

Los Derechos Humanos un contrasentido en las políticas seguritarias en el Estado Colombiano¹

Human Rights a Contradiction in Colombian State Safety Policies

*Les droits de l'homme et les politiques sécuritaires;
un contresens de l'Etat colombien*

*Os Direitos Humanos: contrasentido
nas políticas de segurança no Estado colombiano*

Yennesit Palacios Valencia²

Resumen:

La forma de crear y aplicar el derecho está cambiando, o mejor aún, se está reafirmando, dada la conversión del “otro” en enemigo, excusa primaria para el fortalecimiento de políticas seguritarias, escenario que constituye uno de los tantos dilemas, que se debaten en la

1 Este artículo surge como avance de la Tesis Doctoral denominada: “Derecho penal del enemigo en el derecho penal internacional: Un discurso antagónico a la defensa de los derechos humanos. Labor investigativa desarrollada como becaria de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) 2011-2012. En el marco del Doctorado en Derechos Humanos y Desarrollo, de la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla-España.

2 Abogada de la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín. Especialista en Cultura Política: Pedagogía de los Derechos Humanos de la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín. Magíster y doctoranda en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla-España. Magíster en Relaciones Internacionales de la Universidad Internacional de Andalucía. Correo Electrónico: yennesit.palacios@gmail.com

Este artículo fue recibido el día 22 de enero de 20103 y aprobado por el Consejo Editorial en el Acta de Reunión Ordinaria N°. 16 del 23 de abril de 2013.

coyuntura política y jurídica actual, de algunos Estados democráticos en el modelo de Estado Social de Derecho. Para ilustrar casos, hay múltiples acontecimientos que pueden ser traídos a contexto, pero para lo que aquí se expone, se relacionará el escenario colombiano como un prototipo constante de Derecho penal del enemigo, por las repetidas circunstancias que han venido acompañando la forma de contrarrestar a ciertos actores, en la implementación de políticas de seguridad.

Palabras clave: Política de seguridad, Seguridad nacional, Terrorismo, Estado Social de Derecho, Derechos Humanos, Estados de excepción.

Abstract:

The create and apply the law is changing, or better yet, is reasserting itself, given the conversion of the “other “ enemy primary excuse for strengthening policies securitarias, a scenario that is one of the many dilemmas that are debated in the current legal and political situation, some democratic states in the model social state of law. To illustrate cases, there are multiple events that can be brought to context, but for what we presented here, will link the prototype stage as a constant Colombian criminal law of the enemy, by the repeated cases that have been following the way of countering certain actors in the implementation of security policies.

Key words: Security Policy, National Security, Terrorism, Social State of Law, Human Rights, States of Emergency.

Résumé :

La façon de créer et d'appliquer le droit est en train de changer, ou mieux encore, elle se réaffirme, étant donné la conversion de “l'autre” en ennemi, excuse première pour le renforcement des politiques sécuritaires, un scénario qui constitue l'un des nombreux problèmes qui se débattent dans la conjoncture politique et juridique actuelle, de quelques Etats démocratiques à l'image de l'Etat social de droit. Pour illustrer, il y a de nombreux évènements qui pourraient être traités, mais pour ce qui est étudié ici, on prendra le scénario colombien comme un prototype constant du Droit pénal de l'ennemi, de par des circonstances répétitives qui ont accompagnées la façon d'arrêter certains acteurs, avec l'implantation de politiques sécuritaires.

Mots clés : Politique de sécurité, Sécurité nationale, terrorisme, Etat social de droit, Droits de l'homme, Etat d'urgence.

Resumo:

A forma de criar e aplicar o direito está mudando ou, melhor ainda, está-se reafirmando, pela conversão do “outro” em inimigo, pretexto primário para o fortalecimento de políticas

de segurança, circunstância que representa um dos muitos dilemas que são discutidos na conjuntura política de hoje em alguns Estados democráticos no modelo de Estado Social de Direito. Para ilustrar casos, há múltiplos acontecimentos que podem ser citados, mas para o que aqui se expõe, vai ser tomado o contexto colombiano como um protótipo constante de Direito Penal do Inimigo, pelas repetidas circunstâncias que tem acompanhado o jeito de combater alguns atores, na aplicação de políticas de segurança.

Palavras-chave: política de segurança, segurança nacional, terrorismo, Estado Social de Direito, Direitos Humanos, estado de exceção.

Sumario

Introducción. 1. Estados de emergencia y la política de seguridad nacional en la historia de Colombia. 1.1. Derecho penal de emergencia como derecho penal del enemigo. 2. Estrategia de debilitamiento político y militar de las FARC en la lucha contra el terrorismo. 2.1. Los llamados “Falsos Positivos”. 3. A modo de Conclusión. Referencias.

“Los derechos humanos hay que comprenderlos siempre y en todo momento, en relación con el marco que subyace a toda práctica social”. (Herrera, *O nome do Riso. Breve tratado sobre arte e dignidade*)

Introducción

América Latina ha sido en los últimos años el gran referente “para los estudiosos de las transiciones políticas y para los agentes encargados de llevar a cabo tales transiciones. Por ello, mirar el caleidoscopio latinoamericano, sin embargo, nos lleva a visualizar un conjunto de diferencias obtenidas en los procesos de transiciones que impactan en cada realidad local de manera diferente” (Cardoza, 2011, p. 13). En el particular, aunque se ostenta el carácter de una democracia bastante sólida, “el caso colombiano es paradigmático” (Aponte, 2006, p. 206), sobre todo en cuando a la defensa de los derechos humanos, por los persistentes modelos de políticas securitarias implementados a lo largo de la historia, pues en ellos, el poder punitivo ha operado tratando algunos seres humanos como si no fuesen personas, para luchar contra latentes factores de riesgo social, hechos que la propia legislación en algunos contextos ha autorizado.

Por ende, como menciona Zaffaroni (2006), “la doctrina consecuente con el principio del Estado de Derecho debe tratar de limitar y reducir, o, al

menos, acotar el fenómeno para que no desaparezca el modelo de Estado” (p. 11), ante la clarísima y oportuna descripción de los efectos de la doctrina de la seguridad nacional sobre el sistema penal que en su momento enunciara la profesora Aniyar de Castro (2010, p. VIII).

En Colombia, estas manifestaciones contrarias a derecho se han exteriorizado en palabras de Aponte (2006, p. 206), porque se trata de un país que ha vivido de manera dramática las relaciones violencia y democracia, entre legitimidad y violencia; especialmente entre guerra y política, guerra y derecho, en el cual su derecho penal y su derecho público en general, han sido marcados por estas relaciones.

Todo ello obedece a que las garantías ciudadanas se han visto lesionadas, teniendo como pretexto la lucha contra el terrorismo y el conflicto armado, como una de las tantas manifestaciones ocasionadas por la generalidad de necesidades básicas insatisfechas, con la creación de un derecho extremo, y en ocasiones perturbador más que pacificador, en la búsqueda de una sociedad más justa e igualitaria.

Desde esta lógica, este artículo le apuesta a evidenciar cómo el Estado colombiano, desde épocas pasadas, en algunos contextos ha desarrollado políticas de seguridad encaminadas a la defensa del individuo, en la salvaguarda de la soberanía misma del Estado. No obstante, como se demostrará, en muchas circunstancias las medidas adoptadas han sido en sí mismas violatorias de Derechos Humanos, lo cual debe permitir reflexionar al lector sobre disposiciones que antes de proteger, violentan las garantías mínimas propias de un Estado Social de Derecho, como el que rige actualmente en Colombia. Medidas que tanto a nivel sustancial como procesal llaman la atención por la forma como se crea y recrea el derecho.

Con estas precisiones, se pretende abordar los diferentes modelos de políticas securitarias que se han desarrollado en el caso colombiano, ca-

racterizado básicamente por la implementación constante de estados de excepción, evento en el cual, lo que hoy suele denominarse un derecho penal de emergencia como derecho penal del enemigo, ha sido un factor determinante. Situación que se ha llevado a cabo en la lucha contra el debilitamiento político y militar de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) para contrarrestar el terrorismo.

Con este panorama, se comprobará en este escrito que han existido diversas regulaciones que se puede decir han sido propias de un derecho poco respetuoso de los derechos humanos, *verbi gratia*, las políticas de antiterrorismo como respuesta a la emergencia terrorista, pues se ha instalado en Occidente lo que se conoce como “cultura de la emergencia” (Pérez, 2007, p. 17), la difusión de las dinámicas del control por la promoción de la dicotomía amigo- enemigo, con unos efectos particularmente perversos.

1. Estados de emergencia y la política de seguridad nacional en la historia de Colombia

Colombia es una paradoja en lo que se refiere al tema de los derechos humanos. Hay un consenso generalizado de atribuirle el crédito de ser una de las democracias más antiguas de América Latina, sus gobernantes han sido elegidos democráticamente por medio del sistema de votación y solo ha tenido una dictadura militar muy corta en los años cincuenta del siglo pasado. A lo largo de la historia estos gobiernos se han comprometido:

[...] en la defensa, promoción y protección de los derechos humanos, adoptando legislaciones internas, adhiriendo y firmando convenios y pactos internacionales en derechos humanos y derecho internacional humanitario. Sin embrago, detrás de todo esto, se esconde la barbarie en un país con múltiples conflictos sociales, políticos, económicos,

culturales y militares, que lo colocan en una situación permanente de guerra con características muy complejas. (SEMBRAR, 2005, p. 2)

En lo relativo al Gobierno del expresidente Álvaro Uribe, en sus dos periodos consecutivos (2002-2006 y 2006-2010), le apostó a una Política de Seguridad Democrática, como medida para contrarrestar la gran época de violencia que se ha vivido en Colombia. No obstante, este es un referente que ha existido en diferentes gobiernos anteriores, aún sin la existencia de tal denominación conceptual, pues diversos agentes estatales le han apostado a la creación de políticas securitarias que han reforzado el ejercicio del poder punitivo para desarrollar mayor control en el interior del Estado, como respuesta a la acción delictiva de quienes han sido etiquetados como guerrilleros, paramilitares, terroristas y narcotraficantes, en una amplia lista de sujetos tachados como peligrosos para la sociedad, no solo en el ámbito nacional sino internacional. Circunstancias que han propendido en mayor medida por la creación de constantes reformas en materia penal y procedimental, a veces alejadas de las ideas propias de la ilustración.

Este referente histórico puede verse reflejado, como explica la Comisión Internacional de Juristas (2005, p. 4), desde los principios de la década de 1960, donde los sucesivos gobiernos colombianos respondieron a la lucha armada de las guerrillas con una política contrainsurgente fundamentada en la Doctrina de Seguridad Nacional, promovida por los Estados Unidos a partir de la Guerra Fría. Desde entonces, las Fuerzas Armadas de Colombia adoptaron como doctrina militar la Seguridad Nacional. Aunque en Colombia esta doctrina no llegó a los niveles alcanzados en otros países de la región, donde fueron instaurados en la década de los 70 del siglo pasado regímenes militares, esta ha estado en el corazón mismo de la doctrina de las Fuerzas Armadas y del concepto de seguridad promovido por distintos y sucesivos gobiernos. Ante estas involuciones, la comunidad jurídica colombiana se encuentra dividida entre aquellos que:

Son partidarios de una especie de pacificación eficientista, que hace uso del derecho penal como *prima ratio*, y alejados de los derechos y de las garantías, y aquellos que, conforme a los dictados de una aún joven Constitución Política, apuestan por un derecho penal del ciudadano, como derecho penal de la Constitución, y en cuya práctica cotidiana se espera una contribución efectiva a la paz (Aponte, 2006, p. 208).

Este panorama, entre otras cosas, ha involucrado incluso el cambio de la Constitución de 1886 a la Carta Magna de 1991, en una frecuente mal utilización de la democracia como defensa de la seguridad nacional, pues la Constitución misma ha sido víctima de variadas reformas por intereses personalísimos de quienes ostentan el poder, que han visto en el conflicto armado el escenario perfecto para la creación de un derecho en ocasiones extremo.

Por ende, actualmente bajo la tutela de la Constitución de 1991 y bajo el modelo de Estado Social de Derecho, no se puede seguir admitiendo la vulneración de derechos humanos en lo que se refiere a la defensa de personas desde el derecho, incluso en su ámbito penal y en su aspecto procesal, ya que en la praxis jurídica, como ilustra Mattelart (2009) “en nombre de la defensa de la libertad y de los imperativos de la seguridad nacional, los Estados han construido e impuesto una definición del enemigo cada vez más borrosa; tan borrosa que ha permitido y sigue permitiendo todos los abusos” (p. 284) . Y es claro, que sin el respeto por los derechos humanos no se puede hablar de Estado de Derecho.

Si se quiere aceptar lo anterior, es menester precisar que las políticas securitarias a implementar, como manifiesta Ferrajoli (1997), deben partir de la base 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” (pp. 331-332) en la búsqueda no menos compleja de garantizar la efectiva protección de sus derechos.

Lo claro es, como muy bien describe Díez (2005, p. 2), que hemos entrado en una dinámica que tiende a superar el hasta hace poco indiscutido modelo penal garantista y a sustituirlo por otro, el modelo penal de la seguridad ciudadana. Precisamente para combatir una sociedad que se asume en el riesgo por actos latentes de peligro en cabeza de la criminalidad organizada. Por tanto, lo que se intenta es castigar a los incorregibles que no respetan el derecho vigente, aquellos que, en palabras de Foucault (2000), serían los anormales por aniquilar, en un sistema penal que fabrica culpables (Hulsman & Bernat, 1984, p. 55).

De esta manera, conforme a la doctrina del shock (Klein, 2007, p. 6), se han aprovechado los momentos de crisis y desestabilidad, y se han explotado los momentos de miedo, guerra y tensión, para crear normativas antagónicas a la idea de democracia, en el modelo de Estado Social de Derecho. Este hecho se refleja en la aceptación sin límites de un modelo penal y procesal funcionalista en el que prima la defensa de seguridad del Estado y la ausencia de principios liberales.

1.1. Derecho penal de emergencia como derecho penal del enemigo

Se tiene como legado de Occidente, como muy bien lo afirma Mattelar (2009, p. 12), la idea de concebir un sistema mundial de caracterización y transformación del ciudadano en sospechoso de orden sociopolítico. Pues 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” (Pérez, 2007, p. 18).

Con ese paradigma de la seguridad, del cual emergen medidas tan extremas, se han creado incluso disposiciones específicas en Colombia, como la de los jueces sin rostros, –como una medida de emergencia contemplada en la administración de Gaviria (1990-1994), mediante el Decreto 2790 de 1990 que reguló el Estado de Sitio, bautizado oficialmente como *Estatuto para la Defensa de la Justicia* (cf. Arenas, 1991)³– como mecanismos de política criminal, sin antecedentes en la historia del derecho punitivo, donde los jueces que sentenciaban a los presuntos responsables, podían violentar algunas garantías –so pretexto de crear medidas preventivas– necesarias en el contexto de la guerra de guerrillas y entre los carteles de la droga, fuertemente consolidado desde la década de los 70 a los 90 del siglo pasado.

Este panorama hizo necesario, por la inseguridad que atravesaba el país, la creación de estrategias de prevención instauradas en atención a la ola de masacres que tuvo como víctimas desde la sociedad civil, y esferas del gobierno, –a propósito de la muerte del exministro de Justicia Lara Bonilla–, hasta jueces de la República en las principales ciudades.

Es un hecho indiscutible, la idea de que este conflicto social y armado ha sido el más antiguo de América Latina y ha arrojado cifras escalofriantes con consecuencias directas en la población civil; la mayoría de ellas cometidas por las fuerzas armadas y grupos paramilitares que han actuado conjunta-

3 El Estatuto gozaba de las características de ser una jurisdicción de orden público que operaba desde cinco sedes situadas en Bogotá, Medellín, Cali, Barranquilla y Cúcuta. De arriba abajo la estructura estuvo integrada por seis magistrados de la Corte Suprema de Justicia para conocer en última instancia los fallos de los Tribunales. Debajo de ellos, 12 magistrados del Tribunal Especial de Orden Público, como segunda instancia. Y, en la base, 49 jueces para los fallos iniciales. La protección de los jueces contaba con una cortina de sigilo para permitir al funcionario ocultar hasta su propia fisonomía cuando tuviese que interrogar a los sindicados. En las providencias no figurarían su nombre ni su firma. Se contaba con intermediación de la prueba, es decir, la que para su legalidad debe ser realizada por el juez. La instrucción la realizaba la Policía Judicial integrada por grupos del DAS y de la Policía. Las Fuerzas Armadas tenían además otras unidades para los delitos que competen a los jueces militares.

mente. Recuérdese, por ejemplo, el informe desarrollado por (SEMBRAR, 2005, p. 2), donde describe que el balance presentado por Amnistía Internacional sobre la situación de derechos humanos en Colombia en 1980, reportó que la práctica de torturas, detenciones arbitrarias, allanamientos ilegales, asesinatos y desapariciones, así como la vulneración del derecho a la defensa y de las garantías procesales en los tribunales militares, la declaración permanente del estado de sitio y en general el desconocimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos reflejaban que más allá de los avances “técnicos” implementados por sus gobiernos, no se puede hablar simplemente de actos aislados de represión o conductas indebidas de agentes estatales, sino que existen violaciones generalizadas, sistemáticas y crecientes, en lo que se catalogó propiamente como que en las últimas cuatro décadas en Colombia, lo que se ha generado es terrorismo de Estado.

En cuanto a la medida represiva de los jueces sin rostros, —estrategia que hizo cuestionar la necesidad de la aplicación e implementación de un debido proceso, con todo lo que esto implica, aún con las constantes perversidades puestas en escenas, por el conflicto armado característico en aquel entonces en el Estado colombiano—, llevó en su momento a la creación de estrategias, que aunque avaladas por las máximas autoridades, no podían entenderse como garantista y sobre todo en el ámbito penal.

Entre otras cosas, por la constante manipulación que a menudo sufre el término mismo de Derechos Humanos, como justificación del derecho a la seguridad. Ejemplo claro de ello —sin menoscabar el buen papel desarrollado por la Corte Constitucional en el modelo constitucional del sistema de frenos y contrapesos—, es sin duda el hecho de los constantes procesos de reformas a la Constitución —y al sistema penal— que han sido relativamente rutinarios, lo que resulta extraño es que se lleve a cabo de manera democrática (Hurtado, 2006, p. 97). Vale agregar a lo anterior, que un Estado que vive en constantes procesos de reformas no tiene estabilidad, ni seguridad jurídica en sus preceptos. Así se puede sustentar, *verbigracia* que:

La justicia se ha colapsado debido al excesivo control del mismo aparato judicial. El modelo de justicia que salió de la Constitución del 91 concentró en la Fiscalía General de la Nación un poder absoluto: maneja el primer discernimiento de acusaciones, pruebas y medidas de aseguramiento y asume la dirección de todos los procesos. En los últimos 10 años se han promulgado varias reformas al contenido de derechos humanos de la Constitución de 1991, iniciativas que han tenido la intención clara de desmontar el estado social de derecho y volver al viejo Estado “regeneracionista” caracterizado por el desconocimiento de los derechos fundamentales (SEMBRAR, 2005, p. 26).

Esto lo ratifica el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia (2004), cuando expresa que las reformas legislativas en materia penal “han estado caracterizadas, en general, por el endurecimiento de las penas y la creación de nuevos crímenes, así como el debilitamiento de las garantías constitucionales y legales”.

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 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. (Díez, 2008, p. 1, 28).

En esta medida, el eficientismo penal constituye un nuevo modelo de derecho penal de la emergencia, elemento de vocación instrumental como lo explica Aponte (1999),

[...] que agencia en su dinámica práctica una justicia penal igualmente instrumental. La administración de justicia adquiere ese carácter, en tanto atiende a servir intereses particulares situados en el ámbito de las decisiones políticas coyunturales, pragmáticas o meramente partidistas [...]. Con un derecho penal que aparece altamente politizado (p. 15).

Con estas connotaciones surgió como se enunció el *Estatuto para la Defensa de la Justicia*, pues el ejecutivo creó por vía de excepción esta legislación procesal penal, para combatir las perturbaciones producidas por bandas de terroristas y narcotraficantes, como se desprende de su decreto constitutivo, pues la ola de violencia que había intentado contrarrestarse años atrás, con la iniciativa del estado de sitio en el Decreto 1038 de 1984, no se pudo superar.

Dicho Estatuto tuvo 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 que identificaba como tal, a los grupos guerrilleros, narcotraficantes y paramilitares.

En este orden de ideas, bajo la base de un derecho penal del enemigo, la excepcionalidad empezó a convertirse en la regla general, pues si se sigue profundizando en la materia, se puede observar que para 1994 se expidió

la Ley Estatutaria (Ley 137 de 1994) para regular los estados de excepción, estos son –*guerra exterior, conmoción interior y emergencia económica, social y ecológica*– creados especialmente como facultad reglada en cabeza del Presidente de la República, sujeta a controles concurrentes tanto de índole jurídica como política.

En esa medida, para la salvaguarda de los límites las atribuciones presidenciales, se establece una serie de controles jurídicos y políticos tanto sobre la declaratoria de los estados de excepción como sobre las medidas adoptadas, toda vez que como ha manifestado la Corte Constitucional (2009), se reconoce que el acto mediante el cual se declara un estado de excepción, si bien es un acto político, sujeto a consideraciones de necesidad, oportunidad y conveniencia, también es un acto jurídico atado a reglas y requisitos formales y materiales dirigidas a garantizar su legitimidad y a evitar su uso arbitrario. Uno y otro control no son necesariamente incompatibles o excluyentes, ya que se dirigen a examinar aspectos distintos del ejercicio de las facultades excepcionales del Gobierno durante un estado de excepción, y este sistema de controles de los estados de excepción fue reforzado mediante la previsión la Ley Estatutaria 137 de 1994.

Pero si se observa, la garantía o efectividad de las medidas tomadas en los estados de excepción, es asumida en términos de eficacia = penas, en un derecho penal que es utilizado como *prima ratio*, es lo que Aponte (1999, p. 13) denomina *eficientismo penal*, en tanto modelo especial de derecho penal de la emergencia, como único medio para enfrentar la criminalidad. Modelo en el que prevalece la eficacia sobre los derechos fundamentales, la eficacia sobre la legitimidad del sistema penal.

En estas tensiones, la Ley Estatutaria 137 de 1994 sobrevivió a la nueva institucionalidad impuesta por la Constitución de 1991 y sus normas fueron evaluadas por la Corte Constitucional. Esta, sometida a múltiples presiones, declaró constitucionales las figuras jurídicas de emergencia,

pero trató de colocarles límites para mermar su impacto. De esta forma, en 1999 fue revisada la justicia secreta y suplantada por la Ley 504 de 1999, denominada “justicia especializada contra el crimen organizado”. La Ley fue demandada ante la Corte y revisada en abril de 2000. La Corte declaró inconstitucionales diversos artículos con base en los cuales se había cometido todas suerte de arbitrariedades durante la década del 90 y estableció unas bases para pensar en la idea de un derecho penal de la Constitución hacia el futuro (Aponte, 2001, p. 160).

De todas maneras, se sigue acudiendo a la excepcionalidad, en razón

[...] de la presunción de peligrosidad de ciertos comportamientos y de las dificultades, especialmente probatorias, que conlleva la prevención y represión de los mismos, sobre todo en relación con la criminalidad transnacional, por la disociación que se produce entre el resultado y la acción de los más importantes agentes dentro de la organización criminal (Sotomayor, 2010, p. 236).

Así entonces, sigue primando la cultura de la emergencia como garantía para la seguridad del Estado.

En tal sentido la historia se repite, pues aunque la Corte Constitucional ha sido una institución de importante referencia en el sistema de frenos y contrapesos, se ve obligada en múltiples circunstancias por el imperativo de la “eficacia” en su evaluación sobre la constitucionalidad de las normas de excepción (Aponte, 1999, p.30), ya que el terrorismo y sus múltiples variantes, ha sido también la excusa perfecta en la imposición los estados de excepción, en las estrategias de seguridad y en la lucha contra la criminalidad a lo largo de la historia.

Así *verbi gratia*, el Estatuto Antiterrorista o Decreto 180 que rigió en 1988 (República de Colombia, 1988), se dirigía en la práctica no solo contra los que efectivamente habían amenazado la administración de justicia, sino

que se dirigió de manera abierta contra todo tipo de actores que si bien se desenvolvían en el contexto general de la violencia política, no eran ni terroristas ni narcotraficantes en mínima medida. Se resume la característica de la siguiente manera:

En la historia del derecho penal de emergencia en Colombia, como derecho penal de enemigo, a la sombra de un enemigo específico, se van poniendo y criminalizando otros actores que no comenten aquellas acciones que han originado los estatutos especiales. Así, en la época del estatuto antiterrorista, detrás del gran enemigo se criminalizaron en la práctica actores ligados a la sociedad civil, como miembros de organizaciones de derechos humanos o incluso miembros de esta sociedad que estaban ligados a lógicas de acción política cercana a los escenarios de confrontación, pero que no eran en ningún caso terroristas o rebeldes (Aponte, 2005, p. 63).

Este tema también estuvo presente al entrar en vigencia el Código Penal de 2000 (República de Colombia, 2000)⁴. Consecuencialmente, el gobierno del presidente Álvaro Uribe Vélez en sus dos períodos consecutivos (2002-2010), se valió también de esta herramienta como instrumento de lucha frontal contra los grupos terroristas con estados de emergencia, pues en consonancia con lo que afirma Jakobs (citado en Parma, 2007) “el Derecho Penal del Enemigo solo se puede legitimar como un Derecho Penal de emergencia que rige excepcionalmente” (p. 5). Esta aseveración puede

4 En el artículo 343 del Código Penal se describe el delito de terrorismo en los siguientes términos: (Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1 de enero de 2005) “El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos, incurrirá en prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de mil (1.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con esta conducta [...]”.

entenderse, mas no es real. El postmodernismo hace de la excepción la regla. Agamben (2007) lo ha reiterado con insistencia en sus obras:

Si los procedimientos excepcionales son fruto de los períodos de crisis política y, como tales, han de ser comprendidos no en el terreno jurídico sino en el político-constitucional, acaban por encontrarse en la situación paradójica de procedimientos jurídicos que no pueden comprenderse en el ámbito del derecho, mientras que el estado de excepción se presenta como la forma legal de lo que no puede tener forma legal (p. 24).

Se constituyen tales procedimientos porque se trata de sujetos que han defraudado las expectativas normativas de la sociedad, a tal punto, como describe Silva (2006), que “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 a los que, sin embargo, no se les niega el *status personae* en términos absolutos” (p. 985). De este modo, es enemigo para el derecho: “aquel ser humano, y solo aquel ser humano, al que en la medida que se le considere como fuente de mal-estar para quienes tienen el poder jurídico de definición, se le niega toda protección penal (y aún jurídica)” (p. 988).

Con lo cual, se reduce el ser humano a la “nuda vida”, un mero cuerpo que, escindido de la forma de vida del ciudadano, queda totalmente desprotegido, pues:

[...] la excepción es el dispositivo original legal a través del cual el derecho se refiere a la vida y la incluye dentro de sí por medio de la propia suspensión, entonces la teoría de estado de excepción es condición preliminar para definir la relación que liga y al mismo tiempo abandona lo viviente en manos del derecho (Agamben, 2007, p. 24).

Se observa pues que la inseguridad es la clave para el mantenimiento de los estados de excepción, pero en esta lógica, Kötter (citado en Portilla, 2008, p. 344) cuestiona que 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.

El problema, como explica Pérez (2007, pp. 22-23), es que toda política de intervención penal para la consecución de la seguridad incurre en un irreflexivo aumento de la incriminación, tanto en el aspecto cualitativo como en el cuantitativo. Pues 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).

Esto apunta a reajustar la idea contemporánea de aplicación del derecho con sus máximos y sus mínimos. Así, como bien lo ha anotado el profesor Roxin (citado en Guerrero, 2000, p. 206), la tarea principal para el futuro en esta materia jurídica es el ajuste del procedimiento penal a una concepción material constitucional del principio del Estado Social de Derecho.

En consecuencia, si no se cuenta con los principios propios de todo procedimiento penal, con las formas propias de cada juicio que aseguren un debido proceso y el acceso a la justicia del presunto implicado llamado a comparecer en el proceso, hállese del delincuente común, narcotraficante, terrorista o guerrillero, con todo lo que ello involucra –ser oído ante un juez o tribunal competente, estar regido bajo la presunción de inocencia; con un debido proceso público sin dilaciones injustificadas, con presentación e impugnación de pruebas para ser controvertidas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, entre otros-, “los procesalistas han concluido

que a falta de aquellas, no se puede hablar técnicamente de un proceso” (Damián, 2006). Máxime, cuando se debaten derechos que adquieren, hoy por hoy, rango constitucional, al considerárseles derechos humanos, tanto en el ámbito nacional como internacional.

En este sentido, el proceso penal ha sido considerado la “cenicienta” de la ciencia del derecho penal, entendida casi exclusivamente como: “el estudio normativo y empírico del delito y de sus consecuencias jurídicas” (Muñoz, 2008, p, 7). No obstante, como se puede observar, esta no es una cuestión que solamente le concierna a las tantas formalidades que vienen implicadas en la parte procesal del derecho penal, sino que se habla aquí de circunstancias más rigurosas en la esfera interna de protección de los individuos cuando se le están viendo vulnerados Derechos Humanos de carácter fundamental, en una tendencia que se fortalece en el derecho penal posmodernista. Especialmente cuando:

[...] el derecho penal es el que ha sufrido la mayor cantidad de modificaciones introducidas por las declaratorias de excepción. En la década de los 60 y 70 del siglo pasado, como expresión además de hechos que eran notorios en todo el continente latinoamericano, como la promoción, desde los EE. UU., de la doctrina de la seguridad nacional (Aponte, 2006 p. 209).

La anterior noción estructuraba el derecho penal de la emergencia con la idea de “seguridad”, tratándose aquí de la incorporación de modelos totalitarios de política criminal y modelos de corte autoritario de derecho penal, a partir de este código político de enemistad (Aponte, 2006), que se ha extendido como un virus con la búsqueda urgente de una cura, que no contaba en su efectivo tratamiento ser peor que la misma enfermedad. Por ello en palabras de Hulsman (1984), “ese sentimiento de inseguridad que justifica el extralimitado uso del poder, se extiende en las poblaciones a la manera difusa de un gas en la atmósfera, sin que haya medios para evitarlo”.

Con lo dicho, es obvio que no es posible hablar de estado social de derecho y de democracia en la práctica, donde los estados de excepción son una estrategia de “poder” para hacer lo que normativamente en estados de normalidad no es permitido.

En la década actual, si de estados de excepción se habla, la historia se repitió en Colombia con en el Gobierno del doctor Álvaro Uribe, que mediante el Decreto 1837 del 11 de agosto de 2002 declaró el estado de conmoción interior en todo el territorio nacional, y posteriormente lo hizo prorrogable en el 2003⁵ en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 213 de la Constitución Política de 1991, so pretexto de enfrentar el terrorismo, pues como dice en su motivación:

El permanente accionar de los grupos delincuenciales y al margen de la ley, que permiten deducir claras y concretas intenciones de continuar sus actos delictivos y desconocer el orden jurídico y la legitimidad de las autoridades nacionales y locales [...], hace necesario e inaplazable la continuidad de las facultades excepcionales que le permitan enfrentar y reprimir dichas acciones e impedir la extensión de sus efectos, de suerte que esté en plena capacidad de responder de forma inmediata y contundente a las organizaciones interesadas en atentar de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad estatal y la convivencia ciudadana (República de Colombia, Decreto 1837 de 2002).

5 Se hizo prorrogable a través de una reforma constitucional por la cual se modifican cuatro artículos de la Constitución “para enfrentar el terrorismo”, fue aprobado como el acto legislativo cuyo texto es el siguiente: “acto legislativo 02 diciembre 18 de 2003 por medio del cual se modifican los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución Política de Colombia para enfrentar el terrorismo”.

No obstante, por el actuar de la Corte Constitucional⁶, dicho estamento no nace a la vida jurídica en razón a que existió un vicio insubsanable que afectaba la integralidad de la formación del Acto Legislativo (02 de 2003). Pero incluso, como expresó la Corte Constitucional (2004), si fuera subsanable, no era posible, pues su corrección se realizaría por fuera de los dos períodos ordinarios consecutivos que constitucionalmente se exige para la aprobación de los actos legislativos. Motivaciones por vicios procedimentales en la forma, mas no en el fondo del asunto, que de haber sido subsanado, se hubiera creado con el carácter de permanente con la potestad para realizar allanamientos, detenciones e interceptaciones de comunicaciones sin orden judicial, etc. Debate que vuelve y se pone en boga en el 2008 con el Decreto 3929 durante su segundo período consecutivo de gobierno, cosa que es limitada nuevamente por **la Corte como guardiana de la defensa de la Constitución Nacional. Así, en Sentencia C-070/09 la Corte Constitucional (2009) afirma que:**

La perturbación del orden público da lugar a la declaratoria de un estado de conmoción interior, pues ha de ser grave y condicionado a la existencia de circunstancias extraordinarias que no puedan ser atendidas mediante los poderes ordinarios del Estado, y adicionalmente, la alteración del orden público debe atentar de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana, y el último presupuesto material es el juicio sobre la suficiencia de las medidas ordinarias, conforme al cual solo se

6 En la referida sentencia, el vicio consistió en la supresión de los efectos jurídicos y prácticos de la votación realizada en el sexto debate en la segunda vuelta en la Cámara de Representantes del informe de ponencia el día 5 de noviembre de 2003, la cual no alcanzó la mayoría absoluta requerida por el artículo 375 de la Constitución, en armonía con el artículo 119 ordinal 1 del Reglamento del Congreso, para la aprobación de los actos legislativos en segunda vuelta (Corte Constitucional de Colombia, 2004). Se resolvió: Declarar inexecutable el Acto Legislativo 02 de 18 de diciembre de 2003, "Por medio del cual se modifican los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución Política de Colombia para enfrentar el terrorismo", por el vicio de procedimiento ocurrido en el sexto debate de la segunda vuelta.

puede acudir al estado de conmoción interior cuando las herramientas jurídicas ordinarias a disposición de las autoridades estatales no permitan conjurar la grave alteración del orden público que amenaza gravemente la seguridad del Estado, la estabilidad institucional o la convivencia ciudadana.

Si bien el Decreto 3929 de 2008 cumple con los requerimientos formales exigidos por el artículo 213 de la Constitución para la declaratoria del estado de conmoción interior, en el examen del presupuesto valorativo, la Corte Constitucional encuentra que el Gobierno no cumplió con la carga mínima de apreciación exigida por la Constitución y por la Ley Estatutaria de estados de excepción respecto del carácter grave y extraordinario de los hechos invocados, así como de su vocación para alterar el orden público. Esta ausencia de valoración convierte en arbitraria la declaración de un estado de emergencia, pues significa una elusión de las cargas argumentativas mínimas a cargo del gobierno impuestas por la Constitución y por la [Ley Estatutaria de Estados de Excepción] LEEE, a la vez que impide el ejercicio del control constitucional. Así, la ausencia de valoración sobre los supuestos fácticos invocados tiene como consecuencia la inconstitucionalidad del Decreto 3929 de 2008, pues el Gobierno en la declaratoria del estado de conmoción interior omitió uno de los requisitos materiales señalados por la Constitución y por la LEEE.

Finalmente, se estableció un estado de emergencia social mediante el Decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009, y en su desarrollo expidió una serie de decretos legislativos⁷ y decretos ordinarios, con lo cual en palabras de Montoya (2010):

7 Decreto 126 de 21 de enero de 2010, “Por el cual se dictan disposiciones en materia de Vigilancia y Control, de lucha contra la corrupción en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se adoptan medidas disciplinarias, penales y se dictan otras disposiciones”; Decreto 127 de 21 de enero de 2010, “Por el cual se adoptan medidas en materia tributaria”; Decreto 128 de 21 de enero de 2010, “[p]or medio del cual se regulan las prestaciones excepcionales en salud y se dictan otras disposiciones”; Decreto 129 de 21 de enero de 2010, “[p]or medio del cual se adoptan medidas en materia de control a la evasión y elusión de cotizaciones y aportes al sistema de la protección social, y se dictan otras disposiciones”; Decreto 130 de 21 de enero de 2010, “[p]or el cual se

[...] se prefirió la emergencia a la normalidad, la decisión autocrática a la democrática, la legitimación del Gobierno a la credibilidad del juez constitucional, la última ratio a la *prima ratio*, el personalismo presidencial al ordenamiento jurídico, la concentración del poder al respeto por la división y el equilibrio entre poderes (p. 16).

Por ello, el citado autor (Montoya, 2010, pp. 8-9), concluye que no es difícil demostrar el carácter autoritario de las decisiones de emergencia del Gobierno Uribe, así, por ejemplo: el recurso al estado de excepción en su modalidad de emergencia social, en vez de recurrir a la legislación ordinaria o de la normalidad, es quizá la prueba más contundente del autoritarismo. Ya había advertido Ferrajoli acerca de los riesgos que implicaba el estado de excepción para el estado de derecho hasta el punto casi de demostrar su incompatibilidad total, y en ese sentido, existe una presunción de inconstitucionalidad –es decir, de autoritarismo- en cada declaración del estado de excepción que debe resultar derrotada solo después de largas y profundas motivaciones, pruebas y argumentaciones, para llegar a la conclusión de que no había otra alternativa sino la peligrosa decisión de abandonar el estado de derecho.

Sin embargo, puede decirse que en esta constante de declaratorias de estados de excepción la Corte Constitucional ha jugado un papel fundamental, poniendo límites necesarios al Ejecutivo, de hecho, ya no en el Gobierno de Uribe, sino con su sucesor, el actual presidente Santos, hay otro intento de declaratoria de estado de excepción, con lo cual la Corte Constitucional (2011b) en Sentencia C-276/11 responde con la inexecutable del Decreto 020 de 2011, lo que igualmente sirvió de sustento a la expedición del Decreto Legislativo 141 de 2011, configurándose lo que esta Corporación ha denominado “una inconstitucionalidad por consecuencia”,

dictan disposiciones del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, en desarrollo del Decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009”, etc. (cf. Montoya, 2010, p. 16).

pues excluida del ordenamiento jurídico la norma de autohabilitación por decisión de inexequibilidad, los decretos legislativos dictados a su amparo corrieron la misma suerte.

2. Estrategia de debilitamiento político y militar de las FARC en la lucha contra el terrorismo

Durante los últimos quince años, los actores en el conflicto armado interno –en particular las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC)- han empleado la comisión de masacres como estrategia contra miembros de los sectores más vulnerables, tales como:

[...] los pueblos indígenas, las comunidades afrodescendientes y los desplazados; así como la comisión de asesinatos selectivos contra la población civil y desapariciones forzadas como estrategia contra defensores de derechos humanos, operadores de justicia, líderes sindicales y sociales, periodistas y candidatos a cargos de elección popular, quienes han sido repetidamente declarados como objetivos militares, principalmente por las AUC (OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2006).

Las AUC aparecieron con ocasión al decreto de Estado de Sitio No. 3398 de 1965, aquel se promulgó en forma transitoria y establecía poderes al Ministro de Defensa Nacional:

[...] facultándolo para que civiles fueran utilizados en actividades y trabajos que contribuyeran al restablecimiento de la “normalidad del país”, amparando cuando lo estimara conveniente y como de propiedad particular, la existencia de armas que eran consideradas de uso privativo de las Fuerzas Armadas. Así se armaron los primeros grupos de civiles amparados por el Estado (SEMBRAR, 2005, p. 5).

Este Decreto fue convertido en legislación permanente en 1968 mediante la Ley 48. Efectivamente, por las circunstancias delictivas que se agravaron con la aparición de este nuevo actor en el conflicto, el 25 de mayo de 1989 en Sentencia No. 22 de la Corte Suprema de Justicia, se declaró la inconstitucionalidad del referido decreto, tras lo cual el Estado adoptó una serie de medidas legislativas para “criminalizar” las actividades de dicho grupo y de quienes los apoyaran.

Posteriormente, el expresidente y en ese entonces gobernador de Antioquia, Álvaro Uribe Vélez, apoyó la legalización de los grupos paramilitares, promulgación que se hizo mediante el Decreto ley 356 de 1994, que creó las Cooperativas de Seguridad Privada (CONVIVIR), para legalizar las fuerzas paramilitares, como método de defensa nacional en la promoción y organización de las “autodefensas”.

Respecto a este tema, en el Sistema Interamericano⁸ ya se han hecho múltiples pronunciamientos en relación con las masacres perpetradas como resultados del conflicto armado, con ocasión a la participación de grupos paramilitares:

[...] Investigaciones llevadas adelante, tanto por el Poder Judicial, la Procuraduría General de la Nación y el Departamento Administrativo de Seguridad, han demostrado en un número significativo de casos,

8 Este caso fue sometido a la Corte por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 24 de enero de 2001. La demanda de la Comisión tiene su origen en la denuncia No. 11.603, recibida en su Secretaría el 6 de marzo de 1996, por la Comisión Colombiana de Juristas que presentó la denuncia basada en la supuesta desaparición forzada de diecinueve comerciantes por miembros del Ejército Nacional e integrantes de un grupo paramilitar en el municipio de Puerto Boyacá, departamento de Boyacá, región del Magdalena Medio (OEA, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004). La Corte Interamericana también se ha pronunciado sobre la responsabilidad del Estado por apoyo directo o aquiescencia al accionar de grupos paramilitares en los casos de la desaparición de civiles en Pueblo Bello (Córdoba) en 1990; la masacre de civiles en Mapiripán (Meta) perpetrada en 1997; las masacres de civiles en Ituango (Antioquia) perpetradas en 1996 y 1997.

la participación activa de miembros de las fuerzas del orden en los llamados grupos paramilitares, y han permitido además conocer con mayor detalle su organización y sus fuentes de financiamiento [...].

Los grupos paramilitares son formados y financiados por narcotraficantes y, tal vez, algunos terratenientes. Actúan estrechamente vinculados con elementos de las Fuerzas Armadas y de la Policía. La mayoría de los asesinatos y matanzas perpetrados por los grupos paramilitares ocurren en zonas muy militarizadas. Los grupos paramilitares pueden desplazarse con facilidad en esas zonas y cometer sus asesinatos impunemente (OEA, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004).

En este orden de ideas, como se observa, los grupos “paramilitares” nacieron ligados al Ejército colombiano en virtud de su motivación contrainsurgente; de esta manera los llamados también “grupos de autodefensa” se conformaron de manera legal al amparo de las citadas normas, por lo cual contaban con el apoyo de las autoridades estatales. El Estado impulsó su creación entre la población civil, con los fines principales de auxiliar a la Fuerza Pública en operaciones antisubversivas y para defenderse de los grupos guerrilleros, es decir, en su concepción inicial no tenían fines delictivos. El Estado les otorgaba permisos para el porte y tenencia de armas, así como apoyo logístico. Sin embargo, muchos “grupos de autodefensa” cambiaron sus objetivos y se convirtieron en grupos de delincuencia, comúnmente llamados “paramilitares”.

Sin embargo, hoy en día los paramilitares son actores que se vieron favorecidos con la política de seguridad democrática del Gobierno de Uribe, a través de la Ley 975 de 2005 –mejor conocida como Ley de Justicia y Paz– que busca la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, siempre y cuando contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional en la búsqueda de acuerdos humanitarios.

A pesar de las circunstancias, hay nutrido consenso sobre que la Ley de Justicia y Paz lejos de crear “la paz” nacional, ayuda para la consecución de

la impunidad, ya que puede suceder que las víctimas directas del conflicto y sus familiares no sepan nunca la verdad de los hechos. Por lo cual no se garantizarían los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Contrario a esto, a lo que ha establecido la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, donde los Estados tienen el deber de evitar y combatir la impunidad, definida como: “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana” (cf. OEA, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998; OEA, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999a; OEA, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999b; OEA, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002; OEA, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003).

En general, durante los años 2005 y 2006 se adoptaron, a nivel interno, normas especialmente destinadas a juzgar e imponer sanciones a los miembros de grupos ilegales que –habiendo depuesto las armas tras participar en el conflicto armado- se hayan involucrado en la comisión de crímenes contra la población civil. El Gobierno argumentó que la Ley de Justicia y Paz era una fórmula que permitiría darle viabilidad y sostenibilidad al proceso de negociación y DDR (Desarme, Desmovilización y Reinserción) que se ha desarrollado con estas agrupaciones armadas durante los últimos años.

Pese a lo anterior, la política de seguridad democrática de Uribe (2002) creada para garantizar la protección de los ciudadanos, tuvo como preocupación central: “recuperar el orden y la seguridad -requisito cardinal para la vigencia real de las libertades y los derechos humanos”. Por ello, en sus dos períodos consecutivos, elaboró una estrategia que se basa en el debilitamiento militar de las FARC, puesto que gran parte de la población, cansada de los combates de los grupos guerrilleros, decidió apostarle a un plan muy ambicioso de lucha frontal, por los fallidos y constantes esfuerzos de paz a lo largo de la historia.

Como se desprende, la seguridad se entiende como requisito *sine qua non* para el ejercicio de los derechos y la protección de los ciudadanos. En este campo de acción, la prioridad en el gobierno de Uribe fue la consolidación progresiva del control estatal sobre la totalidad del territorio, ello tratando de contrarrestar el fenómeno del narcotráfico, para no poner en peligro la estabilidad institucional del Estado y la seguridad de los ciudadanos. Como quiera que su poder de corrupción es “una amenaza a la democracia y su connivencia o fusión con el terrorismo es un riesgo no solo para Colombia, sino para buena parte del hemisferio, en especial para aquellos países que no cuentan con una justicia y unas instituciones fuertes” (Uribe, 2002, p. 21).

2.1. Los llamados “falsos positivos”

La mencionada estrategia política, que tuvo como foco o centro de ataque a las FARC, tuvo entre otros tantos resultados la muerte en territorio ecuatoriano de Raúl Reyes, el segundo en el mando de la mencionada agrupación guerrillera. Situación que generó una de las crisis políticas y diplomáticas más grandes de los últimos tiempos en América Latina, al violentarse la soberanía estatal del Estado Ecuatoriano, pues el gobierno de Colombia no actuó de conformidad con las normas mínimas del derecho internacional. Este hecho, por antonomasia, se circunscribe como consecuencia directa de la lucha contra el terrorismo en el gobierno del expresidente Uribe, y es un ejemplo más de que en la lucha contra el enemigo es permitida hasta la guerra.

Además de lo anterior, en el 2009 se establece otra dinámica que entorpece el proceso de consolidación de un gobierno serio y respetuoso de los Derechos Humanos, se suma a esta historia que viene marcada desde finales de los 50, la aparición de lo que se ha denominado “falsos positivos”⁹,

9 Legalizar las ejecuciones perpetradas por miembros de la Fuerza Pública es una vieja modalidad criminal en Colombia. En septiembre de 2008, los “falsos positivos” se dieron a conocer al país

situación que pone en evidencia la forma como el Estado se burla de sus asociados tratando de vender la falsa imagen de seguridad nacional, donde miembros de las Fuerza Pública han asesinado a cientos de civiles simulando combates para poder mostrar resultados y éxito en el gobierno ante la comunidad internacional, situación que se traduce en flagrantes violaciones a los Derechos Humanos y al derecho internacional humanitario.

En esta medida, aún con todas las estrategias implementadas en la llamada Política de Seguridad Democrática del mencionado gobierno, para atacar abiertamente a las FARC, se han encontrado múltiples manifestaciones de desestabilidad institucional en el afán de combatir un fenómeno que tiene raíces profundas, en la carencia de estándares mínimos de bienestar –salud, educación, vivienda, pleno empleo, vida digna- más allá de una lucha armada que se disfraza “en lucha de poder” por las diversas expresiones de descontento social ante la constante violación de Derechos Humanos. Así pues, se evidencia claramente cómo se ha transformado el derecho en función de ciertos actores, pues se ha puesto en “crisis” la intención de conquistar el respeto de las garantías más elementales, en la defensa de ciertos colectivos sociales.

Según el informe presentado por el CINEP (2010), la notoriedad adquirida por la problemática de “falsos positivos” no solo puso de presente la magnitud de este tipo de abuso (465 casos y 940 víctimas entre 2001 y 2009), sino que llamó la atención de la comunidad internacional, lo cual implicó el desarrollo de medidas por parte del gobierno para la investigación de los casos. Si se observa, el balance dado posteriormente por el CINEP

cuando 19 jóvenes del municipio de Soacha que habían sido desaparecidos, fueron encontrados en fosas comunes en el municipio de Ocaña (Norte de Santander). En años recientes, la plataforma de Derechos Humanos Coordinación Colombia–Europa–Estados Unidos denunció más de 1.400 de estos casos. Por su parte, la Fiscalía General de la Nación ha comenzado investigaciones relacionadas con ejecuciones extrajudiciales que involucran a 763 agentes de la Fuerza Pública y que reconocen la existencia de por lo menos 1.137 víctimas (cf. Consulte International Peace Observatory, 2009).

(2011)¹⁰, se describe que los casos de ejecuciones extrajudiciales aún se presentan en el país. Pues en 2010 se evidenció un incremento preocupante del 58,3 % en los casos y de 69,5 % en las víctimas, comparándolo con las violaciones ocurridas en 2009. Ello hace pensar que las medidas tomadas por el Gobierno Nacional deben ser complementadas para garantizar un mayor control de este tipo de infracciones por parte de miembros de la fuerza pública y poder así dar efectivas garantías de no repetición de las mismas.

Es preocupante cómo se desfiguran y confunden algunos principios informadores del modelo ilustrado, con la progresiva desaparición del estado social, que ha fracasado en los objetivos de plena ocupación de los factores productivos, extensión de los derechos sociales, remoción de la desigualdad y otra serie de elementos que se desdibujan por la dinámica de actuar del propio Estado. El tema de los falsos positivos es un claro ejemplo ante el malestar de la llamada crisis de la seguridad, que lo que hace es legitimar la barbarie, pues para combatir al enemigo público presente en la historia de Colombia, la realidad demuestra que se han cometido toda clase de atrocidades, donde la afectada directa ha sido en últimas la sociedad civil que, ciertamente, en una imagen ciega por la falacia presentada por el gobierno, creía estar segura entre más datos de bajas se mostrasen combatiendo a “los enemigos”, cuando en realidad se estaba atentando directamente contra la misma población.

10 El acumulado de casos y víctimas registrados por el Banco de Datos de Derechos Humanos y Violencia Política del CINEP/ PPP entre 2001 y 2010 es de 562 casos y 1.119 víctimas. Estas víctimas han padecido distinto tipo de violaciones: 887 responden a ejecuciones extrajudiciales, 87 a torturas, 36 a heridos, 41 a amenazas individuales, 63 a desapariciones forzadas e involuntarias y 214 a detenciones arbitrarias. Es alarmante, como lo señaló el informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia, el retroceso significativo en 2010 de la colaboración de la Justicia Penal Militar con la Justicia Ordinaria en el traslado de casos de “muertos en combate” con signos de violaciones de los Derechos Humanos, que no solo se evidencia por las múltiples trabas en los traslados sino también en los diferentes conflictos entre ambas jurisdicciones.

Las características enunciadas evidencian elementos básicos que acompañan el derecho penal postmoderno, en una de sus más duras facetas, como lo es la doctrina del derecho penal del enemigo, pues en el presente, el derecho en general y el derecho penal en particular vienen sufriendo más que fuertes, bruscas transformaciones.

Se acude en esa medida a un modelo de derecho penal que se concentra en la persona del delincuente para crear nuevos estereotipos que se fundamentan en la defensa del colectivo social para contrarrestar ciertos riesgos. Razón tiene entonces Zaffaroni (1998), cuando expresa que “el sistema penal opera siempre selectivamente y selecciona conforme a estereotipos que fabrican los medios masivos. Estos estereotipos permiten que se catalogue como criminales a quienes dan la imagen que corresponde a su descripción y no a otros” (p. 134).

Ya se ha visto que en el caso colombiano, esta es la regla general: se da el retorno al autor o colectivos específicos, como símbolos de peligro social a contrarrestar, donde se utiliza la técnica de la guerra preventiva en casi todos los gobiernos a lo largo y ancho de la historia: pues como ha expresado Portilla (2008):

Lo que se pretende es neutralizar a determinados colectivos a través de la prognosis de la peligrosidad de un determinado sujeto, que define el círculo del autor, nos alejamos, de ese modo, de la neutralización individual, y nos acercamos, como en EE.UU, a la inocuización colectiva de inmigrantes, terroristas, etc., como concreción de la teoría penal neoclásica del *just desert* (pp. 320-321).

La idea es que la pena justa debe reflejar la gravedad del delito sin atender directamente a su efecto preventivo. Pero se debe criticar, como hace Hassemer (1999, p. 30), un derecho penal que trasciende la formalización y la vinculación a los principios valorativos para convertirse paulatinamente en un instrumento político, sobre todo, en ámbitos de seguridad del Estado.

En este contexto pone de manifiesto que las armas, que antes se utilizaron contra el derecho penal moralizador, se han independizado, y ahora, por ejemplo en materia de bien jurídico, las tendencias despenalizadoras se utilizan para criminalizar, hasta culminar con lo que se ha denominado “moderno derecho penal”.

3. A modo de Conclusión

Colombia, según su consagración constitucional, se proclama como un Estado Social de Derecho (artículo 1), de entrada tal calificativo es un avance más que significativo, por ello, no es que no existan cambios positivos –importantes cambios han existido en todos los tiempos-, pero por diferentes circunstancias terminan contaminados y acaban prevaleciendo estrategias de mercado en función del sistema, aunque estemos hablando de los Estados más desarrollados democráticamente y con los instrumentos internacionales más amplios de protección y con las instancias, órganos y organizaciones internacionales que promueven garantía y defensa en esferas donde se mueve el más alto poder.

No es fácil describir en este escrito la situación del Estado colombiano en lo que a las secuelas del conflicto armado y el narcotráfico se refiere, sobre todo por las pérdidas no solo económicas sino humanas, en tragedias que han aterrorizado y marcado la vida de miles de familias colombianas.

Los esfuerzos de los diferentes gobiernos desde la década de los 40 han sido notorios, no obstante, en el afán de combatir a quienes han sido catalogados como los “enemigos”, se ha creado un cierto tipo de regulación, inspirada precisamente en un “derecho penal del enemigo” que violenta los Derechos Humanos, pero el agravante está en que es el mismo colectivo social el que directamente convalida dicha regulación, en atención al sofisma de la

seguridad, pues se crea en el imaginario social la idea de que la protección efectiva de los Derechos Humanos solo es posible en tanto exista seguridad ciudadana, lo cual no es del todo cierto, es solo uno de los tanto aspectos valorados para la sana convivencia en sociedad. En consecuencia, desde los puntos de vistas descritos, se puede manifestar que:

- a. Ante las políticas de seguridad, se ha llegado a un derecho penal al servicio de la seguridad, y con excesos. Situación que engendra pérdida de las garantías propias de un estado social de derecho en el ejercicio del *ius puniendi*.
- b. Se genera un abandono del derecho penal de *última ratio*, y reaparece un derecho penal de autor en contraposición con un derecho penal del acto.
- c. En general, al crearse un sofisma de la pena como protección de los Derechos Humanos, se crea una antinomia entre los Derechos Humanos y el derecho penal. Cosa que no yuxtapone los intereses en conflicto, sino que los distorsiona en un mar de incertidumbre jurídica. Y,
- d. Aún las luchas inspiradas en el respeto por la dignidad humana, el grado de impunidad por los crímenes cometidos, por las partes enfrentadas en la época detonante del conflicto, son aún, hoy por hoy, una signatura pendiente en el Estado colombiano.

Referencias

- Agamben, G. (2007). *Estado de Excepción (Homo sacer II, I)* (F. Costa & I. Costa, Trads.). Buenos Aires: Adriana Hidalgo Ed.
- Aniyar de Castro, L. (2010). *Criminología de los derechos humanos. Criminología axiológica como política criminal*. Buenos Aires: Del puerto.
- Aponte, A. (1999). *Guerra y derecho penal del enemigo. Aproximación teórica a la dinámica del derecho penal de emergencia en Colombia*. Estudios ocasionales. Centro de Investigaciones Sociojurídicas (CIJUS). Bogotá: Universidad de los Andes.

- _____. (2001). El derecho penal en una perspectiva de paz: de la tensión entre 'Eficientismo' y Garantismo en el caso colombiano. En *Sistemas Judiciales. Una perspectiva integral de la administración de justicia* (156-161). Buenos Aires: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP).
- _____. (2006). Derecho penal del enemigo en Colombia: entre la paz y la guerra. En M. Cancio & D. Jara (eds.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión* (Vol. I; 205-230). Buenos Aires – Madrid: *Edisofer – Libros Jurídicos*.
- _____. (2005). Derecho penal y lucha antiterrorista en Colombia: "¿Una historia fallida?". *Diálogo Político*, 3, 59-80.
- Arena, I. (1991, 13 de enero). Arrancan jueces sin rostro. *El Tiempo*. Sección Justicia. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-9172>
- Cardozo, J. (2011). Presentación. En *Justicia Transicional. Manual para América Latina* (F. Reátegui, Ed.). Brasilia: Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil.
- Centro de Investigación y Educación Popular/Programa por la Paz (CINEP/PPP). (2011). Falsos positivos 2010: Clamor por la verdad y la justicia. *Informe especial mayo de 2011* (1-12). Bogotá. Recuperado de <http://cinep.pasosdejesus.org/node/1244>.
- _____. (2010). De los "Falsos Positivos" a la intolerancia social y las amenazas colectivas. *Informe especial octubre de 2009* (1-15). Bogotá. Recuperado de cinep.pasosdejesus.org/node/957.
- Colombia. Presidencia de la República. (1965). Decreto legislativo 3398. "Mediante el cual se organiza la defensa nacional".
- _____. (1988). Decreto 180 de 1988. "Por el cual se complementan algunas normas del Código Penal y dictan otras disposiciones conducentes al restablecimiento del orden público".
- _____. (2002). Decreto 1837 del 11 de agosto de 2002. "Mediante el cual se declara el estado de Conmoción Interior".
- _____. (2008). Decreto 3929 de 2008. "Por el cual se declara el Estado de Conmoción interior".
- _____. (2011a). Decreto 020 de 2011. "Por el cual se declara el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por razón de grave calamidad pública".
- _____. (2011b). Decreto Legislativo 141 de 2011. "Por el cual se modifican los artículos 24, 26, 27, 28, 29, 31, 33, 37, 41, 44, 45, 65 y 66 de la Ley 99 de 1993, y se adoptan otras determinaciones".
- Congreso de Colombia. (1968). *Ley 48 de 1968*. "Por la cual se adoptan como legislación permanente algunos decretos legislativos, se otorgan facultades al Presidente de la República y a las Asambleas, se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones".
- _____. (2000). *Ley 599 de 2000*. "Mediante la cual se expide el Código Penal".
- _____. (2005). *Ley 975 de 2005*. "Ley de Justicia y Paz". "Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley".
- Comisión Internacional de Juristas. (2005). *Colombia: Socavando el estado de derecho y consolidando la impunidad* (pp. 1-80). Recuperado de <http://www.refworld.org/docid/48a928210.html>
- Corte Constitucional de Colombia. (2004). Sentencia C-816 de 2004. Magistrados ponentes: Dres. Jaime Córdoba Triviño & Rodrigo Uprimny Yepes.

- _____. (2009). Sentencia C-070/09. Magistrados ponentes: Dr. Humberto Antonio Sierra & Dra. Clara E. Reales Gutiérrez.
- _____. (2011a). Sentencia C-216/11. Magistrado ponente: Juan Carlos Henao Pérez.
- _____. (2011b). Sentencia C-276/11. Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo.
- Damián, J. (2006). ¿Derecho procesal de enemigos? En M. Cancio & D. Jara (eds.), *En derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión* (Vol. I, 457-472). Buenos Aires – Madrid: Edisofer S. L – Libros Jurídicos.
- Díez-Ripollés, J. (2005). De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7(1), 1-37. Recuperado de <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>
- _____. (2008). La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI. *Política criminal*, 5 (A7-5), 1-37. Recuperado de http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_7_5.pdf
- Ferrajoli, L. (1997). *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Foucault, M. (2000). *Los anormales*. Buenos Aires: Editores E. François et al.
- Guerrero, P. (2000). Informes nacionales: Colombia. Julio B. J. Kai A. et al (coords.), *Las reformas procesales penales en América Latina (197-219)*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.
- Hassemer, W. (1999). *Persona, mundo y responsabilidad: Bases de una teoría de la imputación en derecho penal* (F. Muñoz & M. Díaz, Trads.). Valencia: Tiran lo Blanch.
- Hulsman, L. & Bernat, J. (1984). *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*. Barcelona: Ariel.
- Hurtado, M. (2006). Proceso de reforma constitucional y resolución de conflictos en Colombia: el frente nacional de 1957 y la constituyente de 1991. *Revista de Estudios Sociales*, 23, 97-104.
- International Peace Observatory, IPO. (2009). *Los “falsos positivos” son crímenes de Estado*. Recuperado de <http://www.peaceobservatory.org/es/1056313292/los-falsos-positivos-soncrimenes-de-estado>
- Jakobs, G. & Cancio, M. (2006). *Derecho penal del enemigo* (2ª ed.). Navarra: Thomsom-Civitas.
- Klein, N. (2007). *La Doctrina del Shock: El auge del capitalismo del desastre*. Buenos Aires: paidós.
- Montoya Brand, M. (2010). Declaratoria de la emergencia global y el perfil del gobierno de Uribe: Algunas reflexiones. *Diálogos de derecho y política. Revista Electrónica de Derecho y Ciencias Políticas*, 1(3), 1-28.
- Muñoz, F. (2008). *De las prohibiciones probatorias al derecho procesal penal del enemigo. Claves del derecho procesal penal 2*. Buenos Aires: Hammurabi.
- OEA, Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1998). Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C N° 43, párr. 53. OEA.
- _____. (1999a). Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C N° 44, párr. 41. Caso Castillo Páez. OEA.
- _____. (1999b). Sentencia del 22 de enero de 1999. Serie C N° 48, párr. 31-32. Caso Suárez Rosero. OEA.
- _____. (2002). Sentencia del 29 de agosto de 2002. Serie C N° 95, párr. 77-78. Caso Blake. OEA.
- _____. (2003). Sentencia del 25 de noviembre de 2003. Caso Mack Chang, párr. 236-237. OEA.

- _____. (2004). Caso 19 comerciantes vs. Colombia. OEA.
- _____. (2006). *Pronunciamento sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia*. Recuperado de www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2006/agosto/03/pronun_cidh.doc
- Parma, C. (2007). El enemigo del derecho penal del enemigo. *Revista Electrónica del Instituto Latinoamericano de Estudios en Ciencias Penales y Criminología*, 2(5) 1-22. Recuperado de <http://www.ilecip.org/pdf/llecep.Rev.002-05.pdf>
- Pérez C. (2007). *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: lustel.
- Portilla, G. (2008). *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmoderlista*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- República de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia*.
- Sembrar. (2005). *Colombia: Violencia y derechos humanos. "La única opción es luchar por la vida"*. (L. Nieto Pereira, Coord.). Ed. Paz con Dignidad. Recuperado de http://www.revistapueblos.org/old/IMG/pdf_Cuaderno_ColombiaDDHH.pdf
- Silva, S. (2006). Los indeseados como enemigos: La exclusión de seres humanos del *status personae*. En M. Cancio & D. Jara (eds.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión* (Vol. 2, 985-1100). Buenos Aires – Madrid: Edisofer – Libros Jurídicos.
- Sotomayor Acosta, J. (2010). Criminalidad organizada y criminalidad económica: los riesgos de un modelo diferenciado de derecho penal. *REJ – Revista de Estudios de la Justicia*, 12, 231-262.
- Uribe, A. (2002). *Política de seguridad democrática en Colombia*. Recuperado de http://www.presidencia.gov.co/seguridad_democratica.pdf
- Zaffaroni, E. (1998). *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires: EDIAR.
- _____. (2006). *El enemigo en derecho penal. Estudios de criminología y política criminal* 6. Madrid: DYKINSON.