la crisis social, por el contrario la ha acentuado, máxime si analizamos el derecho penal de emergencia, que es la rama donde entra en juego las libertades y garantías de las personas, así el derecho penal del enemigo, el populismo punitivo y el eficientísimo penal como manifestaciones de este tipo de justicia, han edificado un régimen basado en el totalitarismo y la exclusión.

Los acuerdos de paz entre la guerrilla de Las Farc – Ep y el gobierno nacional son el hito político que hoy domina el país. Cuatro acuerdos se encuentran surtidos entre las partes, uno en relación a política agraria, otro en términos de participación, un programa para la sustitución gradual y concertada de cultivos de uso ilícito, pero sin lugar a dudas en lo que respecta al tratamiento del delito político el más importante es el acuerdo de víctimas que incluye la nueva jurisdicción para la paz.

Teniendo en cuenta que una de las causas fundamentales de la crisis social, económica y política del país es la debilidad manifiesta en los términos de contractualización social para la constitución del estado, un requisito sine qua non, es la estructuración legítima del ordenamiento político y jurídico colombiano.

Superar la aplicación de la doctrina de emergencia en el país será factible, mediante la extinción de la excepcionalidad perpetua que ha caracterizado a Colombia, de ahí la urgencia de establecer un nuevo pacto social y político como sustento primordial de lo que debe ser una nueva política criminal.

La realización de la constituyente empero no es un ejercicio pragmático y sencillo, requiere de unos presupuestos para su configuración que en términos propositivos podrían ser:

- Proceso de paz con la guerrilla de Las Farc –Ep
- Proceso de paz con la guerrilla del ELN
- Constitución de una nueva política agraria como premisa fundamental de la reconfiguración estatal para su potencial funcionamiento en los territorios donde no ha existido el estado.
- Mecanismos para la participación política en pro de brindar garantías a los sectores opositores.
- Procesos de diálogo e inclusión política con las mafias.
- Configuración de una política antidroga soportada en programas de sustitución gradual y concertada de los cultivos de uso ilícito, como mecanismo de transformación de la economía mafiosa.
- Legalización de la producción de narcóticos, con el fin de garantizar un control institucional de dicho mercado.
- Desmonte del paramilitarismo
- Procesos de justicia transicional bajo el primado de la justicia restaurativa y goce efectivo de los derechos de las víctimas
- Una política criminal basada en el garantismo penal.

Un derecho para la paz y la reconciliación, es un derecho penal mínimo, donde la facultad sancionadora del estado sea utilizada como ultima ratio y se permita resolver los problemas desde alternativas sociales no punitivas.

Esta función del derecho penal, de reducción y contención del poder punitivo dentro de los límites menos irracionales posibles, es la que posibilita que el estado no se convierta en parte dentro de los distintos conflictos interestatales, máxime en un país como Colombia donde la violencia se ha convertido por excelencia en la forma de tramitar todos los conflictos.

El ejercicio constituyente será un proceso a mediano plazo que exhortará de otros instrumentos de refrendación de acuerdos suscritos entre los distintos actores que se han propuesto abandonar el camino de la guerra.

8. RECOMENDACIONES

Teniendo en cuenta las posibilidades de concreción de los acuerdos de paz, es importante generar propuestas que configuren una política criminal coherente con las exigencias de la reconciliación.

Las expresiones del derecho penal de emergencia como dispositivo de guerra deben ser proscritas del ordenamiento jurídico.

Los contenidos de los estatutos penales evidencian que el ius puniendi se utilizó como una arma de guerra, urgen reformas estructurales en el sistema penal.

La incorporación de los acuerdos de paz al bloque de constitucionalidad allanan el camino para la pronta reingeniería que necesita el derecho en clave de constituir un nuevo pacto social y político.

Un derecho penal mínimo, garantista y con enfoque de derechos humanos es el epicentro del surgimiento de una nueva forma de tramitar los conflictos sociales al interior del país.

BIBLIOGRAFÍA

APONTE, Alejandro David. Guerra y derecho penal del enemigo. Aproximación teórica al a dinámica del derecho penal de emergencia en Colombia. Bogotá: Estudios ocasionales Cijus, 1999.

_____. Delito político, estrategias de defensa jurídica, derecho penal y derechos humanos en Colombia, una reflexión crítica. Revista de derecho público No 6, junio de 1996. Universidad de los Andes. Facultad de derecho.

_____. El derecho penal en una perspectiva de paz. de la tensión entre eficientismo y garantismo en el caso colombiano. Bogotá: Facultad de derecho, Universidad de los Andes. s.f.

BASOMBRIO, Carlos y DAMMERT Lucía. Seguridad y populismo punitivo en américa latina. Lecciones corroboradas, constataciones novedosas y temas emergentes. Madrid: Cynthia j Arnson, 2013.

BASTIDAS FREIXEDO, Xacobe. Los bárbaros en el umbral. Fundamentos filosóficos. Ver en MELA, Cancio y GÓMEZ Jara Diez. Derecho Penal del enemigo. Discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: Euros editores, 2006. 190 p.

BELLO, Andrés. Principios de derecho de gentes. París: Imprenta de Bruneau, 1840.

CARRARA, Francesco. Programa de derecho criminal. Parte especial Vol. VII Trad Ortega Torres, José Jorge y Guerrero Jorge. Bogotá: Temis, 1978.

CARTY, Anthony. Human Rights in a state of exception, en human rights: From rhetoric to reality. Oxford: Basil Blackwell, 1986.

CENTRO DE ESTUDIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. Manual de Derecho Internacional Humanitario. La Habana, Cuba: CEDIH, 2005. 180 p.

COLOMBIA. Constitución Colombiana. Bogotá: El Ministerio, 1886. Artículo 121.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Magistrado Ponente. Jorge Carreño Luengas. 4 de octubre de 1988.

_____. Magistrado ponente: Edgar Saavedra Roja. 15 de septiembre de 1988

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 456 de 1997. Magistrados Ponentes: Dres. Jorge Arango Mejía y Eduardo Cifuentes Muñoz.

COTES, Cindy y FUENTES, Andrés. Populismo punitivo: incidencia actual en el contexto legislativo colombiano. Revista Actualidad jurídica. Barranquilla. Colombia: Universidad del norte. Edición tercera, 2000.

CRUZ REVUELTAS, Juan Cristóbal. Que es la política? Antología de los mejores textos modernos. México: Publicaciones Cruz O.SA., 2000.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. El Caleidoscopio de las justicias en Colombia. Bogotá: Siglo del hombre editores y universidad de los Andes, 2001.

DIEZ RIPOLLES, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. Actualidad Penal, N° 1. Madrid: s.n., 2001.

ESTRADA ÁLVAREZ, Jairo. Acumulación capitalista, dominación de clase y rebelión armada en Conflicto social y rebelión armada en Colombia. Ensayos críticos. Bogotá: Editorial gentes del común, 2015. p.287.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Madrid: Trotta, 1995.

GALLEGO GARCÍA, Gloria María. Instituciones y Violencia. La Aporía Institucional de la Razón Práctica Entorno al Derecho. [Documento de estudio de la Especialización en Derecho Penal]. Medellín: Universidad EAFIT., 2009.

GAVIRIA DÍAZ, Carlos. Digresión sobre el tema de un excelente libro en OROZCO ABAD, Iván. Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia. Segunda edición. Bogotá: Temis, 2006.

GIRALDO MORENO, Javier. Aportes sobre el origen del conflicto armado en Colombia, su persistencia y sus impactos en Conflicto social y rebelión armada en Colombia. Ensayos críticos. Bogotá: Editorial gentes del común, 2015. p. 215.

GONZÁLEZ ZAPATA, Julio. El terrorismo: la utilidad del miedo”, en Estudios Políticos, No. 21. Medellín: Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, 2002.

GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl. Los discursos de emergencia y la tendencia hacia un derecho penal del enemigo. Bogotá: s.n., s.f.

HASSEMER, Winfried. Crisis y características del Moderno Derecho Penal. Actualidad Penal, N° 43. Madrid: s.n., 1993.

ILICH LENIN, Vladimir. El estado y la Revolución. Obras escogidas. Rusia: Editorial progreso, 1980.

ITURRALDE, Manuel. Guerra y derecho en Colombia: El decisionismo político y los estados de excepción como respuesta a la crisis de la democracia. Revista de estudios sociales número 15. Universidad de los Andes, 2003.

JAKOBS, Gunter y CANCIO MELA, Manuel. Derecho penal del enemigo. Madrid: Thomson Civitas, 2003.

LARRAURI, Elena. Populismo punitivo... y cómo resistirlo. Revista Jueces para la democracia, información y debate. Barcelona: s.n., 2006.

LEAL BUITRAGO Y DÁVILA. Clientelismo: el sistema político y su expresión regional. Bogotá: IEPRI y Tercer mundo editores, 2000.

LOIC, Waqquant, La penalización de la miseria. De la importación de políticas de seguridad: en El derecho a la seguridad - Informe de Valladolid. Valladolid, España: Escuela Técnica Superior de Arquitectura, 2004.

MEDINA GALLEGU, Carlos. Farc- EP. Notas para una historia política 1958-2006. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2007.

MONCAYO CRUZ, Víctor Manuel. Hacia la verdad del conflicto: insurgencia guerrillera y orden social vigente en Conflicto social y rebelión armada en Colombia. Ensayos críticos. Bogotá: Editorial gentes del común, 2015.

MONTOYA, Alberto. La declaratoria de la emergencia social y el perfil del Gobierno Uribe: algunas reflexiones. En: Diálogos de Derecho y Política, 3, (1) 2010.

NAVAS CORONA, Alejandro. Brevario histórico del derecho penal. Bogotá: s.n., 2000.

OROZCO ABAD, Iván. Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia. Colombia: Temis, 2006.

_____. Combatientes, rebeldes y terroristas: Guerra y derecho en Colombia. Bogotá: Editorial Temis, 2006.

PACHECO OSSORIO, Pedro. Delitos contra el Estado. Bogotá: Temis S.A., 1986. 177 p.

PARRA, Ana María. Estado de excepción en Colombia: análisis del periodo presidencial 2002-2006. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora

del Rosario, Facultad de Ciencia Política y Gobierno, 2013.

PELUFFO, Valentina y GARCÍA Carolina. Populismo punitivo un mecanismos para la prevención general del delito. Revista semilleros de investigación cultura investigativa. No, 1. Universidad de Antioquia, 2012

POSADA MAYA, Ricardo. Una aproximación histórica a la evolución del proceso penal colombiano. Bogotá: Universidad de los Andes, 2008.

REVENEGA, Miguel y GIRÓN, Emilia. La Corte Constitucional colombiana ante las medidas de seguridad y defensa nacional del gobierno Uribe. Bogotá: Estudios Socio-Jurídicos, 2004.

ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. T. I, Civitas. Madrid: s.n., 1997.

SÁNCHEZ, M. El tratamiento del delito político en Colombia: un legado de su tradición jurídica. Realidades y tendencias del derecho en el siglo xxi (448-477). Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, 2010.

SOTELO, Ignacio. El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive. Bogotá: Trotta, 2010.

SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa. En: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y GARCÍA PÉREZ, Octavio (Eds.). La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo. Madrid, Montevideo, Buenos Aires: B de F - Edisofer, 2008. 400 p.

_____. Los estragos de la lucha contra la “criminalidad organizada” en el sistema penal: el caso colombiano. En: Estudios Criminales, Núm. 34. Porto Alegre: Notadez, 2009.

TOREES CADAVID, Natalia. Populismo punitivo en Colombia. Una aproximación a la política legislativa de las recientes reformas de delitos sexuales. Cuadernos de investigación. Medellín: Universidad EAFIT, 2010.

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA. Los Derechos Humanos un contrasentido en las políticas securitarias en el Estado Colombiano. Revista Facultad de derecho y ciencias políticas. Vol. 43. No 118. Medellín. Junio de 2013.

UPRIMMY YEPES, Rodrigo y VARGAS, Alfredo. La palabra y la sangre: violencia, legalidad y guerra sucia en Colombia en Germán Palacio (ed) La irrupción del paraestado, Bogotá: ILSA y Cerec, 1990.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo; SAFFON SANÍN, María Paula; BOTERO, Catalina y RESTREPO SALDARRIAGA, Marino Esteban. Justicia transicional sin transición. Verdad, justicia y reparación para Colombia. Centro de estudios de derecho justicia y sociedad. Colección ensayos y propuestas. Bogotá: Ediciones antopos, 2006.

URIBE DE HINCAPIÉ, María Teresa. Las incidencias del miedo en la política: Una mirada desde Hobbes, en El Miedo: Reflexiones sobre su dimensión social y cultural. Medellín: Corporación Región, 2002.

VARGAS VELÁSQUEZ, Alejo. Reflexiones sobre la metodología y agenda de una negociación con la guerrilla Colombiana” ‘Guerra y paz. Politeia. Revista de la facultad de derecho, ciencias políticas y sociales.2 Universidad Nacional de Colombia.

VEGA CANTOR, Renán. La dimensión internacional del conflicto social y armado en Colombia. Injerencia de los Estados Unidos, contrainsurgencia y terrorismo de estado en Conflicto social y rebelión armada en Colombia. Bogotá: Ensayos críticos. Editorial gentes del común, 2015.

VEGA CANTOR, Renán. La dimensión internacional del conflicto social y armado en Colombia. Injerencia de los Estados Unidos, contrainsurgencia y terrorismo de estado en Conflicto social y rebelión armada en Colombia. Ensayos críticos. Bogotá: Editorial gentes del común, 2015.

VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de derecho penal. parte general. Medellín: Librería Comlibros, 2007.

WEBER, Max. El político y el científico. Madrid: Alianza editorial, 1984. pp. 82-83.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Derecho penal y protesta social”. En BERTONI, Eduardo. Comp. “¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América Latina”. Bogotá: Universidad de Palermo, 2010.

_____. En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídica penal. Democracia autoritaria y capitalismo maduro. Barcelona: El viejo topo, 1983.

_____. La Creciente Legislación Penal y los Discursos de Emergencia. en Varios Autores, «Teorías Actuales en el Derecho Penal. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc Editores, 1998.

_____. El enemigo en el derecho penal. Departamento de Derecho Penal y Criminología. Argentina: Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y

Ciencias Sociales, 2006.

ZAMBRANO, Alfonso. La política criminal del siglo XXI. Ecuador: s.n., 2000. 180 p.

ZARATE, Luis Carlos. El delito político. Bogotá: Ediciones librería del profesional, 1996.

ZULUAGA VARÓN, Diana Carolina. Tendencias actuales de los sistemas penales: Consideraciones en torno a la criminalización de conductas relacionadas con el consumo de drogas. Redalyc. Reed de revistas científicas de américa latina, el caribe, España y Portugal. Jurídicas, volumen 5. Manizales Colombia: Universidad de Caldas. 2008.

NETGRAFIA

AMBITO JURIDICO. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-141512-06delitos_politicos/noti-141512-06delitos_politicos.asp?IDObjetoSE=21342

AMBITO JURIDICO. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-121030-01populismo_punitivo/noti-121030-01populismo_punitivo.asp

CATEDRA HENDLER. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=84

CENTRO DE MEMORIA HISTORICA. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: www.centrodememoriahistorica.gov.co/

CODIGO PENAL EN COLOMBIA. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: http://www.academia.edu/612859/HISTORIA_DEL_CODIGO_PENAL_EN_COLOMBIA-_ESTADO_SOBERANO_DE_BOLIVAR_1860-1880.LIBRO_

DEFENSORIA DEL PUEBLO. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: http://www.defensoria.org.co/red/anexos/pdf/02/ac/conceptos03_1.pdf

DERECHOS HUMANOS. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/libros/dih/cap3.html>. Pág. 17

EL DELITO POLÍTICO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: <http://www.scielo.org.co/pdf/papel/v16n2/v16n2a03>

EL ESPECTADOR. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: <http://www.elespectador.com/columna187904-una-emergencia-poco-saludable>

ESPACIO CRÍTICO. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: http://www.espaciocritico.com/sites/all/files/izqrd/n0041/izq0041_a03.pdf

FORO SOBER FIN DEL CONFLICTO. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: <http://www.semanariovoz.com/2016/02/10/jairo-estrada-alvarez-en-el-foro-sobre-fin-del-conflicto/>

MONOGRAFIAS.COM. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: <http://www.monografias.com/trabajos84/estados-excepcion-colombia/estados-excepcion-colombia.shtml>

PRENSA RURAL. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: <http://prensarural.org/spip/spip.php?article14918>.

PROCESO DE PAZ EN COLOMBIA. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: <http://anncol.eu/index.php/colombia/politica-economia/item/2139-algunas-consideraciones-sobre-el-momento-actual-los-alcances-y-la-potencia-transformadora-del-proceso-de-paz-en-colombia>

REBELION. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=204759>

REVISTA DE CIENCIA POLÍTICA [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: <http://www.revcienciapolitica.com.ar/num13art7.php>

ROMERO, Enrique Santiago. Terrorismo o rebelión. Aspectos jurídicos globales. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=138578>

SEGURIDAD CIUDADANA. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: <http://www.mij.gov.co/Ministerio/Library/News/Files/CARTILLA%20LEY%20DE%20SEGURIDAD%20CIUDADANA71.PDF>

TEORIAS SOBRE EL CONFLICTO SOCIAL. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: <file:///C:/Users/MiPc/Downloads/Dialnet-PrincipalesTeoriasSobreElConflictoSocial-241031.pdf> p. 237

UPRIMNY, Rodrigo. La impunidad, el desespero y el populismo punitivo. [en línea] [citado 2015-07-27] Disponible en internet: <http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-298860-impunidad-el-desespero-y-el-populismo-punitivo>.