

El derecho penal y la política criminal de enemigo en Colombia

The Penal Law and the Criminal Policy of Enemy in Colombia

William J. Parra*

Resumen:

Algunos estudios afirman que la política criminal aplicada históricamente en Colombia presenta varias de las características propias del *derecho penal de enemigo*, sobre todo aquellas que parten de la expansión del derecho penal basado en el aumento de la punibilidad y el recorte indiscriminado de los derechos y las garantías de los ciudadanos¹. Sin embargo, las características propias de la moderna teoría del derecho penal y de la política criminal de enemigo, al menos de la expuesta por Gunther Jakobs, distan mucho de corresponder a esta descripción y a las características propias de la política criminal de la excepcionalidad practicada en Colombia durante las décadas pasadas. Al contrario, el moderno derecho penal de enemigo busca conciliar la eficacia y eficiencia del sistema penal con el respeto de los derechos y garantías de los ciudadanos, busca esclarecer la toma de decisiones en materia criminal en los sistemas político y jurídico y, en definitiva, busca adecuar la represión, la reparación y la prevención de las conductas criminales con el modelo social del Estado de derecho.

* Docente e investigador. Candidato a doctor en sociología jurídica de la Universidad Externado de Colombia. Ex profesor de la Facultad de Derecho de la UPTC. Correo e.: parra@gmail.com

Palabras clave:

Sociología Jurídica, Represión, Persona, Enemigo, Proceso Penal

Abstract:

Some studies on the modern criminal policy of enemy mainly affirm that the criminal policy that has been applied historically in Colombia presents some of the enemy penal law characteristics, that begin from the expansion of the penal right based on the increase of the punishable behavior and the reduction of citizens rights and guarantees. Nevertheless, the characteristics of the modern theory of the penal enemy law and the criminal policy, such as the one made by Gunther Jakobs, are far from corresponding to this description and the nature of the exceptional criminal policy practiced in Colombia during the last decades. On the contrary, modern the enemy penal law, looks for a conciliation between effectiveness and efficiency of the penal system, with the respect to the citizens rights and guarantees. It tries to clarify the decision making in criminal matter in the political and legal systems and, it intends to adapt the repression, the repair and the prevention of the criminal conducts with the social model of the rule of law.

Key words:

Legal Sociology, Repression, Person, Enemy, Penal Process.

Introducción

Muchos análisis de la justicia penal coinciden en afirmar que en Colombia la aplicación del derecho penal y de la política criminal de enemigo es una constante histórica que contiene la funcionalización del derecho penal para el desarrollo de la guerra y justifica la aplicación de los estados de excepción, la doctrina del enemigo interior, la arbitrariedad, la ilegitimidad de la justicia penal y la crisis permanente de la justicia colombiana². Estos análisis presentan el concepto de la política criminal de enemigo en su lado negativo, es decir, como un conjunto de decisiones para la prevención y persecución del delito, en donde predominan las necesidades y las razones de conveniencia política en la toma de decisiones en materia criminal, lo que repercute negativamente en los derechos y garantías de los ciudadanos, así como en la eficacia y eficiencia del sistema penal. En suma, dicha perspectiva presenta la política criminal colombiana y la política criminal de enemigo desde sus meros efectos negativos, como: la improvisa-

ción, la ineficacia, la expansión de la coacción y represión política, la reducción de los derechos y garantías, entre otros³.

Lo anterior coincide con la teoría que describe la expansión del derecho penal en la sociedad moderna; se trata, a grandes rasgos, de una ampliación cualitativa y cuantitativa de las sanciones penales, o sea, es un endurecimiento de las penas y una ampliación de las conductas que eventualmente tienen sanciones penales; para algunos esta dinámica del sistema penal es consecuente con la evolución misma de las relaciones sociales y con la incontenible reproducción de las relaciones sociales en la sociedad moderna, caracterizada como sociedad del riesgo global; en cambio, para otros, esta ampliación de la intervención penal resulta una intervención abusiva y arbitraria del derecho penal en terrenos ajenos a la intervención tradicional de este sistema⁴.

En el seno de este fenómeno expansivo y a raíz del endurecimiento de la lucha contra algunos de los modernos

¹ Ver Iván Orozco Abad: *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia penal*. Temis, U. Nacional de Colombia, 1999, pp. 136 y ss. Afirma que las decisiones en materia criminal después de 1991 no cambiaron mucho, pese al control constitucional, por ello acude al concepto *derecho constitucional de enemigo*.

² Ver, Mauricio Martínez: "La crisis de la justicia penal en Colombia". *Temis*, 1999, p. 9; Fernando Tocora: "Política criminal contemporánea". *Temis*, 1997, p. 1 y ss.; Indira Castellanos Medina: "El Derecho Penal de Enemigo", p. 15 (La autora presenta un panorama desolador, totalmente represivo y violento, de la aplicación del derecho penal en Colombia).

³ Ver, Iván Orozco Abad: "Política y justicia en la coyuntura actual colombiana". En: *Justicia y Sistema Político*, U. Nacional, Fescol, 1997, pp. 31- 66.

⁴ Juan Bustos Ramírez: "Política criminal y Estado". *Revista Ciencias Penales*, agosto 1996, año 9, N.º 12, p. 4. "En general, en mayor o menor medida, las posiciones preventivo generales positivas, hoy dominantes, tienden a tener esta radicalidad, en la medida que su objetivo es la integración de las personas al sistema y para ello construyen un deber de integración y ello implica adelantar y aumentar la punibilidad".

fenómenos criminales, considerados especialmente graves y lesivos, como el terrorismo, el narcotráfico, los delitos económicos y el abuso sexual a menores, además de las crecientes demandas de seguridad, se viene criando el derecho penal de enemigo. Es principalmente el filósofo del derecho y penalista Gunther Jakobs quien viene considerando que en el interior del derecho penal debe diferenciarse dos tipos de derecho: un derecho penal para el ciudadano y un derecho penal para el enemigo⁵.

Un análisis de la moderna versión del derecho penal de enemigo, representado por la teoría de Jakobs, permite inferir que en realidad la separación del derecho penal, en uno para el ciudadano y en otro para el enemigo, polariza el sistema en dos extremos totalmente opuestos, por ejemplo, a la manera retributiva y represiva o garantista y pacifista, como lo presuponen algunos de sus críticos. Al contrario, es posible ver en esta teoría un afán por conciliar los dos presupuestos y la contradicción básica e ineludible del sistema penal en un Estado de derecho: por un lado, la eficacia y eficiencia del sistema penal, y, por otro lado, el respeto de las garantías y derechos de los ciudadanos⁶.

Esto permite, por un lado, describir el moderno derecho penal de enemigo como un derecho ajustado a derecho y, más exactamente, al Estado de derecho y, en consecuencia, no únicamente basado en el ejercicio de la represión y la guerra. Por otro lado, permite superar la descripción del derecho penal de enemigo de sus elementos y efectos negativos asignados tradicionalmente por sus críticos, como de su aparente similitud con el derecho penal y la política criminal practicada en Colombia en las décadas pasadas, principalmente basadas en una recurrente excepcionalidad y discrecionalidad que produjeron la ineficacia del sistema y la generalizada restricción de los derechos y garantías de los colombianos.

En esta breve reflexión, sobre el derecho penal y la política criminal de enemigo en Colombia, consideramos que, en primer lugar, es necesario contextualizar el debate en la dimensión sociojurídica de la sociedad del riesgo global; en segundo lugar, abordaremos los fundamentos teóricos básicos del moderno derecho penal de enemigo y las características del derecho penal de enemigo propuesto por Gunther Jakobs; en tercer lugar, abordaremos los ante-

⁵ Gunther Jakobs: *Sobre la normativización del derecho penal*. U. Externado, 2004, p. 49. En este texto puede verse una lectura sociológica de las fuentes del derecho penal de enemigo.

⁶ Roberto Bergalli: "La 'eficiencia' del sistema penal. Identificación ideológica e instrumentalización política". *Revista Nuevo Derecho Penal*, Costa Rica, 1998, p. 467. "Uno de los grandes problemas que tiene por resolver en la actualidad la forma Estado social y democrático de derecho, prevista en la mayoría de las constituciones de los países occidentales que bien han ya superado la fase industrial o se encuentran inmersos en su desarrollo, es la de lograr un sistema de control e intervención punitiva que responda tanto a los criterios de respeto a los derechos y garantías fundamentales, como a aquellos que permitan reconocer su eficiencia"

cedentes de la política criminal de enemigo en Colombia y, finalmente, la política criminal de enemigo desde el sistema penal acusatorio y la ley de justicia y paz, todo esto para considerar que la política criminal de enemigo es una realidad y una necesidad para toda sociedad constituida como Estado de derecho.

1. La sociedad moderna, el riesgo y la política criminal

Hoy resulta casi ineludible iniciar cualquier reflexión, sobre todo en derecho penal, desde la sociedad o el modelo social en el que este sistema realiza sus prestaciones, esto debido a la creciente influencia de los estudios sociojurídicos en la elaboración de la moderna ciencia del derecho y del derecho penal y, sobre todo, en el replanteamiento de algunos de los fundamentos básicos del derecho, lo cual no solo enriquece las posturas analíticas y los puntos de partida epistemológicos, sino que es una exigencia a la hora de adecuar el análisis del derecho penal a la compleja y dinámica sociedad moderna⁷. Un punto de partida sociojurídico permite contestar aquellos planteamientos que asimilan las funciones del moderno derecho pe-

nal con la expansión del derecho penal de emergencia de características violentas y arbitrarias. En suma, es necesario evitar un punto de partida en el que el moderno derecho penal sea presentado únicamente como la simple expansión de la coacción y la represión, realizada caprichosa y abusivamente por el derecho penal y por quienes toman las decisiones en materia criminal. Por el contrario, es necesario presentar la intervención del derecho penal en las relaciones sociales modernas como un producto social evolutivo y como una necesidad, que, eso sí, debe ajustarse a exigencias y criterios básicos como la pertinencia y la proporcionalidad de estas respuestas penales⁸.

La expansión del derecho penal describe una creciente injerencia del derecho penal en las relaciones sociales, en los conflictos sociales y una intervención amplia de lo penal en la tutela de bienes, intereses y necesidades sociales que antes eran, o bien desconocidos o tratados en otras esferas de regulación social⁹. La incontenible reproducción y complejización de las relaciones sociales jalonadas por la ciencia y la tecnología trae consigo la ampliación del campo de la comunicación social sobre

⁷ La influencia que ha tenido la teoría social de los sistemas funcionales de Luhmann en la teoría penal de la prevención general positiva de Jakobs ha sido fuente de un gran debate, sobre su contenido, alcance y consecuencias. Ver, Evaristo Prieto Navarro: *Teoría de sistemas, funciones del derecho y control social*, Doxa, 2002, pp. 267 y 268.

⁸ Ver Claus Roxin: *Problemas actuales de la política criminal*, 2000, p. 99. Propone en su cuarta tesis que “el sistema de reacción penal se debe ampliar y, sobre todo, tiene que ser complementado con sanciones penales similares de carácter constructivo”.

⁹ Ver Jesús María Silva: *La expansión del derecho Penal*. Madrid: Civitas, 2001, pp. 25 y ss. Quien describe un derecho penal de tres velocidades, con algunas características similares a la propuesta teórica de Jakobs.

lo ajustado o no ajustado a derecho, lo que produce un constante y dinámico replanteamiento evolutivo de la relación entre los derechos y deberes de las personas en la vida social. El sistema jurídico reacciona en esta sociedad mediante coevolución con los demás sistemas sociales, sobre todo, reconociendo que el riesgo es una de las características del desarrollo de las relaciones sociales de la sociedad moderna.

En otras palabras, entendiendo que ni los derechos ni los deberes dependen únicamente de la estricta codificación o del papel que el derecho penal pueda desarrollar por sí mismo, por ejemplo, como *última ratio*. Precisamente, según Beck, es en el seguimiento de la actividad de los sistemas complejos y en la consecuente adopción de salidas jurídicas y técnicas a los problemas sociales, desde donde se puede tanto regular toda actividad social, como prever los derechos y las responsabilidades que se pueden generar y reproducir en la estructura social y, eventualmente, en el sistema penal. Por ello, la regulación de las actividades económicas, de la comunicación tecnológica, de las industrias químicas, de la biotecnología, de las investigaciones en nuevas energías y tecnologías y del riesgo que estas generan, por ejemplo, el terrorismo, la contaminación del planeta, no solamente debe ser diseñada autónomamente por expertos técnicos, sino que la política y el sistema jurídico deben ingresar a influenciar esta toma

de decisiones normativas y regulativas, además, el derecho debe prever las consecuencias de esta nuevas relaciones sociales y su influencia en la vida cotidiana de las personas. Por eso, ante la pérdida de la capacidad de generar controles institucionales en el desarrollo de las poderosas actividades económicas y tecnológicas de conglomerados financieros e industriales y tecnológicos, el derecho debe responder ante las exigencias sociales con una adecuación y repartición constante de las responsabilidades por generar y por reproducir riesgos y peligros. Igualmente, debe asignar los derechos para realizar estas actividades¹⁰.

Para Luhmann, el sistema jurídico tiene como función afirmar la vigencia de las normas y la sociedad, como una construcción normativa, por lo que en el mundo social gran parte de las expectativas producidas en la vida social están respaldadas normativamente de manera contrafáctica, esto es, pese a su eventual decepción, con lo cual las normas proyectan el presente de la sociedad como el futuro de la sociedad. En otros términos, el derecho estabiliza las expectativas sociales como actuales y como posibilidad de mantenerse en el futuro, a pesar de su defraudación. Pero, ¿qué pasa cuando la sociedad y el derecho tienen que aceptar los riesgos producidos por sus propias decisiones y, también, los riesgos generados en los sistemas en su entorno? Al igual que Beck, Luhmann ve las limitaciones que

¹⁰ Ver Ulrich Beck: *La sociedad del riesgo global*. Madrid: I S. XXI, 2002, p. 290.

se le imponen al derecho, en la medida en que no puede simplemente proscribir, al declararlas como ilegales, relaciones sociales que son fundamentales para el desarrollo de la sociedad. Brevemente: el futuro de la sociedad se presenta como algo incierto, a pesar de todos los cálculos que puedan elaborar los expertos o cada persona que actúa en sociedad¹¹.

En derecho penal ha sido la doctrina de la imputación objetiva de corte normativo la que viene construyendo una dogmática juridicopenal basada en el riesgo social, como parte del desarrollo de las relaciones sociales y del papel del derecho penal y de la política criminal en esa realidad social. Se reconoce entonces que toda actividad social, no solamente las peligrosas, está sujeta a reglamentaciones y regulaciones que la hacen socialmente inocua y, en sentido contrario, beneficiosa. De aquí que solo mediante la formulación de estas reglamentaciones de la vida social es que se pueden desarrollar las actividades que implica la vida social moderna. Al derecho penal como sistema social le interesa que todo lo que ha sido aceptado como permitido sea ejecutado observando las normas de cuidado consagradas para mantener este riesgo sin reproche antijurídico. De otro lado, resulta para el derecho penal determinar qué conductas permitidas y no permiti-

das han desbordado ese riesgo, ya sea poniendo en peligro o mediante la efectiva lesión de los bienes jurídicos necesarios para la coexistencia social¹².

En suma, la necesaria coevolución del derecho penal de acuerdo con la evolución social de las relaciones sociales no implica su desborde ilegítimo y una aplicación desmesurada de las sanciones y responsabilidades de orden penal. Por lo que el derecho penal más drástico, es decir, donde se sancionan las conductas especialmente graves y lesivas, se conserva como un último recurso, en la medida en que solo serán objeto de especiales sanciones aquellas conductas que resultan objetivamente más peligrosas para la coexistencia social y para los bienes jurídicos de las personas. La relación entre el riesgo y el peligro permite fundamentar cómo el derecho penal de la sociedad actual no puede esperar a que se produzcan efectivamente algunas lesiones de gran repercusión social, como el terrorismo; por ello cuenta con medios preventivos, basados en política social, en medios de vigilancia militar, policial y tecnológica, así como en la estricta regulación jurídica de actividades especialmente peligrosas. Todos estos medios deben ser utilizados para la investigación criminal y para el monitoreo de todas las actividades y conductas especialmente riesgosas y peligrosas¹³.

¹¹ Ver Niklas Luhmann: *Sociología del riesgo*. U. Iberoamericana, U. Guadalajara, 1992.

¹² Yesid Reyes: "La imputación objetiva", parte segunda; "La creación de riesgos jurídicamente desaprobados", parte tercera; "La realización de riesgos". *Temis*, 1994.

¹³ Ver Claus Roxin: *Op. cit.*, pp. 94 y ss. Su tercera tesis afirma que "la prevención es más efectiva que la pena".

2. La moderna política criminal de enemigo

Desde la misma teoría política y la filosofía del derecho, elaboradas para describir la génesis política y jurídica de la sociedad, mediante el contrato social, está presente una de las reflexiones básicas del derecho penal: ¿cómo ha de procederse con aquellos que optan por una conducta criminal cotidiana y, de esta forma, se constituyen en amenaza constante o en una fuente de peligro para los bienes y los derechos de los demás? En este sentido, se plantean dos problemas: por un lado, está la definición de las conductas, puesto que no se trataría de cualquier conducta, debe tratarse de delitos muy graves y valorados como infracciones esenciales al contrato social; por otro lado, está el problema de cómo ha de tratarse y de considerarse este género de delincuente; las diferentes posturas contractualistas coinciden en denominar a aquel tipo de delincuente con el término genérico de rebelde, pero no en el sentido altruista que englobaba el concepto de delito político, sino en el sentido de no observancia de las normas, es decir, como fuente de peligro y amenaza para los demás¹⁴.

2.1 Los orígenes del derecho penal de enemigo

Para Rosseau, en principio, todo aquel

que ataca las bases fundamentales del orden social, mediante el delito, debe tratarse como enemigo de la sociedad y, en consecuencia, debe ser privado de los derechos como ciudadano y del trato como persona. Rosseau plasma y define en el mismo *Contrato social* el concepto de enemigo; el punto de partida es que se justifican las penas más severas para todos aquellos que atacan el derecho de la sociedad. A pesar de que es posible que una interpretación de esta teoría deje como conclusión que todo delincuente puede ser tratado como enemigo, la aparente rigurosidad y arbitrariedad de este derecho penal está igualmente atenuado y limitado por principios propios del Estado de derecho y del derecho penal, como la proporcionalidad y la retribución¹⁵. En consecuencia, los principios racionales básicos del derecho penal impiden la aplicación indiscriminada de las penas más severas, como la pena de muerte y el exilio, a cualquier delito; igualmente, impide que se trate a todo delincuente al margen de toda garantía y proceso para determinar su responsabilidad individual y la consecuente sanción.

Por lo que Rosseau no se refiere como enemigo a cualquier y a todo delincuente, en cuanto su elaboración teórica busca justificar la aplicación de las penas más severas dentro del contrato social, sino que se refiere a aquellos que cometen los delitos más graves y que

¹⁴ Ver Carlos Gaviria Díaz: *Herejías Constitucionales*. Bogotá: FCE, 2001, pp. 303 y ss. Gunther Jakobs: *Sociedad, norma y persona*, U. Externado, p. 50. "Todo aquel que niegue su racionalidad o establezca su propia identidad de forma excesivamente independiente de las condiciones de una comunidad jurídica, ya no puede ser tratado razonablemente como persona en Derecho".

¹⁵ Ver Carlos Pérez del Valle: *Estudios de filosofía política y del derecho penal*. U. Externado, p. 55.

representan una lesión al contrato social y a la ley natural y que, por lo tanto, representan una lesión y una amenaza a la vida social. Rosseau no presenta una postura radical, en cuanto antepone como elemento objetivo de la valoración de la conducta propia del enemigo la gravedad del delito y la consecuente aplicación de la legalidad plasmada en las penas más severas¹⁶.

Sin embargo, los fundamentos abstractos del enemigo en Rosseau pueden ser interpretados desde consideraciones subjetivas, culturales y morales, más que desde consideraciones propiamente objetivas y propiamente jurídicas, penales, sociales y políticas. Esto, en cierta forma, es la preocupación y encarnación del debate actual, o sea, por qué considerar a los criminales graves y a aquellos que llevan una forma de vida basada en el crimen no personas, no personas morales y no ciudadanos. Según Rosseau, más que como una amenaza futura, al enemigo se le aplicarían y se le asignarían reproches como la ausencia individual de una conciencia natural y social, representada por la ausencia de compasión hacia los demás y por el cotidiano ejercicio de una conducta basada en el amor propio, en el poder individual y en el ejercicio de la violencia, todo lo cual representa un regreso al estado previo al contrato so-

cial. En suma, Rosseau deja un gran vacío, sobre todo incertidumbre jurídica, y la posibilidad de que a los delincuentes graves se les asigne más un reproche moral y subjetivo que propiamente jurídico y objetivo¹⁷.

Hobbes contempla un derecho penal de enemigo en el mismo sentido de la discusión moderna, es decir, sobre las propias bases del contrato social, por lo que el derecho penal de enemigo se justifica como una necesidad de defensa legítima de individuos que están asociados en el contrato y que temen a otros individuos que no han asumido o que no son parte del contrato¹⁸. Para Hobbes, el derecho penal de enemigo se aplica en primer lugar como guerra, y, segundo, una vez alcanzado un acuerdo o aplicadas las medidas de seguridad, se aplica el derecho, en donde los enemigos, necesariamente, son tratados como personas, es decir, con derechos y garantías. Por lo anterior, el derecho y la política criminal de enemigo en Hobbes no se presentan mediante una sola cara, es decir, el ejercicio de la guerra, el exterminio del enemigo o la aplicación de medidas de seguridad por fuera de las garantías y derechos hoy vigentes en cualquier ordenamiento jurídico.

Hobbes distingue entre malos ciudadanos y quienes no lo son; por eso distingue

¹⁶ *Ibidem*, p. 71

¹⁷ Ver Alejandro Aponte: "El eficientismo penal: hacia una fundamentación teórica para su comprensión en el caso colombiano". En: *Memorias Foro de Política Criminal*. Bogotá: U. Javeriana, 1998, pp. 172 y ss.

¹⁸ Ver Gunther Jakobs: "Derecho penal del ciudadano y derecho penal del Enemigo". En: *Derecho penal del enemigo*. Bogotá: U. Externado, 2005, p. 22.

dos ordenamientos jurídicos: uno para el ciudadano que se comporta mal y otro para aquel que comete delitos frente a la ley natural, afectando y amenazando la existencia misma del Estado y la sociedad¹⁹. En el derecho penal de enemigo de Hobbes, el enemigo, además de la comisión de delitos, debe hallarse en un estado de guerra permanente contra la sociedad; al enemigo lo debe anteceder una conducta contraria a derecho, que presupone una franca y objetiva rebeldía, por lo que la reacción de la comunidad, representada por el Estado, no supone, como en Rosseau, una reacción al delito o a un enemigo reconocido puntualmente como criminal, sino, más ampliamente, surge de las necesidades de defensa de una comunidad y de personas en estado civil que temen ataques de otros individuos o la amenaza futura de quienes no han asumido las reglas del pacto social²⁰.

2.2 Características del moderno derecho penal de enemigo

El análisis de las características y de los cimientos del moderno derecho penal

de enemigo está en el mismo replanteamiento de las bases del derecho, está en los elementos epistemológicos, filosóficos, sociojurídicos y dogmáticos del moderno derecho y del derecho penal moderno, que escapan a esta breve reflexión. Por ello nos circunscribiremos a los tres elementos que han sido asignados a la política criminal de enemigo, basados en la expansión del derecho penal y en la propia construcción que Jakobs viene dando a su continua construcción dogmática y filosófica del derecho penal de enemigo, además, abordaremos como cuarto elemento la necesaria distinción que propone Jakobs entre persona y no persona²¹.

2.2.1 El adelantamiento de la punibilidad

o el adelantamiento del hecho no producido, pero que se va a producir, por ejemplo, en el caso del terrorismo, en donde la tentativa no es tenida en cuenta, sino que se aplica la sanción contenida para ese delito. El derecho penal de enemigo se presenta mediante la construcción de tipos penales que se aplican a hechos futuros y que representan el hecho de que el derecho penal no puede

¹⁹ Carlos Pérez del Valle: *ob. cit.*, pp. 62 y 63.

²⁰ *Ibidem*, p. 65.

²¹ Gunther Jakobs: *El derecho penal ante las exigencias del presente*. Bogotá: U. Externado, pp. 31 y 32. "Particularidades típicas del derecho penal de enemigos son: 1. El adelantamiento de la punibilidad, 2. la falta de una reducción de la pena proporcional a dicho adelantamiento, 3. el paso de la legislación de derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia y, 4. la supresión de las garantías procesales".

²² Karolina Viquez A.: *Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?* 2006, p. 11. En: [<http://www.politicacriminal.cl>] "Se da una alteración del modelo clásico de legalidad penal –inducida por el paradigma del enemigo– "se expresa en una acentuada personificación del derecho penal de emergencia, que es bastante más un derecho penal del reo que un derecho penal del delito". Ante la "amenaza", la atención se centra en el individuo peligroso. "Se trata, en términos generales, de la consolidación paulatina del paradigma de la prevención como paradigma dominante en el sistema del derecho penal".

esperar pasivamente la realización de la conducta en un hecho²². Mediante la investigación criminal preventiva, la producción de elementos de prueba ex ante y la capacidad de neutralización de las conductas más graves en sus fases previas a la realización se constituyen las propias posibilidades del sistema penal y las exigencias sociales en materia de prevención de actos especialmente graves²³.

2.2.2 Las penas previstas en el derecho penal de enemigo son desproporcionadamente altas, ya que el bien jurídico y, en consecuencia, el delito producido o por producir es de especial valoración, por ejemplo: “con respecto a la legislación antiterrorista, dijo la corte: el terrorismo es un delito dinámico que se diferencia de los demás tipos, primero es un delito pluriofensivo, pues afecta o puede llegar a afectar varios bienes jurídicos; segundo, obedece a organizaciones delincuenciales sofisticadas, y, tercero, el terrorista demuestra con su actitud una insensibilidad frente a los valores superiores de la Constitución”²⁴.

2.2.3 Se da una disminución, aunque no ausencia, de las garantías en el proceso penal, debido a que el proceso penal frente a enemigos no tiene como finalidad la imposición de una pena, sino la aplicación de una medida de seguridad frente a una amenaza. Siguiendo la fórmula de Jakobs, el primer procedimiento es de orden investigativo, policivo y militar, es decir, un procedimiento de guerra para neutralizar o eliminar un enemigo y, en consecuencia, la amenaza y el peligro. Una vez aplicadas estas medidas, como en el caso de Hussein, el enemigo pasa a ser un imputado, un sujeto procesal con las garantías generales del sistema del derecho penal vigente.

2.2.4 Finalmente, la distinción entre persona y enemigo es uno de los presupuestos fundamentales de la moderna teoría del derecho penal de enemigo; este punto resulta fundamental para Colombia, ya que algunos estudios de esta teoría afirman que de allí se desprendería una interpretación en el sentido de que tal vez los colombianos, o gran parte de ellos, no son personas o no se les puede exigir una conducta a la manera de personas²⁵.

²³ Manuel Cancio Melia: “¿'Derecho Penal' del enemigo?”. En: *Derecho penal del Enemigo*. 2005, p. 54. La punibilidad es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de –como es habitual– retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido). Karolina Viquez: Ob. Cit, p. 16. La postura crítica afirma que: “el Derecho penal del enemigo, visto como un modelo orientado hacia el futuro, se amplía dentro del ordenamiento positivo que solapadamente oculta dicha legislación de ‘lucha o enemiga’. De esta forma, por el predominio actual de las tendencias preventivas y las necesidades globales, se da pie a la «excesiva» protección de bienes jurídicos universales, que se caracterizan por estar formulados de forma especialmente vaga”.

²⁴ Iván Orozco Abad: *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia penal*. Ob. cit., p. 142. Aquí son analizadas las decisiones de la Corte y su contribución al derecho penal de enemigo. En este caso, la Corte ratificó la prohibición de amnistías, la rebaja de penas por colaboración con la justicia para los delitos especialmente graves, como el secuestro, y la concesión de beneficios y amnistías para los delitos asociados al “delito político”.

²⁵ Ver Alejandro Aponte: “¿Derecho penal de enemigo o Derecho penal de ciudadano?”. *Temis*, 2005, pp. 74 y 75.

Jakobs parte de dos precisiones de orden general que posteriormente desarrolla en la distinción entre persona y no persona. La primera es que la distinción de la persona y de la no persona no significa la anulación de la persona, sino que se trata de una atribución individual de conducta; la segunda es que es posible que esta distinción sea favorable para mantener el horizonte de derechos y de responsabilidades de la persona en la sociedad moderna y no su disminución o anulación, como sus críticos suponen.

Siguiendo los presupuestos de Luhmann en torno a la persona, en los que se fundamenta Jakobs para construir su concepto de persona en derecho penal, la distinción entre persona y no persona es un presupuesto epistemológico ineludible, por cuanto en todo lo que existe en el mundo es posible distinguir su misma negación, en otras palabras, toda unidad de sentido tiene dos lados, uno negativo y otro positivo²⁶. En el caso de la persona se supone que también hay una no persona que es necesaria para afirmar a la persona misma y para asignar una diferencia social de quién es persona y quién o qué no es persona y cuáles son las atribuciones; en el caso del sistema del derecho, cuáles son sus derechos y deberes²⁷. Luego en todos los

sistemas sociales se realiza la distinción y el tratamiento persona /no persona, solo que los efectos de esta atribución individual y de esa distinción es muy diferente en cada uno de los sistemas sociales. La inclusión o exclusión de la persona y de sus expectativas en la comunicación social están asociadas al tratamiento de los conflictos sociales, de aquí que sea el sistema del derecho el encargado de definir las limitaciones y las posibilidades de las expectativas de conducta de la persona²⁸.

Cómo es que se define, entonces, a alguien como no persona y se le asigna la atribución de ser un peligro para la sociedad, sobre todo en derecho penal, a partir de la contundente máxima de Jakobs de que “sólo es persona quien ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal”²⁹. Lo primero que hay que aclarar es que quedan por fuera de esta garantía los elementos subjetivos, de la moral, y todas aquellas preferencias individuales de comportamiento inocuo, incluyendo las irracionales e inmorales, por esto, en realidad, al derecho no le interesan tampoco las buenas personas³⁰. Solo le interesa al derecho penal lo que tiene relevancia comunicativa y que le puede ser imputada como obra suya, como producto de un comportamiento suyo a

²⁶ Niklas Luhmann: *Sistemas sociales*. Antrophos, 1998, pp. 77-112.

²⁷ Ídem: *Complejidad y modernidad, de la unidad a la Diferencia*. Madrid: Trotta, 1998, p. 237.

²⁸ Ver Niklas Luhmann: *Sistemas sociales*, ob. cit., Cap. IX. Igualmente ver la sentencia C410/94 M.P. Carlos Gaviria Díaz, donde presenta además del replanteamiento de la igualdad formal de la mujer, su inclusión en la comunicación social y la gradual construcción jurídica como persona.

²⁹ Gunther Jakobs: *Sociedad, norma y persona*. U. Externado, 1996, p. 36.

³⁰ *Ibidem*, p. 37.

alguien. La pregunta es ¿cuándo alguien con su conducta defrauda el rol general de la persona? y, además, ¿cuándo se le puede asignar dicha defraudación?

3. La política criminal de enemigo en Colombia

Creemos que no es acertado asociar las características de la política criminal de enemigo practicada en Colombia en las décadas pasadas con la política criminal moderna de Jakobs, por cuanto la política criminal en Colombia se practicó al margen, con el desconocimiento y la instrumentalización del derecho vigente. Es decir, toda la política criminal pública fue absorbida y desplazada por la política criminal destinada a combatir las grandes organizaciones armadas, así que no se puede hablar de una diferenciación entre una política criminal de enemigo y una política criminal de ciudadano³¹.

Sin embargo, desde antes de la misma Constitución del 91 y, sobre todo, en la última fase de la política criminal en Colombia (gobierno Uribe), sí puede pensarse en la continua construcción de un modelo de sistema penal donde se desarrolla una moderna política criminal de enemigo, como el descrito por Jakobs. Es decir, el sistema penal y la política criminal en Colombia viene evolucionando hacia un modelo de política criminal en donde se diferencia de una

manera más o menos clara la política criminal en dos clases: una para el ciudadano y otra para aquellos que pueden ser considerados eventualmente enemigos de la sociedad.

3.1 *Antecedentes de la política criminal y de la política criminal de enemigo*

Una de las razones básicas por las cuales no se pudo desligar la política criminal pública de la política criminal de enemigo es que fue imposible para los gobiernos de las décadas pasadas desligar la lucha y prevención de la criminalidad, de la guerra contra las grandes organizaciones armadas al margen de la ley; por esto la mayoría de estudios coinciden en asociar y superponer la política criminal a la política criminal de guerra y de enemigo. Los numerosos estudios asignan varias características a la política criminal en Colombia, como política criminal de enemigo, entre ellas:

- Desde una perspectiva sociojurídica se relaciona la crisis social, la crisis del Estado y del derecho y la política criminal de emergencia, o sea, se asocia una alta conflictividad social, que se expresa mediante fenómenos como la pobreza y la violencia, y la ausencia de una respuesta institucional adecuada para el trata-

³¹ Iván Orozco Abad: "Política y justicia en la coyuntura actual colombiana". Ob. cit., p. 32. El autor describe la relación entre guerra y justicia en un doble movimiento: la criminalización de lo político y la politización de lo criminal. De hecho, la salida para la desmovilización de algunos movimientos guerrilleros como el M-19 se hizo al margen del derecho y de los criterios y exigencias de hoy en materia de verdad, justicia y reparación.

miento de los conflictos, debido a la carencia de marcos normativos para la regulación y canalización de los conflictos sociales y, como consecuencia de ello, una inadecuada respuesta mediante el bloqueo de estos conflictos para su ingreso en la discusión social, mediante el uso de la represión. Por esto, la represión armada y simbólica fue la única respuesta para contener la crisis social permanente y generalizada³².

- La no diferenciación de las funciones de los sistemas político y jurídico en la toma de decisiones en materia criminal y, en consecuencia, la ausencia de la básica división de poderes propia del Estado liberal³³. La estabilización de la toma de decisiones para combatir y prevenir la criminalidad, realizada en el Estado de derecho por medio del procedimiento legislativo, función propia del Congreso, es interrumpida, suspendida o sustituida por la amplia injerencia del ejecutivo en el diseño, implementación y aplicación de la política criminal, mediante amplias

facultades extraordinarias para legislar en materia penal o mediante la posibilidad de que estas leyes y decisiones extraordinarias fueran “legalizadas y hechas permanentes por el Congreso”³⁴.

El estado de excepción permanente en que vivió Colombia se caracterizó por el desorden legislativo en materia penal, lo que produce, por un lado, el recorte indiscriminado de los derechos y las garantías de los ciudadanos, y, por otro, la ineficacia del sistema penal en la lucha y prevención del delito. García Villegas, asigna tres períodos al estado de excepción en Colombia, desde 1949³⁵:

El primero de ellos se inicia en 1957 con la instauración del Frente Nacional y llega hasta el fin del gobierno del presidente López Michelsen, en 1978; el estado de sitio fue utilizado en las ciudades para reprimir las manifestaciones de descontento, así como para resolver problemas derivados de la crisis económica heredada de la época de la violencia. En el campo se vivía una situación de guerra contra la subversión guerrillera naciente y contra los pocos reductos de la violencia; mien-

³² Ver Alessandro Baratta: “Política criminal. Entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos”. En: *Memorias Foro de Política Criminal*, U. Javeriana, 1998, p. 29. Se infiere de este estudio que los coletazos de la guerra fría, el conflicto social y la inadecuada respuesta institucional a los conflictos sociales produjo una aplicación más o menos estándar de la doctrina de la seguridad nacional en toda Latinoamérica.

³³ Ver Enrique Bacigalupo: *Justicia penal y derechos fundamentales*. Barcelona: Marcial Pons, 2002, p. 15. “El mantenimiento de los antiguos límites en el nuevo constitucionalismo se puede explicar, por lo tanto, por la necesidad de equilibrio entre los poderes del Estado. La división de poderes pretende evitar el despotismo que Montesquieu identificó en la concentración del antiguo régimen. Pero, al mismo tiempo, está acompañada de controles y contrapesos que regulan las relaciones entre los poderes”.

³⁴ Ver Juan Gabriel Gómez: “Marco constitucional, política y política criminal: ¿Quiénes hacen política criminal en Colombia?”. En: *Memorias Foro de Política Criminal*, U. Javeriana, 1998, p. 101.

³⁵ Mauricio García Villegas: *El estado de excepción en Colombia*. Aula Virtual Defensoría del Pueblo, 2003.

tras en las ciudades se restringían los derechos ciudadanos con el fin de contrarrestar las manifestaciones políticas, en las zonas rurales se mataba para reprimir a la subversión. El segundo período se inicia con el gobierno de Turbay Ayala (1978) y termina con el fin del mandato del presidente Barco (1990). En estos años la excepción perdió fuerza como instrumento de control social –en parte por la disminución de las manifestaciones políticas de estudiantes y obreros– y ganó importancia como instrumento de represión de las actividades ilegales del narcotráfico y la subversión. El tercer período se inicia con la promulgación de la Constitución de 1991, escrita y promulgada durante el gobierno del presidente Gaviria –no sobra agregar que ello se hizo a través de normas de excepción– y se extiende hasta el fin del siglo.

Algunas de las medidas específicas utilizadas en materia penal, en las que se concretaron los estados de excepción, fueron el juzgamiento de civiles por la justicia penal militar y la transformación de intereses y bienes colectivos en bienes jurídicos que permiten, mediante ponderación, la imposición de estos intereses sobre los derechos y garantías fundamentales, por ejemplo, a la manera seguridad pública vs. libertad individual. Según Villegas,

... son cuatro las características que presentó la excepción en Colombia: 1. La excepción era casi permanente, así, por ejemplo, en los 21 años transcurridos entre 1970 y 1991 Colombia vivió 206 meses bajo estado de excepción, es decir, 17 años, lo cual representa el 82%

del tiempo transcurrido. Entre 1949 y 1991 Colombia vivió más de 30 años bajo estado de sitio; 2. Buena parte de las normas de excepción han sido legalizadas por el Congreso, lo cual ha convertido al ejecutivo en un legislador de hecho; 3. Hubo períodos en los cuales se impusieron profundas restricciones a las libertades públicas, a través, por ejemplo, de la justicia militar para juzgar a los civiles; a finales de 1970, el 30% de los delitos del código penal eran competencia de cortes marciales; 4. La declaratoria y el manejo de la excepción desvirtuaban el sentido y alcance de las normas constitucionales sobre la materia, debido a la ausencia total de un control político y jurídico³⁶.

Sólo después de la Constitución del 91, aunque prevalecen los rasgos de la excepcionalidad, se presentan transformaciones fundamentales en la justicia y en la justicia penal colombiana, que le dan un mayor desarrollo jurídico a la política criminal; en cierta forma, se empieza a gestar un modelo de derecho penal y de política criminal más consecuente con los derechos fundamentales y con la eficacia en materia de prevención y persecución de la criminalidad. El profesor Uprimny habla de un complejo proceso en materia de justicia que combina la criminalización, en el caso de los delitos especialmente graves diseñados para la persecución de la criminalidad organizada, la descriminalización, en el caso de los conflictos menos graves, y la implementación de un modelo de justicia negociada implementada como parte de

³⁶ *Ibidem*, p. 1.

la estrategia para dismantelar la delincuencia organizada.

Este triple movimiento expresa la conformación de una política criminal diferenciada: se construye un núcleo duro de penas para poder enfrentar a los diversos actores organizados, que el Estado define como sus enemigos prioritarios. Sin embargo, la debilidad de la justicia frente a esos actores obliga a incorporar mecanismo de negociación, que permitan no sólo la utilización de los arrepentidos para desarticular las organizaciones criminales. Es pues, un núcleo duro, pero negociable, el cual se acompaña de una periferia informatizada, en la cual los propios ciudadanos resuelven de manera conciliada los problemas que el Estado considera conflictos menores, para de esa manera no sólo descargar y descongestionar el aparato judicial penal, sino además legitimar socialmente la justicia³⁷.

3.2 La Actual política criminal como política criminal de enemigo en un Estado de derecho

La política criminal que se desarrolla en Colombia actualmente es muy compleja y dinámica, por lo que en este estudio resultan inabarcables todos los programas,

elementos e instrumentos que se aplican para la prevención, reparación y represión de los fenómenos delictivos. Sobre todo, con el gobierno Uribe aparece delineada más claramente una política criminal pública como tal, es decir, consecuente con la tensión y contradicción entre la eficacia y eficiencia del sistema en la persecución y prevención del delito y el respeto de los derechos y garantías fundamentales de los colombianos. En esta última fase del desarrollo de la política criminal en Colombia, podríamos decir que se ha implementado una política criminal de enemigo y una política criminal de ciudadano dentro del Estado de derecho. Lo que quiere decir que en las tensiones que enmarcan las decisiones en materia criminal se advierte un esclarecimiento y diferenciación de las decisiones políticas y jurídicas; además de ello hoy se advierte como innecesario el uso recurrente y caprichoso del estado de excepción, de igual forma, se ha consolidado el control constitucional y la justicia penal desde los valores de la Constitución, y, finalmente, se advierte una evolución dogmática especial y procesal que permite diagnosticar una gran evolución en el diseño, implementación y evaluación de la política criminal pública en Colombia³⁸.

³⁷ Rodrigo Uprimny: "Administración de justicia, sistema político y democracia: algunas reflexiones sobre el caso colombiano". En: *Justicia y sistema político*. U. Nacional, Fescol, 1997, p. 95.

³⁸ Muchas de las causas de la racionalización efectiva de la ley penal no obedecen propiamente a la iniciativa del gobierno, sino al control constitucional y a la evolución propia del sistema, que ya no admite el uso recurrente de formas de lucha contra la delincuencia al margen del derecho y el otorgamiento de facultades especiales represivas al gobierno. Como lo afirma la Corte en una de las sentencias que declaró inconstitucional el acto legislativo 02 de 2003 o estatuto antiterrorista: "En consecuencia, el Congreso de la República excedió su poder de reforma, ya que lo que se configura a través del acto legislativo acusado es una sustitución de la Constitución, pues por su intermedio se está afectando el núcleo esencial de las garantías fundamentales y se trasladan competencias propias de la rama judicial del poder público a las fuerzas militares que hacen parte de la rama ejecutiva, asuntos que se encuentran protegidos por la Constitución y por las normas de derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad stricto sensu" (Sentencia C-818/04. M.P. Rodrigo Escobar Gil).

Algunos análisis afirman que la crisis de la justicia penal no solo se mantiene, sino que se ha agudizado, debido a factores ineludibles como: los problemas internacionales en materia de delincuencia organizada (terrorismo, narcotráfico, delitos económicos, entre otros), que justifican la lucha universal contra estos delitos y la expansión del derecho penal en todos los países. Además de esto, en Colombia los problemas internos y la lucha frontal declarada por el presidente Uribe contra todas las formas y grupos de delincuencia organizada traería una expansión inevitable de la guerra y la consecuente implementación de un derecho penal de guerra, que trae la crisis general en materia de derechos humanos y garantías individuales³⁹. Sin embargo, el control constitucional –por ejemplo, mediante sentencias trascendentales como la C939/01, la SU 1184/01 y la C816 /04–, la evolución misma del sistema en sistema penal de tendencia acusatoria, el fortalecimiento de la investigación y el constante ajuste de los militares a las reglas en materia de guerra y respeto por los derechos humanos han propiciado que estas medidas de guerra y de persecución criminal no se hayan desbordado en una indiscriminada restricción de derechos, sino que han hecho que la eficacia del sistema no se logre a este costo, sino mediante medidas dentro del derecho, que hacen posible que la eficacia del sistema sea un complemento del respeto de las derechos humanos.

El sistema penal acusatorio y la ley de Justicia y Paz son los instrumentos en los cuales se cristaliza la evolución del derecho, del derecho penal y de la política criminal; ambos marcos jurídicos desarrollan la política criminal vigente y, desde una perspectiva más amplia, la política criminal de enemigo y de ciudadano practicada en Colombia.

3.2.1 La política criminal de enemigo en el sistema penal acusatorio. En la fase de investigación, el derecho penal no libra una lucha contra la delincuencia especialmente lesiva y organizada, a cualquier precio; al contrario, toda actuación de la Fiscalía y de los organismos de inteligencia e investigación está sometida a control previo y posterior, lo cual es necesario para la protección de los derechos de quienes resultan envueltos en una investigación criminal y, también, de quienes se encuentran en fase de preparación y de ejecución de un acto criminal.

El control constitucional ejercido por el juez de control de garantías sirve como una forma de atenuar las medidas especiales autorizadas por nuestro ordenamiento jurídico para que la Fiscalía y los organismos de investigación puedan luchar de manera eficiente y técnica contra la criminalidad, especialmente contra la delincuencia organizada. Por esto, los registros y allanamientos (art. 229

³⁹ Ver, una amplia referencia, desde distintas perspectivas, en: Aula virtual, Defensoría del Pueblo, Cátedra Ciro Angarita Barón: Diego Cardona: *La lucha terrorista y el panorama internacional*, 2004; Éric Lair: *Las poblaciones civiles entre guerra y terrorismo*, 2004; Álvaro Villarraga Sarmiento: *Los espacios humanitarios en el conflicto armado colombiano*, 2004; Andrés Domínguez Vial: *Terrorismo y derechos humanos*; Gustavo Gallón: *El Estatuto Antiterrorista*, 2004.

CPP), la retención de correspondencia privada (art. 223 CPP), las intervenciones telefónicas (art. 235 CPP), los seguimientos pasivos (art. 259 CPP) y la infiltración de agentes encubiertos (art. 242 CPP) requieren del lleno de requisitos formales y materiales que son objeto de discusión en audiencia pública ante el juez⁴⁰. La aplicación técnica y eficiente de los recursos y medidas otorgados a la Fiscalía y a los organismos de investigación en aras de prevenir y perseguir la criminalidad es un complemento del respeto de las garantías y derechos exigidos en la fase de juzgamiento penal.

En cuanto a la reducción de las garantías procesales, característica propia del derecho penal de enemigo, al menos dentro del proceso de tendencia acusatoria (ley 906 de 2004⁴¹), no es clara dicha tendencia, ya que se presentan serias contradicciones con la política criminal practicada, por ejemplo, frente a la delincuencia organizada y frente a los criminales que eventualmente pueden

ser considerados como enemigos de la sociedad o como un peligro y amenaza permanente para los bienes jurídicos de los demás. Nos referimos a que la regla general que impone el sistema acusatorio, y de tendencia acusatoria, es la terminación anticipada del proceso; de esta forma, por ejemplo, la aceptación de los cargos y la reducción de la pena correspondiente no está restringida a ningún delito, por grave que sea; el juez solamente debe verificar que la aceptación de los cargos no haya sido realizada a costa de las garantías del procesado dentro de los criterios fundamentales de la culpabilidad⁴².

De la aplicación del principio de oportunidad están excluidos, de manera apenas obvia, los delitos considerados especialmente graves, como el narcotráfico, el terrorismo y los delitos contra el derecho internacional humanitario (parágrafo 3, art. 324). Sin embargo, las posibilidades de negociación y de celebración de acuerdos entre la Fiscalía y el imputado, y con ello la terminación

⁴⁰ Óscar Julián Guerrero Peralta: *El control de garantías como construcción de una función jurisdiccional*. Bogota, 2006, págs. 91-154.

⁴¹ Rodrigo Uprimny: *Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal*. Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial, Universidad Nacional de Colombia Bogota, 2006, Pág. 111 y ss. En lo que tiene que ver con el fuero militar, los derechos de las víctimas y la aplicación del *non bis in idem*, todos estos mecanismos ajustan, por ejemplo, la persecución penal al Estado de derecho.

⁴² Ver, Darío Bazzani Montoya: *El principio de oportunidad y la terminación anticipada del proceso en el nuevo sistema procesal penal*, Bogota, 2006, págs. 55 y 56. La ley 1098 de 2006 "Código de la Infancia y la Adolescencia" es una muestra del recorte de beneficios procesales y un especial tratamiento contra los delincuentes que afectan los derechos de los niños. El trabajo periodístico de "Pirry" La Rota, en el caso de Garavito, mostró la ausencia de una política criminal especial para tratar, mediante penas especialmente severas, a quienes pueden ser considerados como enemigos de la sociedad. Este trabajo nos deja la siguiente reflexión. ¿Es posible que exista gente peligrosa por ahí? ¿Es posible que la sociedad y la gente tenga enemigos? Y, finalmente ¿Cómo son tratados en nuestro país en el sistema ordinario y en la ley especial de justicia y paz?

anticipada del proceso penal, son muchas en esta clase delitos, por ejemplo, las negociaciones en torno a la tipicidad de la conducta⁴³. De hecho, sin esas posibilidades de negociación sería imposible la realización de muchas de las formas modernas para luchar contra el crimen y por el desmantelamiento de las organizaciones criminales, las cuales otorgan beneficios a los imputados a cambio de colaboración con la justicia.

La actual propuesta de la ley de penas es un necesario ajuste del sistema penal de tendencia acusatoria, hacia una gradual aplicación de una política criminal en la que la negociación de la justicia y los acuerdos entre imputados y Fiscalía abarquen delitos como el narcotráfico, al menos los pequeños narcotraficantes que delaten a sus capos; es posible que la estrategia de desarticulación de este tipo de delincuencia organizada sea más probable, no desde la persecución absoluta, sino desde acuerdos como los que se hacen en la justicia norteamericana por entrega de bienes y colaboración con la justicia.

3.2.2 La política criminal en la Ley de Justicia y Paz. En primer lugar, es necesario afirmar que la política criminal de enemigo del presidente Uribe parte de una clara confrontación y guerra contra las organizaciones armadas al margen de la ley⁴⁴. Esta política de seguridad tiene una diferencia con algunos gobiernos anteriores, en el sentido de que el gobierno se arma de una estrategia de guerra hasta lograr la rendición, la desarticulación y la muerte de los miembros de estas organizaciones armadas. La salida jurídica, más exactamente juridicopenal, que acompaña este proceso hace parte de los recursos necesarios para lograr una salida más económica y eficaz que el exterminio absoluto de estos grupos; de hecho, la fórmula propuesta por Jakobs contempla la limitación de una política criminal de enemigo en un doble sentido: el Estado no excluye al enemigo de todos sus derechos, como lo vimos en el proceso penal, tampoco debe cerrar la puerta a un posterior acuerdo de paz⁴⁵.

⁴³ Ibídem, p. 58. "También pueden realizarse acuerdos relacionados con la supresión de las causales de agravación punitiva relacionadas con el tipo subjetivo, como los fines terroristas en el homicidio o aquellos que impliquen una modificación del tipo en razón de la modificación de elementos subjetivos del tipo, como ocurriría con el propósito económico en un secuestro extorsivo para modificar la imputación por secuestro simple".

⁴⁴ Karolina Viquez A.: Ob. cit., p. 4. "Este sujeto peligroso, etiquetado como enemigo, se caracteriza por haber abandonado el Derecho en forma permanente, son los delincuentes que se desvían por principio, que no ofrecen garantía de un comportamiento personal. Y a fin de hacerles frente, se necesita establecer una confrontación clara entre los mismos y la sociedad, una guerra entre el Estado y el enemigo mediante su inocuización". Bernardo Pérez Salazar: "Guerra y terrorismo en Colombia". En: *Sociología jurídica*. U. Externado, 2003, pp. 173 y ss. La orientación del presidente Uribe de consolidar una estrategia ofensiva, incrementar el pie de fuerza y el gasto militar, además de la colaboración internacional con ese propósito, es parte de la estrategia que hasta hoy ha desarrollado el actual gobierno.

⁴⁵ Ver Gunther Jakobs: *Derecho penal del enemigo y derecho penal del ciudadano*, ob. cit., p. 25.

Por lo anterior, el vencimiento del enemigo o su rendición implican, en primer lugar, que el marco jurídico dependa de la estrategia y de la negociación de las partes, por lo que en el caso de la ley de Justicia y Paz se plasman las condiciones en las que los enemigos se someten al Estado de derecho. En él se encuentran las limitaciones mismas que el gobierno debe observar a la hora de negociar la paz y la rendición, se encuentran las limitaciones y las posibilidades de negociación y los límites políticos del *ius puniendi* en el Estado de derecho actual⁴⁶. Las sentencias del control de constitucionalidad de esta ley⁴⁷ así lo afirman, sobre todo cuando no se puede renunciar a la aplicación de la pena a quienes cometieron delitos especialmente graves y lesivos contra la humanidad y contra el orden jurídico en general. Por esto, la impunidad y las concesiones amplias de amnistías e indultos ya no pueden ser obra de una negociación política, sino que deben someterse al lleno de los requisitos jurídicos en materia de verdad, justicia y reparación⁴⁸.

Las actuales construcciones políticas y legislativas encaminadas al tratamiento del conflicto y la desmovilización de los miembros de las diferentes organizaciones armadas requieren de la construcción y respaldo de un marco

político jurídico y social coherente con los fundamentos del Estado social democrático y de derecho. En el caso de la Ley de Justicia y Paz se acogió una fórmula eminentemente judicial y, más exactamente, procesal penal, para darle contenido a las exigencias del derecho moderno a toda salida jurídica creada para el tratamiento de los conflictos sociales. De esta forma, los criterios de verdad, justicia y reparación deben ser producto del sistema encargado de investigar y juzgar las conductas criminales de las organizaciones armadas, es decir, el sistema penal. Luego el sistema penal tiene un papel protagónico en el tratamiento de las causas y consecuencias de los conflictos en Colombia, o sea, frente a aquellas organizaciones armadas que asumieron una conducta cotidiana al margen del derecho y que son una permanente amenaza para los bienes jurídicos de los colombianos.

Si bien este es uno de los casos en los que el derecho constitucional, el penal y el internacional deben armonizarse, debe partirse de la premisa de que estas fórmulas son excepcionales y especiales y que, por lo tanto, estos procesos de reinserción social nunca se van a poder reducir sistemáticamente a fórmulas jurídicas estrictas; al contrario, se trata de una prudente flexibilización

⁴⁶ Ver Enrique Bacigalupo: *Justicia penal y derechos fundamentales*. Marcial Pons, Barcelona, 2002, pp. 12 y ss.

⁴⁷ Sentencia C-370/06, magistrados ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas.

⁴⁸ Ver Ambos y Guerrero: *El Estatuto de Roma*. U. Externado, 1999, p. 20. Las amnistías y los indultos no pueden construirse al margen del reciente consenso universal sobre justicia e impunidad

y ponderación de los principios que enmarcan la legalidad y la dinámica de la legalidad del Estado social democrático y de derecho⁴⁹.

La reflexión final versa sobre los siguientes interrogantes: ¿por qué se puede negociar la comisión de delitos tan graves como los contemplados en el derecho internacional humanitario? ¿Por qué a quienes se puede considerar como enemigos de la sociedad, no personas y carentes de toda compasión humana por sus semejantes y sus víctimas, les puede ser concedido un trato inclusive más benigno que al delincuente ordinario?

Una de las razones es que los efectos de la implementación del derecho internacional y de los principios universales sobre garantías y derechos de las vícti-

mas de los conflictos violentos generalizados cobran una gran extensión y aplicación diversa en los ordenamientos nacionales⁵⁰. Básicamente, el derecho internacional humanitario es un producto más político que propiamente jurídico; de hecho, la negociación y las posibilidades de una justicia alternativa y especialmente benigna para los violadores sistemáticos de los derechos humanos encuentran su fundamento no en el sistema jurídico, sino en el sistema político y, posteriormente, como su respaldo, en la justicia constitucional y penal. Según Ramelli, “estas normas jurídicas están llamadas a cumplir otra finalidad, cual es la de servir de fundamento y apoyo a objetivos políticos y estratégicos de las partes contendientes”, por lo que en definitiva son parte del discurso político de las partes en conflicto⁵¹.

⁴⁹ Tanto los mecanismos del derecho internacional público como toda razón política y jurídica asisten a estos propósitos y procedimientos excepcionales encaminados a la búsqueda de la paz nacional. Ver Exposición de motivos del ministro Fernando Londoño Hoyos, del Proyecto de ley de alternatividad penal. Igualmente, Uprimny parte de esta tensión entre justicia y negociación, Ver Uprimny y Lasso: *Verdad, reparación y justicia para Colombia*. Fundación Social, 2004.

⁵⁰ Ver, Alejandro Ramelli: “Los Derechos Fundamentales de las Víctimas de las Violaciones Graves a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario y sus Repercusiones en Constitucionalismo Colombiano” en: *IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*. U. Externado, 2003, pp. 313-314. Quien considera acertadamente que los estudios se centran en los efectos que despliegan las normas internacionales una vez recepcionadas en los ordenamientos internos.

⁵¹ Alejandro Ramelli: “El Derecho Internacional Humanitario como discurso político durante el desarrollo del conflicto armado, en: *Sociología Jurídica*. U. Externado, 2003, p. 297. Según el autor: 1. la parte que se encuentra débil militar y económicamente suele invocar a su favor el respeto de las normas humanitarias, 2. la parte que se estima fuerte durante la guerra se considera desvinculada de las normas humanitarias y, 3. la apelación de las partes al discurso humanitario no responde a una posición ética frente a la guerra y sus efectos, sino a la consecución de ventajas en los terrenos de lo político y lo estratégico.

Bibliografía

- APONTE, Alejandro: *¿Derecho penal de enemigo o derecho penal de ciudadano?* Temis, 2005.
- BACIGALUPO, Enrique: *Justicia penal y derechos fundamentales*. Barcelona: Marcial Pons, 2002.
- BAZZANI MONTOYA, Darío: *El principio de oportunidad y la terminación anticipada del proceso en el nuevo sistema procesal Penal*. Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial, Universidad Nacional de Colombia, Bogota, 2006.
- FORO DE POLÍTICA CRIMINAL: *Memorias*, U. Javeriana, Honrad Adenauer, U. Nacional, U. Andes, 1998.
- GUERRERO PERALTA, Óscar Julián: *El control de garantías como construcción de una función Jurisdiccional*. Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial, Universidad Nacional de Colombia, Bogota, 2006.
- JAKOBS, Gunther: *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*. U. Externado, 2004.
- _____ : *Derecho penal del enemigo*. U. Externado, 2005.
- _____ : *Sociedad, norma, persona*. U. Externado, 1996.
- _____ : *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*. Justicia y sistema político, IEPRI, Universidad Nacional - FESCOL, 1997.
- LUHMANN, Niklas: *Sociología del riesgo*. México: U. Iberoamericana, 1992.
- _____ : *Sistemas sociales*. Bogotá: Anthropos, Iberoamericana, 1998.
- _____ : *Complejidad y modernidad*. Madrid: Trota, 1998.
- _____ : *Confianza*. Barcelona: Anthropos, 1996.
- MARTÍNEZ, Mauricio: *La crisis de la justicia penal en Colombia*. Temis, 1999.
- OROZCO ABAD, Iván: *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia penal*. Temis, U. Nacional, 1999.
- _____ : "Política y justicia en la coyuntura actual colombiana". En: *Justicia y sistema político*. U. Nacional, Fescol, 1997, pp. 31- 66.
- PERÉZ DEL VALLE, Carlos: *Estudios de filosofía política y del derecho penal*. U. Externado, 2004.
- REYES, Yesid: *Imputación objetiva*. Bogotá: Temis, 1994.
- TOCORA, Fernando: *Política criminal contemporánea*. Temis, 1997.
- UPRIMNY, Rodrigo: *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*. Consejo Superior de la judicatura, Escuela Judicial, Universidad Nacional de Colombia, Bogota, 2006.
- UPRIMNY y LASSO: *Verdad, reparación y justicia para Colombia*. Fundación Social, 2004.