

Terrorismo, antiterrorismo y Estado de derecho. Una aproximación crítica al control de constitucionalidad ejercido sobre los tipos penales de “terrorismo” en Francia y Colombia

INTRODUCCIÓN

¿Cómo luchar contra el “terrorismo”¹ dentro de los límites que el Estado de Derecho impone? La respuesta no es fácil pues la interacción entre “terrorismo” y derecho es sumamente compleja. Los debates de vieja data entre quienes consideran que la única manera eficaz de luchar contra esta forma de violencia es a través de regímenes jurídicos excepcionales, derogatorios del derecho común, y los otros sectores que critican severamente esta corriente “eficientista” y opinan, por el contrario, que dicha normatividad es, no solamente incompatible con principios básicos del Estado de Derecho, sino también altamente ineficaz, ilustran perfectamente la situación. Las grandes controversias que ha generado en Colombia a partir de la década de los ochenta, la adopción de regímenes jurídicos especiales para combatir el “terrorismo”² y las vivas reacciones que ha suscitado en Francia la política “antiterrorista” que se comenzó a edificar a partir de 1986³, son un ejemplo típico de la complejidad y actualidad de este debate. ¿Unos regímenes jurídicos “antiterroristas”, fuertemente denunciados por amplios sectores nacionales y extranjeros deben mantenerse? ¿Son ellos compati-

bles con el bloque de constitucionalidad? ¿El desmonte de estas políticas públicas “antiterroristas” dejaría al Estado sin las herramientas necesarias para luchar contra las formas más graves de violencia que azotan a las democracias de nuestros días? Estas cuestiones confirman el hecho de que, si bien existe una voluntad común de luchar contra el “terrorismo”, nadie ha dicho la última palabra acerca de cuál es la vía más idónea para hacerlo. Las recientes leyes relativas a la Justicia Especializada y al genocidio y otras conductas y, los nuevos Códigos Penal, y de Procedimiento Penal; así como los pronunciamientos del juez constitucional al respecto muestran la actualidad del debate en nuestro país⁴.

A partir de los años sesenta, el “terrorismo” toma unas connotaciones hasta ese momento inexistentes, lo cual obliga a los Estados a tomar medidas para combatirlo⁵. Colombia desafortunadamente no ha estado ajena a esta evolución de la violencia. De los actos terroristas perpetrados por ciertos “carteles de la droga” a finales de los años ochenta y a comienzos de la década que finalizó, hemos pasado a un nuevo periodo de violencia en el cual a menudo los actores del conflicto armado recurren de manera sistemática a acciones de violencia

que bien podrían encuadrarse dentro del concepto de “terrorismo”, lo cual muestra la degradación del actual conflicto armado y de sus actores⁶. El “terrorismo revolucionario” de los años ochenta y los actuales problemas que afronta el Estado francés para luchar contra el “terrorismo” proveniente de sectores nacionalistas e independentistas, así como de grupos religiosos fundamentalistas, muestran la actualidad del fenómeno en el país europeo. Un problema de tal magnitud lógicamente ha llamado la atención de los Estados, quienes han reaccionado de diferentes maneras para tratar de combatirlo y de disminuir sus consecuencias; evolución que ha estado marcada por dos etapas: en un primer momento, los Estados volcaron sus esfuerzos hacia la prevención y la represión del “terrorismo”. Así las cosas, los juristas concentraron durante mucho tiempo sus esfuerzos sobre la represión del “terrorismo” a través de la implementación de medidas, unas limitadas al orden interno de cada Estado⁷ y las otras de carácter externo, dadas las connotaciones internacionales del fenómeno, dejando de lado el problema de la indemnización de las víctimas⁸. En una segunda etapa, es observable una interesante reacción estatal frente a este problema. A partir de los años ochenta, se considera el fenómeno terrorista desde una nueva perspectiva que incorpora también aspectos relacionados con las víctimas de dichos actos. Aparecen entonces avances importantes en la jurisprudencia administrativa y regímenes legislativos especiales de indemnización pública que permiten hoy en día al Estado resarcir en parte los daños extremos que el “terrorismo” produce en la población civil⁹.

Existe un aspecto capital en torno al cual gira toda esta construcción jurídica “antiterrorista” que amerita nuestra atención. Se trata del significado del concepto de

“terrorismo” y particularmente de la manera como este fenómeno ha sido tipificado en el Derecho Penal contemporáneo. Este punto –que va más allá de un problema de lingüística– es supremamente importante por diversas razones. En primer lugar, el “terrorismo” es un fenómeno sumamente complejo que escapa a toda tentativa de definición precisa y unívoca. En segundo lugar, de la manera como este fenómeno sea definido en materia penal depende el campo de aplicación de los regímenes jurídicos “antiterroristas”. En tercer lugar, los tipos penales de “terrorismo” que hacen parte de los ordenamientos jurídicos contemporáneos presentan serias deficiencias dadas sus imprecisiones e inexactitudes, lo cual genera dos consecuencias. Por un lado, esta técnica jurídica es difícilmente compatible con las exigencias de principios constitucionales en virtud de los cuales todo tipo penal debe ser definido previamente de manera precisa y unívoca¹⁰. Por otro lado, una deficiente tipificación del delito de “terrorismo” puede generar un fenómeno de aplicación extensiva de los regímenes “antiterroristas” derogatorios del derecho común –en principio sólo aplicables en los casos de “terrorismo”–, lo cual es contrario al espíritu “garantista” y “protector” de la mayoría de las constituciones de nuestros días.

Teniendo en cuenta que se trata de un aspecto fundamental que sin embargo ha sido a menudo descuidado, vamos a centrar nuestro estudio en la manera como el juez constitucional –garante e intérprete auténtico de la Constitución– ha controlado la compatibilidad de esta técnica jurídica con las exigencias del bloque de constitucionalidad. Algunas precisiones se hacen necesarias. En primer lugar, nuestro análisis se limitará al estudio de la interacción entre “terrorismo”, “antiterrorismo” y derecho en

los ordenamientos jurídicos francés y colombiano y, particularmente, en la manera como el juez constitucional de ambos países ha ejercido el control de constitucionalidad en lo relativo a la tipificación del delito de “terrorismo”. En segundo lugar, nuestro trabajo se centrará en el control de constitucionalidad efectuado por el juez constitucional francés y colombiano sobre los tipos penales de “terrorismo” que se han adoptado en cada país desde los años ochenta, fecha a partir de la cual se comenzó a edificar toda la legislación “antiterrorista” en ambos países. En tercer lugar, es necesario precisar que se trata de un ejercicio académico de Derecho Público comparado que tendrá como objetivo intentar explicar las similitudes y diferencias de las técnicas jurídicas empleadas en el tema que nos ocupa y contribuir así a su mejor conocimiento¹¹. Tratándose de un trabajo de Derecho Comparado, es importante indicar que nuestro análisis no se limitará a una simple descripción de los controles de constitucionalidad ejercidos en cada país, ya que trataremos de explicar las soluciones jurídicas adoptadas a través de otras disciplinas jurídicas, explicaciones que estarán orientadas por una aproximación crítica de la manera como el juez constitucional ha ejercido su control en el campo que aquí nos interesa¹².

Así las cosas, las políticas públicas “antiterroristas” diseñadas y aplicadas en Francia y en Colombia muestran la gran preocupación que representa el “terrorismo” durante estos últimos años. Se trata de un modelo de política criminal y judicial que busca hacerle frente y contrarrestar el impacto desestabilizador de esta forma de violencia extrema. A partir de los años ochenta es perceptible una voluntad común de los diferentes gobiernos de adoptar regímenes jurídicos específicos al “terrorismo” que se

salen de la órbita del derecho común. Ha habido entonces un consenso entre el Ejecutivo y el Legislativo para diseñar y aplicar esta nueva política criminal, al cual se han sumado el juez constitucional que ha declarado la mayor parte de esta normatividad conforme a la Carta Política¹³, el juez penal que a menudo la ha interpretado y aplicado, en nuestro sentir de manera excesivamente amplia, e incluso el Ministerio Público, que en sus funciones de control ha adoptado una posición en algunas oportunidades poco fiscalizadora¹⁴. El carácter excepcional del fenómeno “terrorista” ha sido entonces la razón que ha permitido este consenso entre las autoridades públicas en torno a la necesidad de tipos penales *sui generis* como eje central de las políticas públicas “antiterroristas”. La posición del juez constitucional es particularmente difícil en esta dinámica y por lo tanto criticar su papel en todo este proceso resulta sumamente delicado. Por un lado, él es quien finalmente tiene que decidir con base en razones estrictamente jurídicas si dicha normatividad es o no acorde con la Carta Política. Por otro lado, él escapa difícilmente a las presiones y distorsiones, que, como veremos más adelante, genera la dinámica “terrorista”. No obstante lo anterior, en el presente escrito nos dedicaremos a aportar algunas reflexiones críticas que permitan enriquecer el debate acerca de cuál es el control que el juez constitucional debe ejercer en la materia. El punto es de una importancia y dificultad capitales pues lo que está en juego es, no sólo el respeto de las garantías constitucionales, sino también la obligación del Estado de combatir y castigar las conductas contrarias al ordenamiento jurídico. Contrario a la lógica que ha guiado toda esta construcción jurídica “antiterrorista”, consideramos que la excepcionalidad del fenómeno “terrorista” debe ser una razón

para ejercer un mayor control durante el diseño, interpretación y aplicación de los tipos penales de “terrorismo” y no –como ha sido el caso hasta ahora– una razón para aceptar sin mayores reflexiones y reparos dichos instrumentos jurídicos.

Apoyados en el fenómeno de constitucionalización del derecho que caracteriza los sistemas jurídicos contemporáneos, estimamos que la labor de control del juez constitucional en la materia que nos ocupa debe ser más estricta, dadas las particulares características del “terrorismo”, de tal manera que el control de constitucionalidad ejercido garantice que los tipos penales revisados y declarados exequibles sí se conforman de manera estricta a las exigencias del bloque de constitucionalidad y evitar así, en su condición de garante de la Carta y en la medida de sus posibilidades, las ulteriores interpretaciones y aplicaciones arbitrarias. En el presente estudio trataremos entonces de demostrar que el control de constitucionalidad que ha ejercido el intérprete auténtico de la Carta Política en Francia y en Colombia sobre los tipos penales de “terrorismo” ha sido insuficiente; situación que es más notoria y preocupante en Colombia dado el fuerte contraste del espíritu altamente “garantista” de la Constitución frente a nuestra tendencia histórica a adoptar regímenes jurídicos derogatorios del derecho común y a las consecuencias devastadoras de una violencia que ha alcanzado cifras inimaginables. En efecto, a pesar de las fuertes críticas que ha generado la adopción de tipos penales ambiguos e imprecisos en materia de “terrorismo” en los ordenamientos jurídicos francés y colombiano, el juez constitucional sólo ha ejercido un “control mínimo” de constitucionalidad en la materia y por lo tanto declarado esta técnica jurídica “antiterrorista” conforme a la Constitución. La complejidad del fenóme-

no “terrorista” y las dificultades que la jurisprudencia penal ha encontrado para sentar el sentido de la norma, dadas las deficiencias de los tipos penales de “terrorismo” y, las graves consecuencias que ello ha generado, muestran el carácter insuficiente del control de constitucionalidad ejercido.

I. CONTROL MINIMO DE CONSTITUCIONALIDAD

El juez constitucional en Francia y en Colombia ha ejercido un “control mínimo de constitucionalidad” sobre los tipos penales de “terrorismo” que se han adoptado en los ordenamientos jurídicos de dichos países a partir de los años ochenta como pieza fundamental de toda la construcción jurídica “antiterrorista”. A pesar de las vivas críticas que ha generado la adopción de tipos penales ambiguos e imprecisos en materia de “terrorismo”, el juez constitucional de ambos países ha declarado dicha técnica jurídica conforme a la Constitución.

§1 UNA TÉCNICA JURÍDICA *SUI GENERIS*

A partir de los años ochenta es perceptible en los ordenamientos jurídicos de Francia y de Colombia, aunque por razones y medios diferentes, una tendencia a implementar políticas públicas de lucha contra el “terrorismo” orientadas por la idea de que sólo la adopción de regímenes jurídicos excepcionales y derogatorios del derecho común garantizan la eficacia de la lucha contra esta modalidad de violencia¹⁵. La pieza maestra de toda esta construcción jurídica ha sido sin lugar a dudas la adopción de nuevos tipos penales que permitan la aplicación de todo este andamiaje jurídico “antiterrorista”.

Sólo hasta los años ochenta, aunque por razones y medios diferentes, es perceptible en los ordenamientos jurídicos francés y colombiano la emergencia de tipos penales diseñados especialmente como pieza fundamental de la nueva política criminal¹⁶. A pesar de esta convergencia en materia de políticas públicas “antiterroristas”, es claro que los procesos que dieron origen a esta reacción estatal fueron substancialmente diferentes. Dos precisiones son necesarias sobre este aspecto. En primer lugar, las acciones violentas –graves pero afortunadamente limitadas– generadas en Francia por grupos “terroristas” independentistas, revolucionarios e internacionales a partir del año 1982 y particularmente durante los años 1985 y 1986, tienen muy poco en común con las graves y complejas perturbaciones del orden público que padecía nuestro país en aquella época. Es notorio que las acciones de violencia en la Colombia de finales de los años setentas y de comienzos de la década siguiente, propias de un “Estado aún en construcción” que no puede salir de un conflicto armado de vieja data que se complica con la aparición del fenómeno del narcotráfico, no tienen nada en común con las acciones aisladas de “terrorismo” dirigidas contra un país desarrollado y en paz como Francia¹⁷. En segundo lugar y como consecuencia de las desemejanzas entre las dinámicas sociales y políticas evocadas, es perceptible una gran diferencia en las fuentes que dieron origen a esta nueva política criminal en ambos países. Mientras en Colombia la legislación “antiterrorista” no pudo escapar de ser resultado del uso excesivo del artículo 121 de la Constitución de 1886¹⁸, en Francia por razones políticas y jurídicas la legislación “antiterrorista” tuvo un origen legislativo ordinario¹⁹.

En Colombia, el tipo penal de “terrorismo” fue introducido por primera vez en el

artículo 187 del Código Penal de 1980. El objetivo primordial de dicha norma era subsanar las ausencias que presentaba el Código de 1936 en la materia. Aparece así el *nomen juris* de “Terrorismo” y como delito contra la seguridad pública la conducta de un sujeto indeterminado que con el fin de crear o mantener un ambiente de zozobra o de perturbar el orden público «emplee contra personas o bienes, medios de destrucción colectiva». Se trata entonces de un hecho punible con un ingrediente subjetivo referido a los fines perseguidos por el infractor –crear o mantener un estado de zozobra o perturbar el orden público–, pero de mera conducta, pues si bien es cierto que el tipo penal requiere la utilización de medios de destrucción colectiva –elemento objetivo–, no es necesario que el daño en las personas o en los bienes se produzca²⁰. Una segunda etapa se presenta con la adopción del decreto 180 de 1988 que introdujo fundamentales modificaciones al tipo penal de “terrorismo”, ya que estableció una serie de conductas constitutivas del delito, que adicionan y modifican “transitoriamente”²¹ la contemplada en el artículo 187 del Código Penal de 1980. Como la Corte Suprema lo precisó en su momento a propósito de la técnica jurídica utilizada, el mencionado decreto «crea un tipo básico y propio de terrorismo en su artículo 1° y describe en sus demás artículos diversas conductas que por atentar contra la seguridad pública al crear zozobra, terror en la población o a un sector de ella, son constitutivos de delito de terrorismo»²². En el tipo básico contemplado en el artículo 1° se destacan también dos elementos. En lo que respecta al elemento subjetivo, la situación se torna confusa, pues si de la lectura de la norma se puede colegir que el elemento subjetivo –dolo específico– desaparece de esta definición, ello no ha impedido a la

Corte Suprema de Justicia indicar que es indispensable que exista por parte del agente, «el propósito de provocar o mantener un estado de zozobra o terror en la población o un sector de ella, para alterar la paz, la tranquilidad o el orden público»²³, posición jurisprudencial que sin embargo no es unánime²⁴. Se suma a esta exigencia la del elemento objetivo que indica la necesidad de que este propósito «trate de realizarse con “actos que pongan en peligro la integridad física, la libertad de las personas, las edificaciones, medios de comunicación o de transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices...”, valiéndose para ello de medios “capaces de causar estragos”»²⁵. La ley 599 del 24 de julio de 2000 por la cual se expide el Código Penal, aporta variaciones importantes en la materia que nos ocupa. En primer lugar, ella incluye en su artículo 343 el tipo básico de “terrorismo” del artículo 1° del decreto 180 de 1988 que venimos de analizar, y no el del Código Penal de 1980. En segundo lugar, el nuevo Código Penal innova al consagrar un nuevo tipo penal en su artículo 144 denominado “Actos de terrorismo”, como delito contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. El hecho punible presenta dos requisitos. La conducta del agente –sujeto indeterminado– debe realizarse «con ocasión y en desarrollo del conflicto armado». Además, ella debe consistir en realizar u ordenar «llevar a cabo ataques indiscriminados o excesivos» o hacer «objeto a la población civil de ataques, represalias, actos o amenazas de violencia» con la «finalidad principal de aterrorizarla». En tercer lugar, el legislador utiliza los «fines terroristas» como elemento central de otros tipos penales²⁶ o como circunstancia de agravación punitiva²⁷.

En Francia, a diferencia de Colombia, en un primer momento no se adoptó un tipo

penal de “terrorismo”, pues la ley 1020 de 1986 era básicamente una ley de procedimiento penal. Sólo con la entrada en vigor del nuevo Código Penal en 1994 y con la ley del 22 de julio de 1996 es perceptible una tímida evolución hacia la creación de un tipo penal específico para esta forma de violencia. La voluntad política de adoptar unas políticas públicas para afrontar el problema del “terrorismo” se vio entonces confrontada a una primera dificultad. ¿Era realmente necesario, conveniente y jurídicamente viable la creación de un tipo penal de “terrorismo”? Si bien es cierto que la proposición a primera vista parecía obvia²⁸, las reflexiones ulteriores llevarían a concluir lo contrario²⁹, ya que ello sería inútil en la medida en que el ordenamiento penal de la época permitía reprimir severamente todas las conductas propias de las organizaciones “terroristas”³⁰. Aparece así entonces en la ley 1020 del 9 de septiembre de 1986 que agrega al Código de Procedimiento Penal el artículo 706-16 que enumera una larga lista de tipos penales –que en su gran mayoría ya hacían parte del ordenamiento penal francés–, que serán sometidos a un régimen derogatorio del derecho común cuando «ellos estén en relación con una organización individual o colectiva que tenga como finalidad perturbar gravemente el orden público a través de la intimidación o el terror»³¹. La ley en cuestión indica que la calificación penal de los actos de “terrorismo” se realiza gracias a la acumulación de dos criterios. El primero, exige la presencia del hecho punible en la lista de infracciones que la misma ley indica³². El segundo, exige que dichas conductas estén en relación con una organización individual o colectiva –elemento objetivo– cuya finalidad –elemento subjetivo– sea perturbar el orden público a través de la intimidación o el terror³³. Es importante resaltar que la ley

que nos ocupa jamás tuvo ni por finalidad ni por resultado conducir a la consagración de un tipo penal específico, ni de erigir en tipos penales autónomos los actos de “terrorismo” previamente definidos³⁴. Será necesario esperar las reformas introducidas por el nuevo Código Penal³⁵ y por la ley 647 del 22 de julio de 1996 para que el “terrorismo” se convierta en un tipo penal autónomo; autonomía que es en realidad más el producto de un régimen de penas agravado que de la existencia de un verdadero tipo penal de “terrorismo”³⁶. Así las cosas, en el Derecho Penal francés, constituyen actualmente actos de “terrorismo” las conductas que, «intencionalmente³⁷ en relación con una organización individual o colectiva cuya finalidad sea la de perturbar el orden público a través de la intimidación o el terror», se encuentren contenidas en ciertas categorías de infracciones a las que reenvía el mismo Código Penal³⁸, o descritas por éste como «terrorismo ecológico»³⁹ o como «terrorismo por *association de malfeteurs*»⁴⁰.

A pesar de las grandes diferencias entre las circunstancias que generaron la reacción estatal “antiterrorista” en Francia y en Colombia, se observa una voluntad común de luchar contra esta modalidad de violencia. Como eje central de dichas políticas públicas surgen nuevos tipos penales con especiales características que permitan su compatibilidad con el carácter derogatorio del derecho común de dicha legislación. Si bien es cierto que los tipos penales en materia de “terrorismo” presentan diferencias importantes, fruto de la aplicación de técnicas jurídicas distintas, un elemento común es perceptible en ambos ordenamientos jurídicos: se trata de tipos penales que, dada su falta de precisión, han recibido fuertes críticas provenientes de diferentes sectores que los consideran contrarios a las exigencias constitucionales propias de cada país.

§2 UNA TÉCNICA JURÍDICA CONTROVERTIDA

Tanto en Francia como en Colombia, los tipos penales que han emergido en materia de “terrorismo” han suscitado fuertes controversias. Para un sector, se trata de figuras jurídicas que si bien es cierto presentan características *sui generis*, no sólo son compatibles con las exigencias del Estado de Derecho, sino también necesarias para luchar de manera eficaz contra un fenómeno excepcional como el “terrorismo”⁴¹. Esta percepción del problema es opuesta al punto de vista de quienes consideran que estos tipos penales son a todas luces incompatibles con las exigencias de ciertas garantías constitucionales.

Los tipos penales adoptados en materia de “terrorismo” en ambos países han generado reiteradas críticas de sectores que los consideran contrarios con los lineamientos exigidos por la Constitución. En general dichos sectores afirman que los nuevos tipos penales no son lo suficientemente precisos y exactos para satisfacer las exigencias constitucionales del principio de legalidad, imprecisiones e inexactitudes que, además de ir en contravía de disposiciones constitucionales, permiten una aplicación “extensiva” de regímenes ampliamente derogatorios del derecho común. Es importante reiterar que dichas controversias van mucho más allá del problema de los nuevos tipos penales que aquí nos interesan, pues se trata de un debate que sobrepasa ampliamente el campo relativo a la lucha contra el “terrorismo” y las fronteras francesas y colombianas⁴². Tomemos primero que todo la fase preliminar de la adopción de esta nueva normatividad. En Francia, esta discrepancia de criterios es fácilmente perceptible en los debates legislativos previos a la adopción de la ley 86-1020⁴³; discrepancias que persisten,

aunque en un contexto diferente, en los trabajos parlamentarios relativos a la adopción de las leyes ulteriores que han modificado y completado el arsenal jurídico francés “antiterrorista”⁴⁴. En Colombia, estos debates previos brillan por su ausencia pues, como ya lo indicamos, nuestra legislación “antiterrorista” fue adoptada por el Ejecutivo con base en el uso y el abuso de los poderes del tristemente célebre artículo 121 de la Carta Política de 1886; vía que por razones obvias escapó a toda posibilidad de confrontación democrática previa acerca de la conveniencia y constitucionalidad de esta lógica jurídica⁴⁵. Habrá que esperar el proceso de ordinarización de la mayor parte de esta legislación de excepción con base en el artículo 8º transitorio de la Constitución de 1991, para observar una tentativa de control político en el seno del “Congresito” –Comisión Especial Legislativa–, control eminentemente “formal” que no impidió que esta legislación –en principio excepcional y transitoria– entrara a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico de manera permanente⁴⁶. La ponencia rendida a la Comisión en relación con la petición hecha a esa corporación de convertir en legislación permanente el Estatuto para la Defensa de la Democracia muestra la pobreza del control político ejercido. Así las cosas, causa al autor de estas líneas total desconcierto el comentario que sustenta la constitucionalidad del tipo penal de “terrorismo” contenido en el artículo 1º del decreto 180 de 1988, eje central de toda esta construcción jurídica: «No es, señores comisionados, ejemplo de correcta legislación el artículo transcrito. Por el contrario, si bien leemos la norma, encontraremos que lo mismo ocurre cuando se pone en peligro la vida de los ciudadanos, que cuando se puede ocasionar un corto circuito, por ejemplo. Sin embargo, constitucionalmente no tenemos

objeción fundamental que hacer a la norma»⁴⁷. Es tan evidente la contradicción, que se hace innecesario cualquier comentario al respecto. En lo relativo al Nuevo Código Penal –ley 599 de 2000–, todo indica que los debates legislativos y las posteriores objeciones hechas por el presidente de la República al texto adoptado no tuvieron como punto central el tipo penal de “terrorismo”. En la doctrina francesa se observan igualmente severas críticas a la técnica jurídica empleada en los tipos penales de “terrorismo”. Por un lado, en lo relativo al primer criterio de calificación, sectores de la doctrina han denunciado las imprecisiones de la norma al reenviar, en un primer momento, a otros tipos penales particularmente designados⁴⁸ y posteriormente, a categorías de tipos penales⁴⁹. Por otro lado, el segundo criterio de calificación utilizado por el legislador ha sido igualmente criticado⁵⁰. En primer lugar, la fórmula «organización individual o colectiva» a pesar de no ser una innovación del legislador francés⁵¹, es considerada como huérfana de precisión suficiente que le permita cumplir adecuadamente su función de elemento de calificación de los actos de “terrorismo”⁵². Esta crítica debe ser sin embargo relativizada, pues actualmente el trabajo jurisprudencial ha aportado precisiones importantes a este elemento de calificación⁵³. En segundo lugar, la expresión «perturbar gravemente el orden público a través de la intimidación o el terror» aparece más preocupante en la medida en que cada una de las nociones que ella incluye están lejos de presentar una definición precisa y unívoca⁵⁴. La inquietud mayor de quienes consideran la técnica utilizada por el legislador francés como vaga e imprecisa es precisamente que la calificación penal de una conducta como un “acto de terrorismo” trae como consecuencia la aplicación de una verdadera legislación de ex-

cepción⁵⁵. En Colombia un proceso similar es perceptible. La legislación “antiterrorista” nacida durante los años ochenta, fervientemente defendida por quienes la consideran como la única manera eficaz de luchar contra las modalidades de violencia más graves en un país en “guerra” como Colombia, ha sido sin embargo motivo de fuertes y reiteradas críticas que la ven como inconveniente e inconstitucional, críticas que se enmarcan en un proceso más amplio de rechazo a la tradición colombiana en materia de regímenes jurídicos de excepción⁵⁶. En lo relativo al tipo penal de “terrorismo”, sectores de nuestra doctrina han denunciado de manera constante y con argumentos similares a los evocados por la doctrina francesa, esta técnica jurídica como contraria a las exigencias de nuestro Derecho Constitucional. En primer lugar, una clara falta de técnica legislativa en los dispositivos “antiterroristas” es perceptible pues como lo han denunciado importantes académicos, «se ha legislado de manera desorganizada, incoherente, generando un hondo caos en la administración de justicia y suspendiendo en buena parte la legislación penal vigente tanto en materia sustantiva como procesal»⁵⁷. Es importante resaltar cómo la misma Corte Suprema de Justicia ha llamado la atención del gobierno en reiteradas oportunidades sobre la pobreza de la técnica jurídica empleada en este tipo de normatividad⁵⁸. En segundo lugar, los tipos penales en materia de “terrorismo” han sido igualmente considerados como inexactos e imprecisos, falencias que los hacen no compatibles con nuestro ordenamiento constitucional. Si bien es cierto que el tipo penal de “terrorismo” consagrado en el artículo 187 del Código Penal de 1980 anunciaba los peligros de combatir este problema a través de tipos penales deficientemente definidos⁵⁹, fue la técnica jurídica utilizada en el decreto 180

de 1988 la que generó una avalancha de críticas por las imprecisiones y ambigüedades en los tipos penales allí consagrados que permiten interpretaciones y aplicaciones “extensivas” de este régimen jurídico, en principio sólo aplicable a los casos de “terrorismo”⁶⁰.

Los tipos penales en materia de “terrorismo” que se erigen como la base de todo el andamiaje jurídico “antiterrorista” han sido altamente controvertidos. Mientras ellos son defendidos vehementemente por sectores que los consideran necesarios para luchar de manera eficaz contra una modalidad de violencia excepcional como el “terrorismo”, existen opiniones disidentes de parlamentarios y académicos que los consideran, por el contrario, no sólo inconvenientes, sino también incompatibles con las exigencias constitucionales de países democráticos como Francia y Colombia. Ha sido entonces al juez constitucional a quien le ha correspondido dirimir este conflicto.

§3 UNA TÉCNICA JURÍDICA DECLARADA SIN EMBARGO CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

A pesar de las fuertes críticas formuladas a la técnica jurídica utilizada en los tipos penales en materia de “terrorismo”, el juez constitucional de ambos países, intérprete auténtico de la Constitución y árbitro último de esta controversia, sólo ha ejercido un control mínimo de constitucionalidad —más político que jurídico— y declarado dichas figuras jurídicas conformes al bloque de constitucionalidad.

En Colombia se observa que el juez constitucional ha ejercido un control mínimo de constitucionalidad sobre la legislación “antiterrorista”, especialmente en lo relativo a los tipos penales erigidos como pila-

res de toda esta construcción jurídica. Las particularidades de dicho control confirman su carácter principalmente político. Este proceso de revisión constitucional se divide en dos etapas claramente definidas. La primera, durante la vigencia de la Constitución de 1886, muestra a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia como juez constitucional del decreto 180 de 1988⁶¹. En una segunda etapa será la Corte Constitucional quien tendrá la responsabilidad de confrontar y decidir en el año 1993 acerca de la compatibilidad del decreto 2266 de 1991⁶² con la nueva Carta Política. En lo que respecta al control ejercido por la Corte Suprema de Justicia sobre el decreto 180 de 1988, es importante precisar que la sentencia de la alta corporación se profirió en un contexto particularmente difícil⁶³ que explica, al menos parcialmente, el gran contenido político de este cambio jurisprudencial que se caracteriza por un control de constitucionalidad únicamente formal sobre el mencionado decreto legislativo⁶⁴. Sobre el tema, dos intervenciones ciudadanas consideraron que varios tipos penales desconocían el principio de tipicidad, «pues no describen de manera expresa las conductas típicas correspondientes a los hechos punibles que prevén; contienen expresiones imprecisas y ambiguas que permiten el enjuiciamiento y condena de inocentes»⁶⁵. Estas inquietudes a propósito de la violación del principio de tipicidad tienen un elemento en común: la preocupación de que estas falencias conllevan a que «es el juez el que arbitrariamente puede determinar el contenido de la conducta sancionable, lo mismo que los alcances del delito»⁶⁶. Frente a estas impugnaciones la Corte, sin efectuar un análisis y confrontación rigurosos con las disposiciones constitucionales pertinentes, se limita a afirmar que no considera «que en la tipificación de las nuevas formas

delictivas a las que hace referencia el Capítulo I° se haya desconocido el principio de la determinación y tipicidad que emerge de los artículos 23, 26 y 28 de la Carta»⁶⁷. Contrasta la posición de la Corte con las fuertes y tradicionales exigencias de la jurisprudencia de la misma corporación en lo relacionado con el principio de tipicidad⁶⁸, situación que muestra el carácter limitado del control de constitucionalidad ejercido y su gran contenido político. Indica además que si bien es cierto que existen «algunos errores de técnica legislativa, que no alcanzan a constituirse en vicio de inconstitucionalidad, se trata más bien de varias formas delictivas que corresponden al concepto de normas en blanco o de reenvío de que se habla en el ámbito del Derecho Penal» y que, por lo tanto, «los jueces competentes deberán interpretar tales literales con criterio sistemático armonizándolo con el artículo 1° que define cuál es la conducta constitutiva de terrorismo y también con las normas ordinarias del Código Penal relativas al aspecto intencional del delito, es decir, a la culpabilidad y a la complicidad criminal»⁶⁹.

Lo que resulta paradójico es que el tipo central de todo este arsenal jurídico “antiterrorista”, cual es el tipo penal de “terrorismo” contenido en el artículo 1°, que no ha sido objeto de impugnación y mucho menos de control por parte de la Corte, sea, a partir de una interpretación sistemática, la herramienta que permitiría a los jueces efectuar una interpretación y aplicación correctas de esta normatividad de excepción⁷⁰. El carácter eminentemente formal del control ejercido por el juez constitucional sobre el contenido del decreto 180 de 1988 se confirma por los limitadísimos análisis que responden a los otros aspectos considerados por los impugnantes como contrarios a la Carta de 1886⁷¹. El control realizado posteriormente por la Corte Constitucional

en la materia no difiere radicalmente del ejercido por el juez constitucional en 1988 pues a pesar del nuevo espíritu que orienta la Carta Política de 1991, la Corte Constitucional consideró ajustado a la Norma de Normas el decreto 2266 de 1991⁷² y, por ende, la mayor parte de los tipos penales que en materia de “terrorismo” contenía el decreto 180 de 1988. En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 241 de la Carta, se solicitó a la Corte Constitucional la inexecutable del decreto 2266 de 1991. Los actores consideraron que el decreto en cuestión violaba no sólo varias disposiciones constitucionales sino también normas internacionales de derechos humanos, que por disposición del artículo 83 de la Constitución prevalecen sobre el derecho interno⁷³. Para los actores, «todas las disposiciones consagradas en el decreto 2266 de 1991 contienen tipos penales abiertos, ambiguos, abstractos e indeterminados». Al sentir de los demandantes, «la carencia de una tipicidad estricta, como elemento estructural del delito y la pena, viola el principio de tipicidad general de rango constitucional, como mecanismo garantista de las libertades democráticas y sistematizador del Estado de Derecho»⁷⁴.

Es importante precisar que en esta ocasión –a diferencia de lo sucedido en el proceso de revisión constitucional del Decreto 180 de 1988⁷⁵–, el procurador general de la Nación solicita a la Corte Constitucional que declare la inconstitucionalidad del decreto 2266 de 1991 por violar especialmente los artículos 1º, 2º, 13º y 29º de la Carta Política⁷⁶. El carácter altamente controvertido que los regímenes “antiterroristas” suscitan se observa de manera nítida en la posición del representante del Ministerio de Justicia quien, con argumentos radicalmente opuestos a los esgrimidos por los demandantes y por el procurador, solicita al juez

constitucional la declaratoria de constitucionalidad del decreto en cuestión⁷⁷. Frente a esta controversia, la Corte Constitucional considera «que el decreto 2266 es conforme con la Constitución, en lo relativo a la acusación de los tipos abiertos»⁷⁸. Para sustentar su decisión, el intérprete auténtico de la Carta utiliza una interesante técnica jurídica. A diferencia de lo ocurrido con la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia en 1988 en la cual la alta corporación decidió que los tipos penales atacados no vulneraban el principio de tipicidad⁷⁹, en esta ocasión el juez constitucional funda su razonamiento en que la especificidad del fenómeno “terrorista” justifica la existencia de tipos penales “abiertos”⁸⁰ que «no son inconstitucionales per se», y no en demostrar que el principio de tipicidad no había sido vulnerado. Es decir, el decreto 2266 de 1991 es constitucional, no porque sus tipos penales sean lo suficientemente precisos y exactos como lo exige el principio de tipicidad, sino porque dicho principio acepta limitaciones como las de los tipos penales abiertos, los cuales, en este caso, se justifican por las especificidades del fenómeno “terrorista”⁸¹. Bajo esta óptica, «frente a delitos “estáticos” o tradicionales deben consagrarse tipos penales cerrados. Pero frente a delitos “dinámicos”, fruto de las nuevas y sofisticadas organizaciones y medios delincuenciales, deben consagrarse tipos penales abiertos. Esta distinción faculta un tratamiento distinto para el tratamiento de dos realidades diferentes con base en el artículo 13 de la Constitución Política»⁸². El control mínimo de constitucionalidad llevado a cabo por el juez constitucional se confirma por el posterior estudio particular del articulado del mencionado Estatuto, que culmina con la declaración de constitucionalidad del decreto 2266 salvo algunas cuestiones mínimas de forma y no de fondo⁸³.

Como lo afirmamos a propósito de la Sentencia de la Sala Plena de la Corte de Suprema de Justicia de 1988, llama la atención en esta oportunidad la aquiescencia del juez constitucional de que tipos penales ambiguos e imprecisos sean compatibles con un principio de rango constitucional como el de tipicidad que ha sido objeto de reiterada y estricta jurisprudencia por parte de la misma corporación y de la Corte Suprema de Justicia. Así las cosas, es supremamente difícil seguir el razonamiento de la Corte Constitucional, pues por un lado reitera las exigencias propias de los principios de legalidad, de tipicidad y de determinación y describe a los tipos penales “estáticos” como figuras jurídicas que corresponden a esta lógica jurídica. Pero, por otro lado, reconoce que los tipos penales contenidos en el decreto 2266 de 1991 no corresponden a esta lógica jurídica tradicional, ya que presentan un carácter “abierto” propio de la realidad “dinámica” que caracteriza al siglo xx pero que, sin embargo, dada la complejidad del fenómeno “terrorista”, ellos no vulneran los principios a que hicimos referencia⁸⁴. La dificultad para seguir el razonamiento de la Corte por lo forzado de sus argumentos se refleja en la paradójica y también forzada posición consignada en las dos aclaraciones de voto que generó la sentencia. Manifiestan los magistrados su preocupación «acerca de la tendencia que viene mostrando el Estado colombiano en su conjunto hacia la “normalización” de la legislación excepcional, propia de los tiempos de crisis, convirtiendo toda medida extraordinaria en permanente, pese a los deliberados propósitos del Constituyente de 1991»⁸⁵, ya que «por este camino llegaremos al estado de sitio permanente sin nombrarlo. Ahora ya no se desgastarán solamente las instituciones diseñadas para las épocas anormales, sino toda la estructura constitucional de los tiem-

pos de paz, con todos los peligros que ello implica para la supervivencia del Estado de Derecho, que es incompatible lo mismo con la dictadura que con la anarquía»⁸⁶. Lo curioso es que, a pesar de las pertinentes y acertadas apreciaciones, votaron por la compatibilidad constitucional del decreto 2266 de 1991, habida cuenta de su «convencimiento acerca de la constitucionalidad de las normas que la Corte ha declarado exequibles, bien que se las mire bajo la óptica de la transitoriedad, ya que se las contemple como disposiciones permanentes, dadas las características que reviste el mal del terrorismo más allá de la coyuntura del actual estado de conmoción interior o de los ya pasados días del estado de sitio»⁸⁷, y de que «uno de los fines del Estado, es decir, del derecho objetivo, es prevenir, combatir y castigar el delito»⁸⁸. La acrobacia jurídica termina con un razonamiento no menos sorprendente, según el cual «es útil y hasta necesario que la sentencia proferida por la Corte Constitucional no se entienda como beneplácito al anotado rumbo legislativo, ni tampoco en el sentido de que la Corporación juzga con el mismo lente y bajo los mismos criterios de constitucionalidad las medidas de excepción y las que se incorporan al orden jurídico ordinario»⁸⁹.

No podemos finalizar este acápite sin hacer referencia al salvamento de voto del magistrado Carlos Gaviria Díaz a la sentencia que nos ocupa, quien con una admirable claridad se aparta categóricamente de lo decidido por la corporación y aporta elementos de reflexión de un valor inestimable. Insiste en primera medida en las diferencias existentes entre el régimen jurídico de normalidad y el de excepción y en la desnaturalización histórica que esta desemejanza ha tenido en Colombia. Mientras el primero «es un régimen de plenitud de garantías», el segundo es «un régimen res-

trictivo», de tal manera que «disponer que las normas pensadas para el segundo sigan rigiendo una vez restablecido el primero, es una incongruencia mayúscula advertible aun por el observador menos avisado». Así las cosas, «examinar la constitucionalidad de esas disposiciones (decreto 2266 de 1991) como constitutivas de una normatividad ordinaria, comporta un radical cambio de óptica. Porque el juez constitucional no puede aplicar al legislador la misma comprensiva (y comprensible) benevolencia que usa a menudo para el legislador emergente». En un segundo punto, acerca de las impugnaciones por la falta de técnica jurídica de las disposiciones demandadas, estima que «esa carencia de destreza formal se traduce en desdibujamiento de la tipicidad del delito y, en consecuencia, en desconocimiento de un principio universalmente aceptado a partir de la Ilustración, y positivizado en nuestro ordenamiento, a saber, el principio de la legalidad del delito y de la pena». En este sentido, manifiesta que «abunda, tal decreto, en la consagración de tipos penales abiertos que esbozan de modo impreciso conductas delictuales que el juez, con su buen o mal juicio, debe terminar de construir, y a las que se asocia, una vez más, el expediente ineficaz y manido de las penas duplicadas que constituyen una amenaza mayor para los inocentes que para los criminales de oficio [...] La categoría general signada como “terrorismo” constituida por diferentes conductas, internamente vinculadas por el problemático vínculo de que todas ellas pueden ser generadoras de zozobra social y en la misma medida punibles, es un ejemplo que acertadamente aducen los demandantes, de peligrosa indeterminación y ambigüedad en la configuración de tipos penales, pugnante en todo con la rigurosa técnica legislativa que ha de informar la legislación criminal y que se traduce en

garantía de aplicación justa de la ley, tanto para quien de veras la ha quebrantado como para quien, atendida la rigurosa tipicidad de la conducta, debe ser declarado inocente». Aborda igualmente el magistrado Gaviria el tema de la política criminal precisando que «nada que distorsione y desfigure más el sistema democrático y de derecho trazado en la Constitución, que un régimen penal laxo en las garantías al sindicado e implacable en la vindicta, rasgos inequívocos del derecho penal autoritario, congruente apenas con un sistema político del mismo cuño [...] Es que cuando la atención se centra apenas en la defensa presunta de la sociedad, con olvido casi absoluto del posible sujeto de la pena, en nada difiere (por ese aspecto), un sistema de instituciones liberales y democráticas de uno declaradamente totalitario». No hay duda entonces, continúa el magistrado, de que «ese estatuto (decreto 2266 de 1991) urdido con un rimero de normas originarias todas del estado de sitio, de ingrata recordación para las conciencias libres, acusa, justamente, las desviaciones que más arriba hemos examinado». En este orden de ideas, «la Constitución del 91, espléndida en garantías, no parece compatible en su letra y mucho menos en su espíritu, con la persistencia de una legislación penal restrictiva, pensada sólo como excepcional y transitoria, bajo situaciones de emergencia jurídicamente más drásticas que las construcciones ahora vigentes...». Insiste en el error imperdonable del fallo al olvidar que «el gran reto del Estado de Derecho, que el Constituyente del 91 quiso afirmar y actualizar, consiste precisamente, en afrontar aun las más críticas situaciones sin abdicar del que es su legado ideológico, constitutivo de lo que es a un tiempo su razón de ser y su sustancia. Las normas penales en un Estado de Derecho no se legitiman sólo por los plausibles

fines que persiguen, sino además por los medios cualificados que usan para perseguirlos [...] No son tampoco de recibo los argumentos enderezados a demostrar que los tipos abiertos constituyen una práctica que no se contrae a la legislación emergente sino que permea inclusive a nuestra legislación ordinaria y que encuentra también ejemplos en estatutos foráneos. Si la reiteración de un mal mudara su naturaleza y la aceptación generalizada de lo inicuo lo tornara en justo, entonces sí estaría dispuesto el suscrito a echar atrás todas sus razones», «no es así no sé si para bien o para mal»⁹⁰, finaliza el magistrado.

En Francia, el Conseil Constitutionnel se ha pronunciado en dos oportunidades de manera específica acerca de disposiciones en materia de “terrorismo”⁹¹. Si bien es cierto que algunos aspectos han sido declarados contrarios a la Constitución, es posible afirmar que el arsenal jurídico “antiterrorista” del país europeo ha sido en su gran mayoría considerado como conforme a la Carta de ese país. El Conseil Constitutionnel avocó el control de constitucionalidad de la ley 1020 de 1986⁹² y en lo que aquí nos interesa, declaró conforme a la Constitución los tipos penales de “terrorismo” allí contenidos. De acuerdo con la opinión de los 62 senadores de la oposición, «la ley no satisfacía el principio de legalidad puesto que ella, por un lado se refería a un elemento puramente subjetivo y porque, por otro lado, ella no definía los tipos penales objeto de un régimen derogatorio con la precisión suficiente»⁹³. En su decisión N° 213 del 3 de septiembre de 1986, el Conseil Constitutionnel consideró que la ley relativa a la lucha contra el “terrorismo” «satisfacía las exigencias del principio constitucional de legalidad de los delitos y las penas»⁹⁴, sin aportar elementos de explicación y de demostración. Obsérvese que en lo que res-

pecta al elemento relativo a la finalidad del actor – «alterar gravemente el orden público a través de la intimidación o el terror», la autoridad francesa se limitó a indicar que la condición subjetiva «estaba enunciada en términos suficientemente precisos», escueta afirmación que contrasta con la técnica jurídica utilizada por la misma corporación en otras oportunidades⁹⁵. Se observa entonces que en esta decisión el Conseil Constitutionnel francés adopta una posición similar a la de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia Colombiana en 1988, que indicó que los tipos penales en examen sí presentaban las precisiones necesarias y que por lo tanto ellos no vulneraban el principio de tipicidad. Llama la atención aquí también el grado mínimo de control ejercido por la autoridad francesa, si tenemos en cuenta las fuertes exigencias de su propia jurisprudencia en lo que respecta al respeto del principio que nos ocupa⁹⁶. Es en este sentido que la decisión de la alta corporación francesa ha sido criticada, pues es evidente que los criterios de calificación de los actos de “terrorismo” adoptados en la ley 1020 de 1986 están lejos de presentar la claridad y precisión necesarias y de no vulnerar el principio de legalidad. Estos sectores consideran que hubiera sido más conveniente y procedente jurídicamente reconocer –como implícitamente lo hizo la Corte Constitucional colombiana en 1993⁹⁷– que las especificidades y la gravedad del fenómeno “terrorista” justificaban la adopción de un dispositivo como el de 1986 ya que dadas las circunstancias, sí «había lugar para una derogación del principio de legalidad»⁹⁸, posición que no hubiera significado una innovación, pues en el pasado ya habían existido en la jurisprudencia constitucional francesa «derogaciones importantes que demuestran la irresistible decadencia de dicho principio»⁹⁹. En el año de 1996, el

Conseil Constitutionnel tiene nuevamente la oportunidad de pronunciarse sobre este punto¹⁰⁰. En esta ocasión, a pesar de que el órgano de control constitucional anula un nuevo tipo penal de “terrorismo” contenido en el artículo 1° de la ley¹⁰¹, esta decisión conserva los mismos lineamientos de la decisión de 1986, pues dicha declaración de no-conformidad con la Constitución está fundamentada en otros motivos que la imprecisión de los criterios de calificación de los actos de “terrorismo” introducidos por el legislador desde el año 1986¹⁰².

A pesar de las fuertes críticas de que han sido objeto los regímenes “antiterroristas” francés y colombiano, particularmente en lo relativo a los tipos penales *sui generis* que emergen como el punto central de toda esta construcción jurídica, el juez constitucional no ha ejercido sino un control mínimo en la materia y declarado en consecuencia dichas figuras como conformes a las exigencias del bloque de constitucionalidad. Es sin embargo el momento de cuestionarnos acerca de si dicho control constitucional ha sido suficiente.

II. UN CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD INSUFICIENTE

Frente a este cuestionamiento, consideramos que el control de constitucionalidad ejercido por el intérprete auténtico de la Carta Política en ambos países ha sido insuficiente, especialmente para una realidad como la de nuestro país en donde, además de los problemas propios a un “Estado aún en formación”, debemos afrontar las consecuencias de una violencia generalizada que ha alcanzado niveles absurdos. El argumento tradicional esgrimido por quienes han instaurado y defendido los regímenes “antiterroristas” y con-

cretamente la necesidad de tipos penales *abiertos* como elemento central de dichas políticas públicas en materia criminal, ha sido precisamente que la única manera de luchar de manera eficaz contra el “terrorismo” es a través de regímenes jurídicos excepcionales y derogatorios del derecho común, dadas las connotaciones excepcionales de dicho fenómeno. Aparecen así los tipos penales en materia de “terrorismo” como figuras jurídicas que, a pesar de presentar aspectos fuertemente controvertidos, encuentran su justificación y, lo que es más grave, su compatibilidad con la Constitución, en argumentos mucho más políticos que jurídicos.

Recordemos que de la jurisprudencia constitucional analizada en nuestra primera parte se puede colegir que el juez constitucional ha ejercido un “control mínimo de constitucionalidad” y declarado los tipos penales en materia de “terrorismo” conformes a la Constitución, ya sea porque los considera suficientemente claros y precisos –lo que está lejos de ser evidente– o porque estima que los principios constitucionales que podrían verse vulnerados aceptan interpretaciones laxistas compatibles con el carácter *sui generis* de estos instrumentos jurídicos –lo cual es difícil de comprender–; todo ello justificado, más que en razones jurídicas, en el hecho de que la excepcionalidad del fenómeno “terrorista” hace indispensable esta clase de tipos penales como única alternativa eficaz en la lucha contra esta modalidad de violencia. Frente a este esquema tradicional consideramos, por el contrario y especialmente en una realidad como la colombiana, que las precarias características de nuestro Estado y las graves perturbaciones del orden público exigen un control político y jurídico más severo sobre estos tipos penales *sui generis*, eje central de dicha lógica ju-

rídica “antiterrorista”. En lo relativo al juez constitucional, estimamos que su labor debe ser estricta en impedir que disposiciones no conformes con la Carta política hagan parte del ordenamiento jurídico y, garantizar que las disposiciones declaradas exequibles sí contengan los requisitos constitucionales mínimos que eviten, en la medida de lo posible, las ulteriores interpretaciones y aplicaciones arbitrarias.

El argumento tradicionalmente esgrimido por quienes se oponen a estos regímenes de excepción se relaciona con la incompatibilidad de esta lógica jurídica con las exigencias del bloque de constitucionalidad y con las preocupantes transformaciones que su adopción y aplicación han generado en los ordenamientos jurídicos francés y colombiano. A pesar de la pertinencia de esta posición –que compartimos plenamente– consideramos que ella ha sido, no sólo ampliamente abordada en nuestra primera parte, sino también objeto de numerosas publicaciones. En este orden de ideas, optamos por sustentar nuestra tesis de la insuficiencia del control constitucional ejercido en lo relativo a los tipos penales de “terrorismo” en otros aspectos complementarios del anterior. Insistiremos entonces en que el carácter complejo del “terrorismo” y las dificultades encontradas por el juez penal para fijar el sentido de la norma debido a las deficiencias de dichos tipos penales muestran la necesidad de que el intérprete auténtico de la Norma Suprema ejerza un control más severo.

§1 “TERRORISMO”: UN FENÓMENO COMPLEJO

El “terrorismo” es un fenómeno complejo que representa una preocupación mayor para los Estados democráticos dadas las

graves consecuencias que este tipo de violencia engendra, no sólo a sus víctimas directas, sino al Estado como forma de organización política quien es, finalmente, su verdadero destinatario. El poco conocimiento objetivo que se tiene acerca del fenómeno –a pesar de la abundante bibliografía existente en la materia– sumado al incremento de su peligrosidad, han servido como argumentos para justificar los tipos penales *sui generis* que se constituyen en el punto central de esta construcción jurídica “antiterrorista”. Hemos visto cómo según la jurisprudencia constitucional –bastante confusa–, los tipos penales en cuestión o han sido definidos de manera inequívoca o, a pesar de su carácter “abierto”, no contradicen las disposiciones del bloque de constitucionalidad en razón de las especificidades del fenómeno que combaten¹⁰³. Estos argumentos –que jurídicamente son criticables– en nuestra opinión no tienen en cuenta que la complejidad del fenómeno “terrorista” y que las consecuencias devastadoras que él engendra requieren de tipos penales más exactos que eviten toda interpretación y aplicación arbitrarias y, por consiguiente, de un control más severo del juez constitucional quien es, finalmente, quien debe decidir acerca de la compatibilidad de esta normatividad con la Carta Política. Consideramos que este aspecto amerita más atención por parte del juez constitucional, especialmente en Colombia, en donde los altísimos niveles de una violencia heterogénea y difusa hacen aún más complejo el fenómeno del “terrorismo” y propician las interpretaciones y aplicaciones arbitrarias y “extensivas” de estos tipos penales. La complejidad del fenómeno “terrorista” es un aspecto que sobrepasa largamente el objeto de este escrito. No obstante lo

anterior, unas breves reflexiones nos permitirán demostrar que el carácter complejo de esta modalidad de violencia que se observa, no sólo en la ausencia de definición satisfactoria de esta forma de criminalidad, sino en las razones que la explican, hace evidente la necesidad de un control más estricto por parte del juez constitucional que garantice que las normas revisadas y declaradas exequibles, sí se adhieren de manera estricta a las exigencias constitucionales y, evite, en la medida de lo posible, interpretaciones y aplicaciones no acordes con el bloque de constitucionalidad.

A. Una definición inexistente

El “terrorismo” es un fenómeno que adolece de una definición precisa y unívoca a pesar de constituir objeto de estudio y de publicaciones de diverso tipo. Ello no impide sin embargo que se trate de un concepto que es utilizado por todo el mundo, pero del que nadie conoce su exacta significación, ausencia que es perceptible tanto sobre el plano teórico como sobre el plano jurídico. Esta situación, lejos de facilitar la lectura de los tipos penales de “terrorismo” de acuerdo con las exigencias constitucionales, favorece las interpretaciones y aplicaciones extensivas y arbitrarias. En efecto, ¿cómo pretender que estas figuras jurídicas se interpreten y apliquen dentro de los estrictos parámetros constitucionales, si no sólo presentan serias deficiencias en su naturaleza misma¹⁰⁴, sino que además carecen de una definición satisfactoria –que sirva como punto de referencia– del fenómeno que combaten? He aquí una primera razón que nos confirma los límites del control de constitucionalidad ejercido por el intérprete auténtico de la Carta Política.

En lo que respecta al plano teórico, es posible afirmar que ni las publicaciones de carácter general ni las de carácter especializado han logrado definir el concepto de “terrorismo” de manera precisa y unívoca. Si tomamos las primeras, las definiciones contenidas en diccionarios de conocida importancia constituyen una fuente que confirma las deficiencias evocadas. En efecto, por un lado, a pesar de presentar ciertos puntos en común, las definiciones de “terrorismo” presentan diferencias importantes entre sí e incluso contradicciones. Por otro lado, se trata de definiciones que presentan ambigüedades e imprecisiones preocupantes de tal manera que las más variadas manifestaciones de violencia pueden, según las circunstancias y los intereses en juego, ser consideradas como “terrorismo”¹⁰⁵. La bibliografía especializada a pesar de los meritorios esfuerzos de quienes estudian el fenómeno del “terrorismo” no ha logrado tampoco definir esta modalidad de violencia de una manera precisa y unívoca. Así las cosas, si bien es cierto que existen numerosas definiciones del fenómeno que nos ocupa, ellas se caracterizan por su imprecisión y ambigüedad y, por presentar serias diferencias e incluso contradicciones las unas respecto de las otras¹⁰⁶. La ausencia de una definición satisfactoria y unívoca de « terrorismo » se confirma por los resultados del magistral estudio de dos investigadores de los Países Bajos de la Universidad de Leyden¹⁰⁷. Ellos utilizaron una metodología interesante. Dedicaron más de cien páginas al análisis de más de cien definiciones de “terrorismo” suministradas por la bibliografía especializada. Sus objetivos eran llegar a una explicación que no solamente permitiera un consenso de la mayoría de quienes se dedican al estudio de este fenómeno, sino que suministrara una idea comprensible y

unívoca del concepto de “terrorismo”. Para ello, los investigadores clasificaron ciento nueve definiciones y elaboraron una lista con veintidós categorías de palabras que figuran en ellas¹⁰⁸. A pesar de los esfuerzos realizados, cuatro años más tarde, en su edición revisada, reconocen los límites de los resultados obtenidos y estiman que «la búsqueda de una definición adecuada es aún una cuestión de actualidad»¹⁰⁹.

Los aportes del Derecho Internacional y de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados no nos permiten avanzar hacia un mejor conocimiento del fenómeno “terrorista” y de lograr así establecer una definición precisa y unívoca de este concepto. A pesar de las abundantes soluciones jurídicas adoptadas tanto sobre el plano interno como sobre el plano internacional y regional, ellas no aportan definiciones adecuadas del concepto que aquí nos interesa. En lo relativo al Derecho Internacional, si bien es cierto que es fácilmente identificable una voluntad importante de la comunidad internacional de luchar contra esta modalidad de violencia, esta normatividad no contiene una definición de “terrorismo”. En efecto, las soluciones de carácter general se limitan a prohibir y condenar esta forma de violencia, pero ninguno de los textos jurídicos define el fenómeno que, paradójicamente, constituye la razón de su existencia en el orden jurídico internacional¹¹⁰. Los límites de estas soluciones orientaron la estrategia de la comunidad internacional hacia la búsqueda de soluciones regionales. A pesar de los esfuerzos realizados, los instrumentos jurídicos adoptados, si bien es cierto prohíben y condenan el “terrorismo”, ninguno de ellos establece una definición del fenómeno¹¹¹. En lo relativo al derecho interno, el panorama no es más satisfactorio. A pesar de la voluntad de la mayoría de los Estados de combatir esta forma de criminalidad,

los legisladores conscientes de las dificultades para definir el “terrorismo” de manera precisa y unívoca, han tratado de evitar el problema a través de soluciones jurídicas originales. Sin embargo, ellas no aportan tampoco soluciones útiles que nos permitan conocer mejor el fenómeno del “terrorismo” y acercarnos así a una definición adecuada de este problema de sociedad del que todo el mundo habla pero del que finalmente nadie conoce su significado¹¹².

No existe una definición precisa y unívoca del “terrorismo”. Esta ausencia de definición —que confirma el carácter complejo de esta forma de criminalidad— ha servido como argumento a los poderes públicos para diseñar, adoptar, interpretar, aplicar, e incluso declarar conforme al bloque de constitucionalidad tipos penales *sui generis* de difícil compatibilidad con las garantías constitucionales. Nosotros reiteramos que esta ausencia de definición debe, por el contrario, ser utilizada por el juez constitucional como argumento para efectuar un control más severo que garantice el estricto apego de esta clase de figuras jurídicas a las exigencias constitucionales. Esta ausencia de definición se explica por razones que a su vez confirman el carácter complejo del “terrorismo” y la insuficiencia del control de constitucionalidad ejercido.

B. Una ausencia explicable

La ausencia de definición del concepto de “terrorismo” se explica —al menos parcialmente— por el carácter evolutivo de este fenómeno de violencia y por las dificultades que presenta la tarea de delimitarlo y de medirlo de una manera objetiva; explicaciones que confirman la complejidad de esta forma de violencia y la necesidad de un control de constitucionalidad más drástico que garantice que las normas revisa-

das y declaradas exequibles, sí sean compatibles con la Norma de Normas y evite, en la medida de lo posible, toda interpretación y aplicación arbitrarias.

El “terrorismo” es evolutivo, es una modalidad de violencia multiforme que cambia constantemente en el tiempo y en el espacio. Se trata de un fenómeno antiquísimo que ha conocido importantes evoluciones especialmente durante estos últimos años. Contrario a lo que se afirma con frecuencia, el “terrorismo” no es un fenómeno nuevo¹¹³, pues a lo largo de la historia de la humanidad se encuentran las más diversas manifestaciones de violencia que pueden ser clasificadas como acciones de “terrorismo”¹¹⁴. Sin embargo, si bien es cierto que se trata de un fenómeno que hace parte de la historia de la humanidad, no podemos olvidar que el “terrorismo” es un concepto reciente, pues fue solamente a partir del Régimen del “Terror” de 1793-1794 durante la Revolución Francesa y, de los acontecimientos ocurridos en la Rusia de fin del siglo XIX, que dicho término fue popularizado¹¹⁵. Sus evoluciones ulteriores y sus importantes y diversas manifestaciones a lo largo del siglo XX –particularmente las que tuvieron lugar a partir de los años setentas¹¹⁶, y las que tienen lugar desde la década de los noventas¹¹⁷– confirman su naturaleza evolutiva y su actualidad. La convulsionada realidad colombiana es desafortunadamente un perfecto laboratorio que confirma la naturaleza multiforme y evolutiva de esta forma de violencia. Así por ejemplo, es claro que las acciones “terroristas” perpetradas por los carteles de la droga al final de los años ochenta y al comienzo de la década pasada difieren considerablemente de ciertas acciones de los actores del actual conflicto armado interno. Sin embargo, unas y otras son catalogadas por diversos sectores como “terroristas”. En

el caso francés, es notorio que las acciones propias del “terrorismo revolucionario” de los años setenta y ochenta difieren considerablemente del “terrorismo internacional” o de los actos de violencia perpetrados desde hace varios años por sectores nacionalistas e independentistas o religiosos fundamentalistas del país europeo. Consideramos que el carácter evolutivo y multiforme del fenómeno “terrorista” facilita la interpretación y aplicación arbitrarias de los tipos penales “abiertos” de “terrorismo” y que, por consiguiente, en este caso la vulneración de los principios de legalidad, de tipicidad y de determinación es mucho más evidente, razón por la cual un control más severo por parte del juez constitucional se hace necesario. Dicho de otra manera, la multiformidad y evolutividad del “terrorismo” debe ser una razón que amerite un control constitucional más severo y no –como ha sido el caso hasta ahora– un argumento para que el juez constitucional ejerza un control mínimo en la materia.

La dificultad para delimitar y medir el fenómeno “terrorista” confirma el carácter complejo de esta forma de criminalidad y aporta elementos de explicación acerca de la ausencia de definición satisfactoria de esta modalidad de violencia. Pero además, he aquí una segunda razón de fondo que muestra la necesidad de un control más severo por parte del juez constitucional sobre los tipos penales de “terrorismo” dadas sus imprecisiones y ambigüedades. Por un lado es perceptible el gran contenido de subjetividad en la manera como ha sido utilizado el concepto de “terrorismo”. El significado y utilización de este término han cambiado constantemente según el discurso político y el vocabulario de la época sin que sea posible identificar elementos objetivos y unívocos de calificación¹¹⁸. Obsérvese por ejemplo que durante la Revolución Francesa

el término “terrorismo” servía para designar la política de terror de los años 1793 y 1794 y era asociado a los ideales de virtud y de democracia, lo que puede parecer paradójico si tenemos en cuenta las connotaciones negativas que él toma hoy en día¹¹⁹. El término “terrorismo” sirve entonces en el mundo de hoy para referirse a la violencia que se condena, a la violencia del otro y para catalogar de “terrorista” al adversario, al enemigo¹²⁰. Puede decirse que «como cada actor busca convencerse y convencer a los demás de la legitimidad de la utilización de su violencia, él tiene necesidad de todos los recursos que confiere la acusación. Ahora bien, el terrorismo es justamente concebido para descalificar la violencia que se tiene enfrente, es un término altamente acusatorio que, en cuanto tal, es rechazado por el adversario»¹²¹. Reiteramos una vez más que un concepto cargado de tal dosis de subjetividad debe ser objeto de definiciones penales lo más exactas y precisas posibles, pues de lo contrario se abre la puerta a interpretaciones y aplicaciones subjetivas y arbitrarias, como la realidad lo confirma. Una razón de más que muestra la necesidad de que especialmente en situaciones como ésta, se exija a través de un control drástico del juez constitucional, la precisión y univocidad que los tipos penales requieren en virtud de los lineamientos constitucionales. Por otro lado, la tarea de medir objetivamente el fenómeno del “terrorismo” es sumamente difícil e incluso imposible. En efecto, ¿cómo medir objetivamente un fenómeno que cambia constantemente en el tiempo y en el espacio y del cual no se conoce una definición precisa y unívoca? ¿Cómo abordar objetivamente un fenómeno que es representado por un concepto que se utiliza de una manera altamente subjetiva? Dos aspectos confirman dicha dificultad. En primer término, las estadísticas en

materia de “terrorismo” presentan frecuentemente inconsistencias e incluso contradicciones, lo cual muestra las deficiencias en las fuentes que son utilizadas para abordar el estudio de este fenómeno. Es entonces pertinente afirmar que «las estadísticas sobre el terrorismo –que están en la base de toda decisión de políticas públicas antiterroristas– sufren graves defectos tanto en lo relativo a su concepción general como en la metodología utilizada para abordar el fenómeno en cuestión»¹²². En segundo término, las reacciones desproporcionadas de los diferentes actores que involucra la dinámica “terrorista” frente a esta forma de criminalidad impiden generalmente que este problema sea abordado de una manera objetiva¹²³. En este orden de ideas, “todo estudio acerca del terrorismo debe contener una lectura profunda de los diferentes actores de la relación terrorista que son los clandestinos (“terroristas”), la autoridad estatal, los medios de comunicación y la opinión pública»¹²⁴. Desafortunadamente la realidad nos muestra todo lo contrario, pues «de todos los efectos perversos que el terrorismo engendra – con constancia y determinación – la desmesura constituye sin duda el denominador común»¹²⁵. Es perceptible una tendencia a calificar por exceso o por defecto todo lo que tiene que ver con el “terrorismo”, distorsionando con ello sus verdaderas dimensiones y afectando el diseño, la interpretación y la aplicación de las políticas públicas “antiterroristas”. He aquí una razón adicional que indica la necesidad de un control de constitucionalidad más severo.

El “terrorismo” es un fenómeno complejo. La ausencia de definición satisfactoria de esta forma de criminalidad, unida a su carácter evolutivo y multiforme y a las dificultades para delimitarlo y medirlo de manera objetiva, lo comprueban. La comple-

jjidad descrita debe constituirse en una razón para que el juez constitucional ejerza un control más severo sobre los tipos penales *sui generis* que se han adoptado en la materia y no –como ha sido el caso hasta ahora– en un argumento que permita un control mínimo de constitucionalidad. Es evidente que la complejidad del “terrorismo” favorece las interpretaciones y aplicaciones “extensivas” de dichos tipos penales, lo que es a todas luces incompatible con los lineamientos exigidos por el bloque de constitucionalidad. Es así como en nuestra opinión el estricto control del juez constitucional debe garantizar que las normas revisadas y declaradas exequibles se conformen rigurosamente a las exigencias constitucionales con miras a evitar, en la medida de lo posible, los ulteriores abusos en su interpretación y aplicación. Reiteramos que el riesgo es particularmente grande en Colombia dados los altos niveles de violencia existentes en nuestro “Estado aún en formación”. La insuficiencia del control de constitucionalidad ejercido se comprueba, entonces, no sólo en las anteriores reflexiones teóricas, sino en algunos casos prácticos que muestran el desfase entre la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia penal.

§2 JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL
Y JURISPRUDENCIA PENAL:
UN DESFASE REAL

La aplicación e interpretación de los tipos penales que aquí analizamos han generado diversos problemas derivados de cuestiones de fondo que dichas figuras jurídicas no resuelven de manera satisfactoria y sobre las cuales el juez penal no ha logrado sentar una jurisprudencia que llene los vacíos y contradicciones existentes. Con-

trario a lo argumentado por el juez constitucional, quien insiste acerca del ámbito restringido de aplicación de esta normatividad de excepción, en algunas oportunidades se observa que el juez penal hace interpretaciones y aplicaciones que desbordan ampliamente el fenómeno del “terrorismo”. La realidad del derecho muestra entonces un gran desfase entre el análisis teórico hecho por el juez constitucional de ambos países –que le ha permitido llegar a la conclusión que dichos tipos penales son compatibles con la Carta Política– y los problemas que la interpretación y aplicación de dichos instrumentos jurídicos han generado y que muestran, por el contrario, no sólo que dichos tipos penales sí presentan imprecisiones y ambigüedades, sino también que ellos sí vulneran algunos principios básicos de los ordenamientos jurídicos de ambos países. El control ejercido por el intérprete auténtico de la Constitución aparece como insuficiente, además de las razones ya evocadas, porque él no ha tenido en cuenta que las deficiencias de los tipos penales no favorecen –la jurisprudencia penal lo confirma– una interpretación precisa y unívoca de esta normatividad.

Dicho de otra manera, las ambigüedades que subsisten en los tipos penales de “terrorismo”, a pesar del trabajo jurisprudencial del juzgador penal y las graves consecuencias que ello ha generado, muestran que la técnica jurídica empleada por el juez constitucional –consistente en ejercer un control mínimo de constitucionalidad sobre tipos penales imprecisos y ambiguos y en dejar en manos del juez penal la tarea de interpretar y aplicar dichas normas según los lineamientos constitucionales–, es insuficiente. Ahora bien, una precisión es importante. Es claro que es el juez penal quien tiene la función de precisar el senti-

do de la norma a través de su jurisprudencia. Sin embargo, el problema se presenta cuando la norma adolece de los requisitos mínimos de precisión y exactitud que garanticen que ella será interpretada y aplicada de conformidad con los lineamientos constitucionales. Es en este punto donde consideramos que la labor de control del juez constitucional debe ser más estricta, especialmente cuando se trata de normas que se relacionan con un fenómeno altamente complejo como el “terrorismo”. La jurisprudencia en materia penal confirma que existen aspectos importantísimos sobre los cuales aún no existe suficiente claridad, que han sido interpretados y aplicados de maneras diferentes e incluso opuestas, lo cual ha sido en muchas ocasiones contrario a las garantías constitucionales.

Tomemos en primer lugar la motivación política. Saber si el componente político es un elemento intrínseco del fenómeno del “terrorismo” es un problema complejo al que los tipos penales estudiados no aportan respuesta alguna. A pesar del trabajo realizado, es posible afirmar que la jurisprudencia penal no ha clarificado aún de manera unívoca las precisiones omitidas por el legislador. En efecto, si bien es cierto que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se orienta en estos últimos años a considerar que la motivación política no es un elemento necesario en los tipos penales de “terrorismo”, el proceso de dicha edificación jurisprudencial y los pertinentes salvamentos de voto muestran que el debate se mantiene abierto. La posición actual y mayoritaria de la Alta Corporación considera que «el interés jurídico que se pretende proteger con el tipo penal de terrorismo y los demás relacionados con él, es la seguridad pública, de modo que no se trata de un delito político, o que deba perseguir fines de esa clase, pues bien puede darse por

razones religiosas o raciales, o como enfrentamiento entre la delincuencia común, o simplemente por crear anarquía y desorden... o dicho de otra manera, una acción realizada con un fin particular puede llevar implícito el carácter terrorista»¹²⁶. Obsérvese sin embargo que en su salvamento de voto el magistrado Jorge Enrique Valencia Martínez adopta una posición contraria insistiendo en que “el delito de terrorismo se construye a través de una clara dirección finalista: la amenaza de la seguridad general o la alteración del orden público. El decreto legislativo 180 de 1988 reclama en la conducta del agente propósitos desestabilizadores de las instituciones democráticas, caracterizándose por una específica finalidad que lo personaliza: la terrorista»¹²⁷.

La discrepancia está lejos de ser sólo académica pues la posición que se adopte genera consecuencias jurídicas importantes. La posición de la Corte que privilegia el elemento objetivo –los medios utilizados y los daños ocasionados sin importar la finalidad perseguida–, implica que al sindicado se le aplique el régimen sustancial y procedimental propios de la legislación de excepción “antiterrorista”. Por el contrario, la posición del magistrado disidente – que privilegia el elemento subjetivo, trae como consecuencia que se le debe aplicar el derecho penal ordinario¹²⁸. Contrasta la posición de la Corte con lo resuelto por esa misma corporación el año inmediatamente anterior, cuando consideró: «Como es obvio suponer, el terrorismo, en cualquiera de sus modalidades, busca menoscabar el poder del Estado, a quien enfrenta directamente en cada una de sus manifestaciones, a través de las múltiples modalidades que ha desarrollado en su carrera delictiva. Por ello cualquier comportamiento que únicamente persiga golpear intereses privados, queda excluido de la connotación terrorista,

signándose su investigación y fallo por las reglas generales de competencia»¹²⁹. Estas contradicciones de la jurisprudencia confirman, contrario a lo argumentado por el juez constitucional, que los tipos penales de “terrorismo” no son claros y preciso sobre este punto, y sobre muchos otros, y que la jurisprudencia penal no ha logrado aún de manera precisa y unívoca fijar el sentido de la norma, situación que es difícilmente compatible con los lineamientos constitucionales. Mucho se ha escrito sobre este aspecto y es evidente que las opiniones están divididas¹³⁰. Sin embargo sobre un punto todo el mundo está de acuerdo: desde hace algunos años se observa una clara y reiterada tendencia de “despolitización” del “terrorismo”¹³¹. En Europa esta “despolitización” ha tenido como finalidad evitar que los “terroristas” sean considerados como delincuentes políticos y escapen con ello a la extradición. En Colombia el contexto ha sido diferente, pues si bien es cierto la extracción es un problema que ha estado al orden del día, ello no ha sido en razón del “terrorismo”, sino del narcotráfico. En nuestro país lo que se ha percibido desde hace algunos años es una doble tendencia de “despolitización”. Por un lado, se ha tratado de despolitizar el “terrorismo” con el objeto de que los tipos penales en cuestión puedan ser aplicados para sancionar un mayor número de comportamientos violentos cuya motivación no es necesariamente política. Esto ha generado que se desnaturalice la esencia del “terrorismo”, pues en nuestra opinión —y según los lineamientos constitucionales— el tipo penal de “terrorismo” debe cumplir la función de reprimir los comportamientos que se tipifican de manera clara, precisa y unívoca como “terrorismo”, y no ser utilizado como fórmula mágica para reprimir toda clase de comportamientos violentos. Si bien es cierto que los altos

niveles de violencia facilitan la pérdida de objetividad de los participantes en la “dinámica terrorista”, creemos que es un error garrafal creer que la interpretación y aplicación extensivas de los tipos penales de “terrorismo” son la única vía para solucionar todos los males que padece nuestra querida patria. Un comportamiento en este sentido desnaturaliza las figuras jurídicas en cuestión y vulnera los principios orientadores de nuestra Carta Política. Los actuales niveles de violencia que padece Colombia muestran además la ineficacia de esta lógica jurídica y la pérdida de legitimidad que ella ha generado en el poco Derecho que nos queda y en las instituciones democráticas. Por otro lado y como consecuencia de la aplicación extensiva de los tipos penales de “terrorismo”, se ha tratado de despolitizar el delito político y de asimilarlo al “terrorismo”¹³². Una apreciación final es necesaria. Estimamos que muchos de los problemas generados sobre este aspecto se deben a una confusión acerca de lo que significa el componente político del “terrorismo” y de las reales consecuencias que ello genera. Es observable un gran temor generalizado de reconocer el contenido político del fenómeno “terrorista”, pues ello generaría una peligrosa asimilación entre el delito político y el delito de “terrorismo”. Para los unos, ello equivaldría a acabar con el delito político y a juzgar como “terroristas” a los delincuentes políticos. Para los otros, esta asimilación podría generar que los “terroristas” escapen de ser juzgados —o extraditados— como “terroristas” y que, por el contrario, sean considerados como delincuentes políticos y se beneficien de las ventajas jurídicas y políticas que ello conlleva. Una y otra posición muestran claramente el poco conocimiento que se tiene acerca del fenómeno. En nuestro parecer, ambas son equivocadas. Creemos por el

contrario que el “terrorismo” es ante todo un fenómeno político, ya que se trata de una modalidad de violencia indirecta cuyo destinatario final es el Estado como forma de organización política. Cualquier otra modalidad de violencia, por horrenda que sea, si adolece de esta característica de violencia indirecta, en nuestra opinión no debe ser considerada como “terrorismo”, pues es una conducta que se tipifica en otro tipo penal. Reconocer la naturaleza política del “terrorismo” es de gran utilidad bajo una condición. La condición es que el “terrorismo”, a pesar de ser una modalidad de violencia política, de conformidad con el bloque de constitucionalidad, no puede beneficiarse de las garantías de la filosofía jurídica que acompaña a los delitos políticos, habida cuenta de las consecuencias devastadoras que este fenómeno produce. Es tal el daño que el “terrorista” ocasiona a sus víctimas—directas e indirectas— que él no puede ser considerado como un delincuente político¹³³. La utilidad es que, reconocer la naturaleza política del “terrorismo”, se constituye en la única manera de diferenciarlo de otras formas graves de criminalidad “ordinaria”¹³⁴. La reciente introducción en el ordenamiento penal colombiano de nuevos tipos penales, en muchos casos próximos al fenómeno del “terrorismo”, muestra la imperiosa necesidad de establecer, a partir de análisis objetivos y serios, la distinción entre el “terrorismo” y otras formas de violencia¹³⁵.

En segundo lugar, otras decisiones del juez penal nos permiten confirmar las deficiencias de los tipos penales que nos ocupan y las limitaciones jurisprudenciales. Una primera ilustración nos es dada por las diversas interpretaciones que generó el artículo 12 del decreto 180 de 1988, “Empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos”, con ocasión de la conducta de un ciudadano que durante los enfrenta-

mientos entre miembros de la Policía Nacional y estudiantes de la Universidad Nacional, hirió con una piedra a un miembro de la institución. Contrario a la posición del juez de orden público, la alta corporación dirime el conflicto de competencia y considera que la conducta del agente se adecúa al tipo penal evocado. Para ello, adopta una interpretación amplísima de la norma al considerar «que los hechos que originaron la investigación son indudablemente idóneos para crear o estimular zozobra o terror...»¹³⁶. En situaciones como esta es donde se observan las graves consecuencias que pueden generar la interpretación y aplicación extensivas de términos como “zozobra”, “terror”, “orden público”, etc. En este caso, es obvio que estamos en presencia de una infracción al ordenamiento penal, pero de ahí a considerar que la conducta constituye una acción “terrorista” hay una gran diferencia. ¿Por qué desnaturalizar el tipo penal de “terrorismo”? ¿Por qué aplicar una legislación de excepción más allá de su ámbito de aplicación cuando existen otros tipos penales que corresponden a la conducta del agente y que garantizan el imperio de la ley? Reiteramos, no toda manifestación de violencia, por horrenda que sea, constituye necesariamente un acto de “terrorismo”. Dicho de otra manera, la calificación de una conducta como “terrorista” no depende únicamente de la gravedad de ésta, pues existen otros elementos que hacen parte del tipo penal y que deben ser también tenidos en cuenta para saber, a partir de un análisis global, si estamos en presencia de un acto de “terrorismo”.

La toma de las instalaciones del CELAM por un grupo de personas pertenecientes al movimiento Cristianos por la Vida y la Salvación Nacional nos aporta un ejemplo similar al anterior. Mientras para el juez de orden público el delito que se tipifica es el

de rebelión, pues «el grupo que hizo la toma no tenía como fines el terrorismo», el juez de la competencia ordinaria consideró que los delitos que se concretaban eran los de secuestro agravado y de concierto para delinquir contenidos en el decreto 180 de 1988. La Corte, por su parte, dirime el conflicto considerando que la norma que se debe aplicar es el decreto 180 de 1988, pues «sería difícil pensar en la existencia de un delito de rebelión, pero sí por el contrario, es perfectamente factible pensar en la existencia de un secuestro». Esta decisión en nuestro sentir generó dos consecuencias graves. En primer lugar, dejó claro que el decreto 180 de 1988 se podía aplicar en algunas ocasiones a conductas en donde la finalidad “terrorista” no existe; interpretación que facilita aún más las aplicaciones extensivas de dicho estatuto. En segundo lugar, asimila de manera peligrosa el “terrorismo” a los delitos políticos al afirmar que «es igualmente muy probable que la conexidad se presentara con los denominados delitos políticos, porque de manera casi que necesaria las actividades terroristas andan de la mano de los delitos políticos, porque en realidad aquéllas son los medios instrumentales utilizados para conseguir los fines últimos de la actividad política subversiva, esto es la toma del poder, y el cambio de la estructura constitucionalmente establecida...»¹³⁷. Obsérvese que esta asimilación hecha por la alta corporación reconoce tácitamente el contenido político del fenómeno de “terrorismo” y contradice con ello la misma jurisprudencia de la alta corporación que hemos evocado anteriormente, lo cual comprueba, una vez más, las imprecisiones que aún subsisten en torno a estos tipos penales.

Una ilustración final. En esta ocasión varios sujetos trataron de interceptar el vehículo en que se movilizaban una juez de

la República y su esposo. Los individuos al ver frustrado su propósito de detener el vehículo, dispararon en varias oportunidades contra éste. Obsérvese las interpretaciones y aplicaciones antagónicas que pueden generar las imprecisiones de la normatividad en materia de “terrorismo”. Mientras el juez de orden público se declara incompetente por considerar que se trata de un delito de daño en bien ajeno, la juez municipal considera que los precitados hechos se adecúan en el artículo 10 del decreto 180 de 1988 «por tratarse de actos terroristas donde se causa pánico y zozobra y se perturba la tranquilidad pública». Frente a esta colisión de competencias, la alta corporación adopta en esta ocasión una interpretación restrictiva y dirime el conflicto de competencias negativo y asigna competencia al juez ordinario. Para ello argumenta que «la finalidad terrorista no puede confundirse con el empleo de medios violentos para lograr la comisión de un delito común, pues si así fuese, en cualquier conducta punible que medie el empleo de la violencia como la que genera el uso de armas de fuego, originaría el concepto de zozobra y de pánico [...] El pánico va más allá del simple impacto que se causa en la víctima de cualquier delito común como consecuencia de la sorpresa de que se es sujeto; éste debe ser perturbador de la tranquilidad pública y no, únicamente, lo que podría denominarse la tranquilidad individual»¹³⁸.

Estos problemas ligados a la interpretación extensiva de los tipos penales de “terrorismo” no se circunscriben al caso colombiano. La Federación Internacional de las Ligas de Derechos Humanos denunció hace poco los excesos de los jueces franceses “antiterroristas” en la interpretación y aplicación del tipo penal de “*association de malfaiteurs*” introducido en el ordenamiento penal de ese país mediante la ley 647

del 22 de julio de 1996 y consideró que dicho actuar vulnera el principio de legalidad en virtud del cual las leyes deben ser precisas¹³⁹.

Las dificultades que ha encontrado el juez penal para fijar el sentido de los tipos penales de “terrorismo” muestran que aún existen aspectos fundamentales de estas figuras jurídicas que no presentan la claridad suficiente, a pesar de los esfuerzos del juez penal para edificar una jurisprudencia coherente con las exigencias constitucionales, que permita colmar las deficiencias del legislador en la materia. Esta aproximación a la realidad del Derecho nos permite llegar a dos conclusiones. Por un lado, las imprecisiones y ambigüedades de los tipos penales que nos ocupan persisten a pesar del trabajo jurisprudencial. Esto se ha traducido en que en muchas oportunidades, estas normas *sui generis* han sido interpretadas y aplicadas de maneras opuestas a las exigencias de la Carta Política. Por otro lado, es perceptible un gran desfase entre lo argumentado por el juez constitucional en las sentencias que declararon dichas normas como conformes a la Carta Política y la realidad del derecho que muestra los excesos en que se ha incurrido en su interpretación y aplicación. Estas dos conclusiones confirman los límites y la insuficiencia del control ejercido por el intérprete auténtico de la Carta política, siendo esta situación mucho más preocupante en nuestra Colombia, dadas las condiciones extremadamente particulares que favorecen los excesos en materia penal y procesal penal.

CONCLUSION

Hemos tratado con los cuestionamientos precedentes aportar elementos de reflexión que enriquezcan el debate sobre cuál debe ser la vía más idónea para luchar contra el

“terrorismo” dentro de los límites que el Estado de Derecho impone. Vimos cómo la posición mayoritaria que ha guiado el diseño, adopción, interpretación y aplicación de las políticas públicas “antiterroristas” en Francia y en Colombia, justifica su conveniencia y, lo que es más grave, su constitucionalidad, exclusivamente en los fines que los tipos penales persiguen. Así las cosas, son las características excepcionales del “terrorismo” y las consecuencias devastadoras que él genera en sus víctimas directas e indirectas, lo que hace a esta normatividad conforme a la Carta Política, y no su compatibilidad real y estricta con ésta. La excepcionalidad del fenómeno se constituye entonces a la vez en razón única y suficiente para justificar la adopción y permanencia de dicha normatividad en el ordenamiento jurídico. Nosotros hemos tratado, por el contrario, de demostrar que es precisamente la complejidad del fenómeno “terrorista” la que hace necesario que los poderes públicos —especialmente el juez constitucional— ejerzan un estricto control en cada una de las etapas que van desde el diseño hasta la aplicación de los tipos penales que nos ocupan, tesis que sustentamos, además, en las vivas y pertinentes denuncias que esta normatividad ha generado en amplios sectores nacionales y extranjeros, y en casos prácticos que muestran los excesos de interpretación y de aplicación que esta confusa técnica jurídica ha generado.

Es preocupante la distorsión de la realidad que el fenómeno “terrorista” causa en los diferentes actores de la dinámica “terrorista” y, particularmente, el inmovilismo que ello ha generado en las diferentes autoridades públicas que, sin efectuar análisis de fondo que permitan determinar de manera objetiva si estos tipos penales son realmente convenientes y jurídicamente compatibles

con las exigencias constitucionales, se limitan en la mayoría de los casos a continuar con el *statu quo*. Nuestros ordenamientos jurídicos se han visto así poco a poco invadidos de normatividades derogatorias del derecho común, de discutidísima compatibilidad con la Carta Política, que han sido diseñadas, adoptadas, interpretadas, controladas y aplicadas sin los debates democráticos necesarios. Pareciera que ninguno de los poderes públicos se atreve a tratar de corregir esta anomalía que existe al interior de nuestro Estado de Derecho, con la falsa creencia y la buena voluntad de que se trata de la única posibilidad de rescatar la paz y la tranquilidad. Es en este punto donde consideramos que el fenómeno de constitucionalización del derecho exige un papel más activo del juez constitucional en su calidad de garante de la Norma de Normas. Insistimos en que esta actitud es particularmente necesaria en Colombia, donde nuestros problemas propios de un “Estado aún en formación”, unidos a los generados por los altos niveles de violencia y por la ineficacia de estas soluciones jurídicas debido —al menos en parte— a la adopción de lógicas jurídicas foráneas que no corresponden a la realidad y especificidades del país¹⁴⁰, facilitan los excesos en materia penal y procesal penal. Es importante aclarar que en ningún momento aprobamos que el juez constitucional se convierta en hacedor de política criminal, pues ello iría en contra de su naturaleza y de las funciones que él debe cumplir según la Carta¹⁴¹. Propendemos sí por que el intérprete auténtico de la Constitución asuma una posición jurídica drástica que evite que normas incompatibles con las garantías constitucionales hagan parte de nuestro ordenamiento jurídico. Esta actitud podría constituirse en una revolución más del juez constitucional que genere una reacción crítica frente a esta manera —en

nuestro sentir equivocada— de hacer política criminal y abra el camino hacia la vía de un «control democrático de la violencia»¹⁴² acorde con nuestra realidad.

Para muchos lectores nuestra tesis puede aparecer como no demostrada completamente o incluso como improcedente o errada pues ¿cómo pretender exigirle al juez constitucional que efectúe las precisiones al fenómeno del “terrorismo” que nadie hasta ahora ha podido realizar? Consideramos, sin embargo, que hemos aportado elementos suficientes para enriquecer el debate dentro de los límites inherentes al autor y a las demostraciones en ciencias sociales. Aun en el evento de que nuestra tesis apareciera como improcedente, ello mostraría que las precisiones jurídicas exigidas por las garantías constitucionales son imposibles de lograr en materia de “terrorismo”, debido a las características propias a esta modalidad de violencia. Lo que estaría en tela de juicio sería la lógica jurídica que se ha adoptado hasta ahora para luchar contra esta forma de criminalidad. En este caso, sería necesario cuestionarnos acerca de lo pertinente de la tendencia que es perceptible en los sistemas de derecho contemporáneos y que consiste en construir regímenes jurídicos excepcionales, generalmente derogatorios del derecho común, sobre criterios vagos e imprecisos o, incluso, huérfanos de definición objetiva. Dicho de otra manera, edificar construcciones jurídicas complejas que reposan sobre conceptos que todo el mundo utiliza, pero de los que nadie conoce lo que realmente significan.

Después de estas reflexiones, dos afirmaciones son posibles. La primera, consiste en concluir que nuestra tesis es pertinente. En este caso, nuestras recomendaciones sobre la necesidad de un control más severo del juez constitucional en la materia que nos ocupa tendrían aplicabilidad práctica. La se-

gunda, sería negar toda posibilidad a nuestra tesis por estar errada o por no ser viable. Si nuestra tesis es errada, la solución sería simple: mantener el *statu quo*. Si por el contrario nuestra tesis es considerada como improcedente ya que, ni el juez constitucional ni ninguna otra autoridad pública estarían en capacidad de aportar a los tipos penales de “terrorismo” las precisiones que la Constitución exige, dada la complejidad del fenómeno “terrorista”, lo que estaría aquí en tela de juicio sería la existencia misma de los regímenes jurídicos excepcionales de lucha contra el “terrorismo” y, desde una óptica más general, la lógica jurídica de efectuar enormes construcciones jurídicas –generalmente derogatorias del derecho común– que reposan sobre conceptos que no pueden ser aprehendidos de manera objetiva. ¡El debate queda abierto!

JUAN CARLOS PELAEZ GUTIERREZ

Especialista en Derecho Público
Universidad Externado de Colombia.
Doctorando en Derecho Público
Universidad de Aix-Marseille III

1. Los términos “terrorismo”, “antiterrorismo”, “terrorista” y “antiterrorista” se utilizarán en este escrito entre comillas debido a la fuerte dosis de subjetividad con la que generalmente son empleados.

2. Ver entre otros, UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. *Derecho penal, terrorismo y legislación*, 1991; K. AMBOS. *Terrorismo y Ley. Análisis Comparativo: República Federal Alemana, Gran Bretaña, Perú y Colombia*, Comisión Andina de Juristas, 1989. En Colombia desde hace más de veinte años se presenta el debate entre el “eficientismo” y el “garantismo”. El primero, defiende la necesidad de mantener regímenes de excepción dentro del ordenamiento jurídico colombiano, tendientes a luchar contra los problemas más graves de criminalidad y de perturbación del orden público. El “Estatuto de Seguridad”, el “Estatuto Antiterrorista”, el “Estatuto para la Defensa de la Justicia” entre otros y la posterior “ordinarización” de todo un conjunto de regímenes de excepción, son la expresión de esta corriente. Frente a ella, encontramos el “garantismo” que propende,

ante todo, por el respeto de los principios básicos del Estado de Derecho. El pasado debate sobre el futuro de la Justicia Regional –hoy Justicia Especializada– es una expresión más de este debate de vieja data.

3. Ver por ejemplo, R. OTTENHOF. “Le droit pénal français à l’épreuve du terrorisme”. *Revue de Science Criminelle* (1987), pp. 607-619; J. ROBERT. “Terrorisme, idéologie sécuritaire et libertés publiques”. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Étranger*, 6 (1986), pp. 1651-1666. Ver igualmente M. MC COLGAN y A. ATTANASIO. *France : La porte ouverte à l’arbitraire*. Mission Internationale d’Enquête. Paris: Fédération Internationale des Ligues des Doits de l’Homme, Rapport hors série, N° 271, janvier 1999.

4. Leyes 504 del 25 de junio de 1999 (Ver las sentencias de la Corte Constitucional C-135, C-793 y C-392 de 2000), 589 del 6 de julio de 2000 (Ver la sentencia de la Corte Constitucional C-177 de 2001) y 599 y 600 del 24 de julio de 2000, respectivamente. Al momento de finalizar la redacción de este estudio (mayo 15 de 2000), no tenemos conocimiento de la existencia de sentencias de la Corte Constitucional relativas a los nuevos códigos Penal y de Procedimiento Penal).

5. Ver J. PRADEL. “Les infractions de terrorisme, un nouvel exemple de l’éclatement du droit pénal, (Loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986)”, *Dalloz, Chr.* (1987), p. 39.

6. Ver R. A. PRIETO. “Terrorismo y derecho humanitario en caso de conflicto armado interno”. En: *Gueerra, violencia y terrorismo*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia y Red de Universidades por la Paz y la Convivencia, 1999, pp. 113-128.

7. Aparecen así, en el Código Penal Colombiano de 1980 el tipo penal de “terrorismo” y posteriormente, los regímenes jurídicos “antiterroristas” de excepción como el Estatuto para la Defensa de la Democracia y el Estatuto para la Defensa de la Justicia; regímenes que serán convertidos en legislación permanente, a pesar de su naturaleza contraria al espíritu de la nueva Constitución, a través del artículo 8 transitorio de la Carta política de 1991. En Francia la legislación “antiterrorista” comienza a ser edificada a partir del año 1986 con la adopción de las leyes del 9 de septiembre y del 30 de diciembre de 1986; legislación que será completada con el Nuevo Código Penal que entró en vigor el 1 de marzo de 1994 y con otros instrumentos jurídicos más específicos sobre el problema del “terrorismo” como las leyes del 8 de febrero de 1995, del 22 de julio

de 1996 y del 29 de diciembre de 1997, entre otras.

8. Th. RENOUX. *L'indemnisation publique des victimes d'attentats*. Paris: Economica, 1988, pp. 13-14.

9. *Ibidem*. En lo relativo a Colombia, ver J. C. PELÁEZ GUTIÉRREZ. *Reflexiones sobre los fundamentos de la jurisprudencia administrativa francesa y colombiana en materia de actos de terrorismo*. Colección Temas de Derecho Público, N° 61, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. Para una visión global de la indemnización pública de las víctimas del terrorismo en Francia y en Colombia, ver del mismo autor, "Le régime juridique colombien d'indemnisation publique des victimes d'actes terroristes. Une approche comparée au régime juridique Français", monografía para la obtención del Diplôme d'Etudes Approfondies de Droit Public Interne. París: Université Panthéon-Assas, 1997.

10. En el derecho francés se trata en forma genérica del principio de legalidad. En nuestro país, se habla de los principios de legalidad, de tipicidad y de determinación.

11. R. SACCO. *La comparation juridique au service de la connaissance du droit*. Paris: Economica, 1991.

12. Se trata entonces de abordar la comparación a partir de un problema jurídico, aproximación que, dado su carácter operacional, nos permitirá acercarnos más fácilmente a la "realidad del derecho". Sobre las ventajas de esta técnica jurídica en Derecho Comparado, ver A. J. VAN DER HELM y V. M. MEYER. *Comparer en droit. Essai Méthodologique*. Strasbourg: Cerdic-publications, 1991, p. 52; quienes reenvían a D. KOKKINI-IATRIDOU. *Enkele methodologische aspecten van rechtsvergelijking. Het derde deel van een (pre-)paradigma*. Deventer: Kluwer, 1985, 82 (Preadvies voor de Nederlandse vereniging voor rechtsvergelijking, 36) y E. OESER. *Evolution und Selbstkonstruktion des Rechts. Rechtsphilosophie als Entwicklungstheorie der praktischen Vernunft*. Vienne/Cologne: Böhlau, 1990, p. 111.

13. Esta afirmación debe sin embargo ser relativizada, pues con las sentencias proferidas por el juez constitucional acerca de la constitucionalidad de la ley 504 de 1999 (Justicia Especializada) se observa una posición más severa del juzgador. Ver CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-1315, C-793 y C-392 de 2000.

14. Ver UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. *Derecho penal, terrorismo y legislación*, Cit., Capítulo 2.

15. Ver *supra*, introducción.

16. Es necesario precisar que hasta antes de la adopción del Código Penal Colombiano de 1980 y de la ley francesa 1020 del 9 de septiembre de 1986, los ordenamientos penales de los dos países no hacían ninguna referencia al "terrorismo" como hecho punible. Ver sobre estos antecedentes históricos JOSÉ YUNIS MEBARAK y MARÍA MARGARITA ZULETA GONZÁLEZ. "El Estatuto para la Defensa de la Democracia. Un ordenamiento para combatir el narcoterrorismo o para convertir la subversión política en terrorismo", tesis de pregrado, Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 1991, p. 1; y CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, 4 de octubre de 1988, *Gaceta Judicial* N° 2432, Tomo 193, 1988, pp. 343-347. Con respecto al Derecho Penal francés ver FRANÇOIS THULLIER. *La législation antiterroriste. Etudes et Recherches*. Paris: Institut des Hautes Etudes de la Sécurité Intérieure, 1999, p. 7.

17. La parte motiva del decreto 180 de 1988 es muy ilustrativa del contexto que dio origen a esta normatividad. Ver igualmente EDGAR SAAVEDRA ROJAS. "Las jurisdicciones especiales ante la imposibilidad de la justicia castrense". En: JORGE MARIO EASTMAN (dir.). *Amapola, coca y...*, Parlamento Andino. Bogotá: Gente Nueva, 1993, pp. 89-109, y UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. *Justicia sin rostro. Estudio sobre Justicia Regional*. Bogotá, 1996, pp. 37 ss. Sobre la situación en Francia en aquella época, ver PAUL MASSON. *Rapport N° 322*, Sénat, seconde session ordinaire de 1983-1984, pp. 118 ss. y *Rapport N° 457*, Sénat, troisième session extraordinaire de 1985-1986, p. 79.

18. Ver, *supra*, introducción.

19. *Idem*. En Francia, la ley ha sido la fuente de toda la construcción jurídica "antiterrorista" en virtud de los principios de rango constitucional relativos a la legalidad de las incriminaciones y de las penas, según los cuales es el legislador quien tiene la competencia exclusiva en la materia. Ver NICOLE GUIMEZANES *et al.*, *Etude sur la législation antiterroriste en droit français et dans le contexte européen et international*. Université René Descartes-Paris V, Faculté de Droit, étude réalisée pour le compte de l'I.H.E.S.I., rapport final. Paris, 1998, p. 11.

20. Ver, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, 4 de octubre de 1988, *Gaceta Judicial* N° 2432, Tomo 193, 1988, pp. 344-345.

21. Es difícil comprender cómo un régimen jurídico considerado en 1988 como "transitorio", aún está haciendo parte de nuestro ordenamiento jurídico.

22. *Ibid.*, p. 345.

23. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Proceso N° 004251, Sala de Casación Penal, septiembre 6 de 1989. *Gaceta Judicial* N° 2438, julio-diciembre de 1989, p. 267.

24. Se trata de un aspecto controvertido sobre el cual volveremos ulteriormente.

25. *Vide* nota 24, *supra*.

26. Artículo 341. Entrenamiento para actividades ilícitas, Artículo 345. Administración de recursos relacionados con actividades terroristas, Artículo 349. Incitación a la comisión de delitos militares.

27. Artículos 104, 107, 183, 197, 348, 357, 359, 371, 372 y 427.

28. Ver, J.O. *déb.* Asssemblée Nationale, 10 avril de 1986 ; JEAN-PIERRE MARGUENAUD. "La qualification pénale des actes de terrorisme", *Rev. Sc. Crim.*, 1990, 1 y ; JEAN PRADEL. "Les infractions de terrorisme, un nouvel exemple de l'éclatement du droit pénal", *D.* (1987), *chrn.*, pp. 39-50.

29. Tres dificultades mayores fueron detectadas. En primer lugar, la ausencia de definición del fenómeno de "terrorismo". En segundo lugar, las dificultades que en materia de extradición podría generar la adopción de un tipo penal de "terrorismo" que no figuraba en la convenciones internacionales ratificadas por Francia en la materia. En tercer lugar, la dificultad de prever una pena única para una multitud de hechos bien diferentes los unos de los otros, lo cual sería sin lugar a dudas contrario al principio de la jerarquía de las penas. Ver PAUL MASSON. *Rapport N° 274*, Sénat, troisième session extraordinaire de 1991-1992, p. 53 y JEAN-PIERRE MARGUENAUD. "La qualification pénale des actes de terrorisme", *Cit.*, p. 2.

30. JEAN-PIERRE MARGUENAUD. *Ibidem*.

31. «En relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur». La traducción es nuestra.

32. J.-P. MARGUENAUD. *Op. cit.*, pp. 4-8.

33. *Ibid.*, pp. 8 ss.

34. YVES MAYAUD. *Le terrorisme*. Paris: Dalloz, 1997, pp. 2-3.

35. Que entró en vigor el 1° de marzo de 1994.

36. Ver YVES MAYAUD. *Le terrorisme*, *Cit.*, pp. 2-3. Si bien es cierto que el nuevo Código Penal consagra todo un capítulo al "terrorismo" (artículos 421-1 y ss.) y crea incluso los tipos penales de "terrorismo ecológico" y de "terrorismo por *association de malfeteurs*" (ley 647 de 1996), es innegable que el Derecho Penal francés no ofrece una real definición

de "terrorismo", un tipo penal de "terrorismo".

37. El carácter "intencional" como exigencia explícita para que la conducta pueda ser considerada como "terrorista" fue introducido por el legislador después de controvertidos debates a través de la ley 647 de 1996. Ver PAUL MASSON. *Rapport N° 178*, Sénat, session ordinaire 1995-1996, pp. 26 ss. y, 34 ss. Para una crítica a esta inclusión ver, A. MARSAUD. *Rapport N° 2638*, Assemblée Nationale, 1996, p. 13. e YVES MAYAUD. *Le terrorisme*, *Cit.*, pp. 38-40.

38. Una de las innovaciones mayores del Código Penal es que, en materia de "terrorismo", reenvía a categorías de tipos penales y no a tipos penales precisos como lo hacía la ley 1020 de 1986. El artículo 421.1 reenvía a categorías de tipos penales contra las personas, contra los bienes, y a algunas categorías de conductas específicas adoptadas por la ley del 22 de julio de 1996.

39. Artículo 421-2: «Constituye igualmente un acto de "terrorismo", cuando él está intencionalmente en relación con una organización [...] el hecho de introducir en la atmósfera, sobre el suelo, en el subsuelo o en las aguas, comprendidas aquellas del mar territorial, una sustancia cuya naturaleza sea susceptible de causar peligro para la salud del hombre o de los animales o del medio natural». La traducción es nuestra.

40. Artículo 421-2-1: «Constituye igualmente un acto de terrorismo el hecho de participar en un grupo conformado o en una alianza establecida para la preparación, caracterizada por uno varios hechos materiales, de uno de los actos de terrorismo mencionados en los artículos precedentes» (ley 647 del 22 de julio de 1996). La traducción es nuestra.

41. Esta es sin lugar a dudas la posición que ha guiado las políticas públicas proferidas en ambos países a partir de los años ochenta para luchar contra el problema del "terrorismo".

42. Se trata de un eterno debate entre quienes insisten sobre la función represiva de la justicia frente a otros sectores que consideran primordial su función reeducativa. Para los primeros, la sociedad prima y por lo tanto la eficacia y el orden son fundamentales. Para los segundos, es la libertad el aspecto que debe primar. Sería sin embargo muy fácil reducir el debate a "eficientistas" y "garantistas" pues, como magistralmente lo explica el profesor ROBERT, «es evidente que tanto de una parte como de la otra, hay personas sinceras que tienen simplemente una visión y una aproximación diferente del problema» (JACQUES ROBERT. "Terrorisme, idéologie sécuritaire et libertés publiques". *Revue du Droit Public et de*

la Science Politique en France et à l'Étranger, 6 (1986), p. 1653. Ver además, DIEGO LÓPEZ GARRIDO. *Terrorismo, Política y Derecho. La legislación antiterrorista en España, Reino Unido, República Federal de Alemania, Italia y Francia*. Madrid: Alianza, 1987; KAI AMBOS. *Terrorismo y Ley. Análisis Comparativo: República Federal Alemana, Gran Bretaña, Perú y Colombia*. Comisión Andina de Juristas. Lima, 1989; JUAN TERRADILLOS BASOCO. *Terrorismo y Derecho. Comentario a las leyes orgánicas 3 y 4 / 1988, de la reforma del Código Penal y de la Ley de enjuiciamiento criminal*. Madrid: Tecnos, 1988.

43. Ver *Analyse des discussions législatives et des scrutins publics*, Sénat, Seconde sessions ordinaire et troisième session extraordinaire, année 1985-1986.

44. Sobre las discusiones legislativas previas a la adopción del nuevo Código Penal ver *Recueil des analyses des discussions législatives et des scrutins publics*, Sénat, 1991-1992, II. En lo relativo a la ley del 22 de julio de 1996, ver *Recueil des analyses des discussions législatives et des scrutins publics*, Sénat, 1995-1996 II.

45. Sobre la situación existente en la época previa a la adopción del decreto 180 de 1988 que muestra la arremetida del narcotráfico como actor político-militar durante los años 1984 y 1985 y la generalización del "terrorismo" como recurso de confrontación, ver IVÁN OROZCO ABAD. *Combatientes, rebeldes y terroristas*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Temis, 1992, p. 174.

46. Ver las *Gacetas Legislativas* del 16 de agosto de 1991, pp. 19 ss.; del 11 de septiembre de 1991, pp. 4 ss. y; del 20 de diciembre del mismo año, pp. 2 ss.

47. JOSÉ ANTONIO CANCINO MORENO y ALFREDO SILVA VALDIVIESO. Ponencia ante la Comisión Especial Legislativa acerca del Estatuto de Defensa de la Democracia, *Gaceta Judicial* del miércoles 11 de septiembre de 1991, p. 6. Es importante reseñar que el otro comisionado ponente, Álvaro Villarraga, se aparta radicalmente de sus dos colegas y considera dicho Estatuto como incompatible con los lineamientos de la nueva Carta Política.

48 Ley 1020 de 1986. Ver JEAN-PIERRE MARGUENAUD. "La qualification pénale des actes de terrorisme", *Cit.*, pp. 5 ss.

49. Nuevo Código Penal y ley 647 del 22 de julio de 1996. Ver A. VANDERVORST. "Les droits fondamentaux à l'épreuve du terrorisme". *Revue de la Recherche Juridique*, 1998-3, pp. 1010 y 1011.

50. Ver JEAN-PIERRE MARGUENAUD. "La qualification

pénale des actes de terrorisme", *Cit.*, p. 9.

51. *Ibidem*.

52. Ver GUY DUCOLONE, *J.O. débats*, Assemblée nationale, 25 juin 1986, p. 2430 y; FRANÇOIS ASENSI. *J.O. débats*, Assemblée nationale, 27 juin 1986, p. 2524). Ver igualmente JEAN-PIERRE MARGUENAUD. "La qualification pénale des actes de terrorisme", *Cit.*, pp. 9-10; y REYNALD OTTENHOF. "Le droit pénal français à l'épreuve du terrorisme". *Rev. Sc. Crim.* (1987), p. 614.

53. Ver YVES MAYAUD. *Le terrorisme*, *Cit.*, pp. 32-34.

54. Sobre las imprecisiones de las nociones de "orden público", "intimidación" y "terror", ver JEAN-PIERRE MARGUENAUD. "La qualification pénale des actes de terrorisme", *Cit.*, pp. 10 ss.

55. Ver por ejemplo; J. ROBERT. "Terrorisme, idéologie sécuritaire et libertés publiques". *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, 6 (1986), p. 1655.

56. Ver JORGE CÓRDOBA POVEDA. "Evolución de la normatividad penal en Colombia y restricción a las garantías procesales". En: UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. *Derecho penal, terrorismo y legislación*, *Cit.*, pp. 37-55; ADOLFO SALAMANCA CORREA. *El cuadro de la justicia. Estado de Sitio sin Estado de Sitio*. Bogotá: Cinep, 1980; y EDGAR SAVEDRA ROJAS. "Las jurisdicciones especiales ante la imposibilidad de la justicia castrense". En: JORGE MARIO EASTMAN (dir.). *Amapola, coca y...*, *Cit.*, pp. 89-109.

57. FERNANDO VELÁSQUEZ V. "Consideraciones críticas en torno al Estatuto para la Defensa de la Democracia". *Revista Nuevo Foro Penal*, N° 40, Bogotá: Temis, 1988, p. 211.

58. J. A. CANCINO MORENO y otros. "Ponencia ante la Comisión Especial Legislativa del Estatuto para la defensa de la Democracia", Bogotá, 14 septiembre 1991, pp. 9-10. En alguna oportunidad la Alta Corporación manifestó: «¡Por Dios!, ¿Quién ayuda al gobierno en la elaboración de sus normas?» (*Ibid.*, p. 10).

59. Ver CARLOS ALBERTO PEDRAZA ROJAS. "La seguridad pública, objeto jurídico tutelado (El terrorismo)", Tesis de pregrado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1991, pp. 141 y ss.

60. Ver JOSÉ YUNIS MEBARAK y MARÍA MARGARITA ZULETA GONZALEZ. "El Estatuto para la Defensa de la Democracia. Un ordenamiento para combatir el narcoterrorismo o para convertir la subversión política en terrorismo", *Cit.*; CARLOS ALBERTO PEDRAZA ROJAS. *La seguridad pública, objeto jurídico tutelado (El terrorismo)*, *Cit.*; UNIVERSIDAD NACIONAL DE

COLOMBIA. *Derecho penal, terrorismo y legislación, Cit.*; y FERNANDO VELÁSQUEZ V. “Consideraciones críticas en torno al Estatuto para la Defensa de la Democracia”, *Cit.*

61. Ver CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Plena. Sentencia N° 21 del 3 de marzo de 1988, *Gaceta Judicial* N° 2434, 1988, pp. 198 ss.

62. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-127 del 30 de marzo de 1993.

63. Sobre las grandes presiones a que estaba sometida la alta corporación debido a las fuertes críticas del presidente de la República ver *El Tiempo*, enero 14 de 1988, p. 12-A; transcrito por JOSÉ YUNIS MEBARAK y MARÍA MARGARITA ZULETA GONZÁLEZ. *Op. cit.*, p. 37. Esta crítica —que recibió amplio respaldo por parte de la prensa— aparecía sin embargo como «no sólo infundada sino irresponsable y alejada de la realidad» pues, por un lado, la Corte declaró únicamente inexequibles 9 de los 34 decretos sometidos a su revisión y, por otro lado, eran tales las falencias jurídicas de dichas figuras, que era imposible para la alta corporación haber fallado de una manera diferente. Ver *Ibid.*, pp. 35 ss.

64. Con el cambio de presidente y vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia el 24 de enero de 1988 se observa una nítida voluntad por parte del presidente de esa corporación, magistrado Mantilla Jácome, de propiciar un acercamiento entre las dos ramas del poder público al declarar a la prensa que «se puede discutir que más violencia genera más violencia. Lo cierto es que toda organización tiene que apelar a medidas drásticas cuando se agrava la inseguridad» (*El Colombiano*, enero 25 de 1988, p. 2-C; citado por YUNIS MEBARAK y ZULETA GONZÁLEZ, en la *Op. cit.*, p. 57; declaración que fue bien interpretada por el Gobierno, que envió a la consideración de la Corte el Estatuto para la Defensa de la Democracia y sus Decretos complementarios (*Ibid.*, pp. 57 ss.)).

65. Argumentos sobre los artículos 3° (parágrafo), 4°, 7°, 17° y 40° literales a) y b). Por razones similares, otra impugnación se refiere igualmente al artículo 40° pero agrega a la lista el artículo 47° (Ver *Idem.*).

66. *Idem.*

67. *Idem.*, p. 218.

68. La Corte Suprema de Justicia ha estimado al respecto que todo tipo penal debe ser previamente definido por la ley de manera «expresa, cierta, clara, nítida, inequívoca y delimitativa» y «no puede admitirse por lo tanto como válida cuando es implícita, incierta, ambigua, equívoca, extensiva o analó-

gica, a no ser que respecto de esta última característica su aplicación sea para favorecer y no para desfavorecer al sindicado o condenado». CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Plena. Sentencia de septiembre 1° de 1983. El artículo 4° del Código Penal de 1980 consagra el principio de tipicidad según el cual «La ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca». A su turno, el nuevo Código Penal (ley 599 de 2000) consagra en su artículo 10 el mismo principio según el cual «La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal. En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley».

69. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Plena. Sentencia de septiembre 1° de 1983.

70. Volveremos posteriormente sobre este punto.

71. Ver en la sentencia, por ejemplo, los argumentos de la Corte para responder al problema de la posible falta de conexidad entre este decreto y el 1034 de 1984 que declaró turbado el orden público y en Estado de Sitio todo el territorio nacional, o para justificar la constitucionalidad de disposiciones discutidísimas que permiten la interceptación de mensajes o comunicaciones (artículo 47), ciertas limitaciones a la libertad de prensa (artículos 49 y 50) o que miembros de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional y del Departamento de Seguridad puedan cumplir funciones de Policía Judicial (artículo 39).

72. Por medio del cual se convirtieron en normas permanentes algunas disposiciones contenidas en los decretos de estado de sitio N° 3664 de 1986, 1198 de 1987, 1631 de 1987, 180 de 1988, 2490 de 1988, 1194 de 1989, 2790 de 1990 y 99 de 1991.

73. Como lo indica la Corte Constitucional, la motivación de la violación se resume en tres puntos: violación al principio *nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa*, violación del principio de igualdad ante la ley y el hecho de que los motivos determinantes de la declaratoria del estado de sitio fueron derogados por el Constituyente (C-127 del 30 de marzo de 1993).

74. *Ibidem.*

75. En aquella época, mediante concepto N° 1293 del 19 de febrero de 1988, el procurador general de la Nación opinó favorablemente sobre la exequibilidad del decreto 180 de 1988, con excepción de los literales a) y b) del artículo 40 y de todo el artículo 47, para los cuales solicitó la inexequibilidad. Ver CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Plena. Sentencia

Nº 21 del 3 de marzo de 1988, *Gaceta Judicial* Nº 2434, 1988, pp. 210 ss.

76. Cuatro argumentos sustentan la solicitud del procurador : la falta de técnica legislativa como vicio de inconstitucionalidad, violaciones del principio de legalidad , el cual hace parte del debido proceso, violaciones del principio de tipicidad y por ende del debido proceso, y críticas al carácter excesivamente represivo de esta normatividad. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-127 del 30 de marzo de 1993.

77. El representante del Ministerio sustenta su solicitud en aspectos formales como el artículo 8 transitorio de la Carta Política y en el control político ejercido por la Comisión Especial, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y en las graves perturbaciones de orden público que vivía el país (*Ibidem*).

78. *Idem*.

79. Control de constitucionalidad sobre el decreto 180 de 1988.

80. La Corte Constitucional utiliza la definición doctrinal de tipos penales abiertos según la cual son «los que describen escuetamente la conducta o mencionan solamente el resultado, sin precisar en el primer caso las circunstancias en que tal conducta ha de realizarse, ni indicar en el segundo la modalidad del comportamiento que ha de producirlo». (ALFONSO REYES ECHANDÍA. *Derecho Penal Parte General*, 11ª ed., 1987, p. 118.

81. El juez constitucional destaca el carácter pluriofensivo del “terrorismo”, el hecho de que se trata de un fenómeno que obedece a organizaciones delictuales sofisticadas y la insensibilidad del “terrorista” frente a los valores superiores de la Constitución Política. Sentencia C-127 del 30 de marzo de 1993.

82. *Ibidem*.

83. Ver la parte resolutoria de la sentencia en cuestión.

84. Es sumamente difícil para el autor de estas líneas entender cómo una cosa puede ser y no ser al mismo tiempo y en las mismas circunstancias.

85. Magistrado José Gregorio Hernández. Aclaración de voto a la Sentencia C-127 del 30 de marzo de 1993.

86. Magistrado Jorge Arango Mejía. Aclaración de voto a la Sentencia C-127, *Cit*.

87. Magistrado José Gregorio Hernández. Aclaración de voto a la Sentencia C-127, *Cit*.

88. Magistrado Jorge Arango Mejía. Aclaración de voto a la Sentencia C-127, *Cit*.

89. Magistrado José Gregorio Hernández, Aclaración de voto. Sentencia C-127, *Cit*.

90. Magistrado Carlos Gaviria Díaz. Salvamento de voto a la Sentencia C-127 del 30 de marzo de 1993.

91. Conseil Constitutionnel, Décision Nº 213 du 3 septembre 1986, JO du 5 septembre 1986 y Conseil Constitutionnel, Décision Nº 377 DC du 16 juillet 1996. En virtud del artículo 61 de la Carta Política de Francia, sólo las leyes orgánicas son objeto de un control automático y previo de constitucionalidad. En lo que respecta a las otras leyes, ellas pueden ser enviadas al Conseil Constitutionnel antes de su promulgación y para los mismos fines pero sólo por el presidente de la República, el primer ministro, el presidente de la Asamblea Nacional, el presidente del Senado o sesenta diputados o sesenta senadores. Ver THIERRY RENOUX et MICHEL DE VILLIERS. *Code Constitutionnel commenté et annoté*. Paris: Litec, 1994, pp, 439 et ss.

92. Esta ley, adoptada por un Parlamento compuesto por una nueva mayoría, elegido en marzo de 1986, fue envidada al Conseil Constitutionnel por los senadores socialistas, fervientes opositores en la época al contenido y a la filosofía de dicha Ley.

93. JEAN-PIERRE MARGUENAUD. “La qualification pénale des actes de terrorisme”, *Cit.*, p. 11. Ver, *supra*, nuestros desarrollos previos acerca de las críticas que estos elementos han generado en sectores parlamentarios y doctrinales.

94. F. LOLOUM et P. NGUYEN HUU. “Le Conseil constitutionnel et les réformes du droit pénal en 1986”. *Rev. Sc. Crim.*, 1987, p. 567.

95. El *Conseil constitutionnel* generalmente explica por qué una ley puede ser juzgada como suficientemente precisa. Ver JEAN-PIERRE MARGUENAUD. “La qualification pénale des actes de terrorisme”, *Cit.*, p. 11.

96. El Conseil Constitutionnel francés ha indicado de manera reiterada en su jurisprudencia la importancia y contenido del principio de legalidad de los delitos y de las penas en virtud del cual «el Legislador debe definir los tipos penales en términos suficientemente precisos con el objeto de excluir la arbitrariedad» (Conseil Constitutionnel, Décis. Nº80-127 DC, 19 et 20 janvier 1981: *Rec. Const.*, p. 15). Ver sobre este punto, THIERRY RENOUX et MICHEL DE VILLIERS. *Code Constitutionnel commenté et annoté*, *Cit.*, pp, 39 et ss.

97. Sentencia C-127 de 1993 relativa al control de constitucionalidad del decreto 2266 de 1991.

98. JEAN-PIERRE MARGUENAUD. “La qualification pénale des actes de terrorisme”, *Cit.*, p. 12.

99. WILFRID JEANDIDIER. *Droit Pénal Général*. Paris: Montchrestien, 1988, Nº 86.

100. El 16 de julio de 1996 el Conseil Constitutionnel mediante la decisión 96-377 decide acerca de la constitucionalidad del texto de la que posteriormente sería la ley 647 del 22 de julio de 1996 “tendiente a reforzar la represión del terrorismo...”.

101. Este artículo modificaba el artículo 421-1 y adicionaba una conducta en materia de “terrorismo”. Estipulaba la ley que «Constituye igualmente un acto de terrorismo, cuando ella está intencionalmente en relación con una organización individual o colectiva teniendo como finalidad perturbar gravemente el orden público a través de la intimidación o el terror, la ayuda a la entrada, a la circulación o a la estadía irregular de un extranjero definida en el artículo 21 de la ordenanza del 2 de noviembre de 1945».

102. Ver FRANÇOIS LUCHAIRE. “Le Conseil constitutionnel devant la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l’autorité publique”, pp. 1245-1263.

103. Ver *supra*, nuestra primera parte.

104. *Ibidem*.

105. Ver las definiciones contenidas en *Le Petit Larousse illustré*, París, 1994; en *The Oxford English Dictionary* y en los diccionarios de lengua española como el *Diccionario de la Real Academia Española*, edición 1988 y el *Diccionario Escolar de la Lengua Española*, Manuel Seco et al., Edición Aguilar, Colección Lexicografía.

106. Las definiciones de “terrorismo” de agencias estatales encargadas de luchar contra esta forma de criminalidad como el Departamento de Estado Americano (Office of the Coordinator for Counterterrorism, Patterns of Global terrorism 1996, Us Department of State Publication 10443, Washington, DC, State Department, abril, 1977, p. VI), el Federal Bureau of Investigations (FBI) (Terrorist Research and Analytical Center, National Security Division, Federal Bureau of Investigation, *Terrorism in the United States*, 1995, Washington, DC, US Departemnt of Justice, 1996, p. II) y el Departamento de Defensa de los Estados Unidos (United States Departemnts of the Army and the Air Force, *Military Operations in low intensity Conflict*, Field Manual 100/20 Air Force Pamphlet 3-20, Washington, DC: Headquarters, Departments of the Army and the Air Force, 1990, pp. 3-1) confirman las diferencias de definición y los límites de cada una de ellas. Del lado de la doctrina, a pesar de los esfuerzos, ni las definiciones clásicas (Ver entre otros QUINTANO SALDANA, “Le terrorisme”, *R.I.D.P* (1936), p. 27 y SOTTILE, “Le terrorisme international”, *R.C.A.D.I.* (1938), p. 96), ni los esfuerzos de la doctrina contemporánea apar-

tan una definición satisfactoria del fenómeno en cuestión (Ver por ejemplo JULLIARD. “Les enlèvements des diplomates”, *A.F.D.I.* (1971), p. 225; ERIC DAVID. “Le terrorisme en droit international (définition, incrimination, répression)”. *Réflexions sur la définition et la répression du terrorisme*, p. 125), JOAQUÍN EBILE NFESUM. *El delito de terrorisme. Su concepto*. Madrid: Montecorvo, 1985, y BRUCE HOFFMAN. *La mécanique terrorista*, Paris: Calmann-Lévy, 1999, p. 54.

107. ALEX P. SMITH *et al.*, *Political Terrorism: a Research Guide*. New Brunswick, NJ: Transaction Books, 1984, p. X., citadp por BRUCE HOFMAN. *La mécanique terroriste*, *Cit.*, p. 49.

108. Ver ALEX P. SCHMID, ALBERT J. JONGMAN *et al.*, *Political terrorism: A New Guide to Actors, Authors, Concepts, Data Bases, Theories and Literature*. New Brunswick: Transaction Books, 1988, pp. 5-6.

109. Citado por BRUCE HOFFMAN. *La mécanique terroriste*, *Cit.*, p. 49. En efecto, acerca de si la lista elaborada a partir de las definiciones clasificadas en su trabajo sistemático contiene todos los elementos necesarios para elaborar una definición correcta, los investigadores sugieren al final de su trabajo que la respuesta es probablemente negativa.

110. No sin razón entonces se afirma que «*de lege data*, il n’existe pas en droit international contemporain de notion autonome du terrorisme» (Conclusions du Colloque, in *Réflexions sur la définition et la répression du terrorisme*, actes du colloque du 19 au 20 mars 1973, éditions de l’Université de Bruxelles, 1974, p. 273). Ver además JOAQUÍN EBILE NFESUM. *El delito de terrorisme. Su concepto*, *Cit.*, pp. 61 ss.; y MARC REYMANN. *Rapport N° 1520*, Assemblée Nationale, Paris, onzième législature, pp. 4-5.

111. En lo que concierne a la Organización de Estados Americanos ver PAULETTE PIERSON-MATHY. «Formes nouvelles de la lutte révolutionnaire et coopération internationale dans le combat contre-révolutionnaire», in *Réflexions sur la définition et la répression du terrorisme*, actes du colloque du 19 au 20 mars 1973, éditions de l’Université de Bruxelles, 1974, p. 89. En lo relativo a Europa, ver NICOLE GUIMEZANES *et al.*, *Etude sur la législation antiterroriste en droit français et dans le contexte européen et international*, *Cit.*, p. 28.

112. La mayoría de los ordenamientos jurídicos internos de los diferentes Estados no definen el concepto de “terrorismo” o, si lo definen –que son una minoría– lo hacen de una manera deficiente. Incluso se afirma que el derecho interno aporta muchas

menos fuentes para la formación del concepto del delito de terrorismo que el Derecho Internacional (JOAQUÍN EBILE NFESUM. *El delito de terrorismo. Su concepto*, Cit., p. 72). Ver además KAI AMBOS, *Terrorismo y Ley. Análisis Comparativo*, Cit., pp. 21 ss. y; NICOLE GUIMEZANES et al., *Etude sur la législation antiterroriste...* Cit., pp. 18 ss.

113. Es «falacioso querer demostrar a cualquier precio la “novedad” de un conflicto ancestral –*bref de faire du neuf avec le vieux*– y de ver el rol de los Estados discutido actualmente, cuando él lo ha sido desde siempre, a tal punto que una de las características propias al Estado es de imponerse y desarrollarse frente a aquellos que discuten su monopolio de la violencia» (JEAN-LUC MARRET. *Techniques du terrorisme*. Paris: PUF, 2000, pp. 6 y 7).

114. Ver PAUL MASSON. *Rapport N°322*, Sénat, Cit., pp. 13 y 14; JEAN SERVIER. *Le terrorisme*, Cit., p. 13. En lo relativo a nuestra historia, ver JESÚS RAMÍREZ SUÁREZ. *Violencia y terrorisme en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1989, pp. 6-9.

115. Ver entre otros, YVES MICHAUD. *La violence*. Collection Que sais-je, Paris: PUF, 1999, pp. 9 ss. y 34 ss.; y LUIGI BONANATE. *Le terrorisme international. XXe siècle*. Firenze: Casterman-Giunti, p. 24).

116. Sobre el nacimiento del “terrorismo contemporáneo” ver BRUCE HOFFMAN. *La mécanique terroriste*, pp. 55 ss. y LUIGI BONANATE. *Op. cit.*, pp. 104 ss. Acerca del “terrorismo” de grupos revolucionarios latinoamericanos como fuente del nacimiento de lo que se conoce como “terrorismo contemporáneo”, ver GÉRARD CHALIAND. “La mesure du terrorisme”, Cit., pp. 7 y ss.; LUIGI BONANATE. Cit., pp. 109-120, y JEAN SERVIER. *Op. cit.*, pp. 37-47. Sobre las características del “terrorismo contemporáneo” ver PAUL MASSON. *Op. cit.*, pp. 16 ss.; GÉRARD CHALIAND. “Mais qu’est-ce que le terrorisme?”. *Le Monde* (4 janvier 1984) y; BRUCE HOFFMAN. *La mécanique terroriste*, Cit., pp. 229 ss.

117 En relación con las inquietantes tendencias del fenómeno “terrorista” durante estos últimos años ver, BRUCE HOFFMAN. “Le terrorisme et la réponse américaine”, Cit., pp. 141 ss.; PAUL WILKINSON. “Comment répondre à la menace terroriste”, in GÉRARD CHALIAND (dir.). *Les stratégies du terrorisme*. Paris: Desclée, 1999, pp. 198-207, BRUCE HOFFMAN. *La mécanique terroriste*, Cit., pp. 243 ss.; y GRÉGORIE DESTOUCHE. *Menace sur internet. Des groupes subversifs et terroristes sur le net*. Paris: Editions Machelon, 1999.

118. Ver sobre este punto el extraordinario análisis de BRUCE HOFFMAN. *La mécanique terroriste*, Cit., pp. 18 ss.

119. Ver MARIO BETTATI. “Les données du problème”. *La lutte internationale contre le terrorisme. Problèmes économiques et sociaux, articles et documents d’actualité mondiale*, Paris: La Documentation Française, 1975, pp. 4 ss. y; BRUCE HOFFMAN. *La mécanique terroriste*, Cit., p. 18.

120. *Ibid.*, 35 y ss. Nos referimos a la utilización del concepto de “terrorismo” para desprestigiar y satanizar al enemigo. Miremos por ejemplo su utilización en la realidad colombiana. Cada uno de los actores armados utiliza dicho término para calificar las acciones del opositor. Siguiendo esta lógica, los actores armados tratan por todos los medios de evitar ser estigmatizados como “terroristas”, catalogando con dicho calificativo al enemigo. El Estado, a través de sus instituciones, a su turno lo utiliza para referirse a sus opositores violentos y para justificar la adopción de regímenes “antiterroristas” de discutible compatibilidad con los principios básicos del Estado de Derecho. Los medios de comunicación frecuentemente “juegan el juego de los terroristas” considerando todo tipo de acciones violentas como “actos terroristas”, dándoles con ello unas connotaciones y dimensiones que, a menudo, sobrepasan la realidad.

121. DIDIER BIGO et DANIEL HERMANT. “La relation terrorista: cadre sociologique pour une approche comparatiste”. *Etudes Polémologiques*, N° 2 (1988), p. 52. (la traducción es nuestra). Obsérvese por ejemplo que durante la ocupación de Francia por parte de la Alemania Nazi, el general de Gaulle (en exilio) y todos los miembros de la Resistencia francesa eran catalogados como “terroristas” por las fuerzas alemanas. Otro ejemplo interesante es el de Ben Laden quien, durante la ocupación soviética de Afganistán, combatió fervorosamente a la fuerza de ocupación, lo que le permitió contar con el apoyo de los Estados Unidos que, en aquella época, lo consideraba como un “soldado de la libertad”. Llama la atención que el mismo hombre unos años después sea considerado por el mismo país como su principal enemigo y catalogado como el “terrorista” más buscado del mundo. El caso colombiano es bastante ilustrativo de la subjetividad en la utilización del concepto de “terrorismo”, pues cíclicamente vivimos por un lado catalogando a los subversivos como “bandoleros y terroristas” y, al mismo tiempo, considerándolos como un interlocutor válido con el que se puede negociar de conformidad con los lineamientos constitucionales.

122. XAVIER CRETIEZ. *Terrorisme indépendantiste et anti-terrorisme en France*. Paris: Institut des

Hautes Etudes de la Sécurité Intérieure, 1993, pp. 61 y 62. Un análisis de las cifras que se manejan en Colombia en materia de “terrorismo” permite comprobar fácilmente la tesis esbozada por el sociólogo francés. En efecto, existen grandes diferencias cualitativas y cuantitativas entre las estadísticas sobre “terrorismo” contenidas en las revistas *Criminalidad* de la Policía Nacional de los últimos diez años, y las cifras manejadas por la Red de Solidaridad Social (entidad encargada de acordar una asistencia pública a las víctimas de esta modalidad de violencia), por el Departamento de Planeación Nacional (EDGAR TRUJILLO CIRO y MARTHA ELENA BADEL RUEDA. *Los costos económicos de la criminalidad y la violencia en Colombia: 1991-1996*. Documento N° 76, 10 de marzo de 1998, 53 p.) y, las relativas a la administración de la Justicia (ver por ejemplo UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, *Justicia sin rostro*. Cit.,).

123. Esta dinámica ha sido magistralmente definida por sociólogos del Instituto Francés de Polemología como la “relación terrorista”. Ellos consideran que «la relación terrorista, lejos de ser una relación de violencia que se gana sobre el terreno militar, es siempre en primer lugar, una relación política que busca controvertir la pretensión del monopolio de la violencia legítima. La rivalidad de la legitimidad es entonces lo que está en juego principalmente [...]: al componente militar (aquí secundario), se agrega y lo determina el componente del combate simbólico para el acceso al monopolio del discurso legítimo, o al menos en un primer momento, para desacreditar el discurso de quienes tienen el poder que debe ser considerado como arbitrario por los demás, reubicando así en igualdad (en posición simétrica) los dos adversarios» (DIDIER BIGO et DANIEL HERMANT. “La relation terrorista: cadre sociologique pour une approche comparatiste”, *Cit.*, p. 55). La traducción es nuestra.

124. XAVIER CRETIEZ. *Terrorisme indépendantiste et anti-terrorisme en France*, *Cit.*, p. 19.

125. R. OTTENHOF, “Le droit pénal français à l'épreuve du terrorisme”. *Revue de Science Criminelle*, 1987, p. 607. quien muestra perfectamente las perversiones que suscita el tema del “terrorismo” en los diferentes actores de la dinámica del fenómeno que nos ocupa (*Ibidem*, pp. 607 y 608). Ver igualmente XAVIER CRETIEZ. *Terrorisme indépendantiste et anti-terrorisme en France*, *Cit.*, p. 74.

126. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Proceso 009897, auto de colisión de competencias, 14 de diciembre

de 1994, Magistrado ponente: Ricardo Calvete Rangel.

127. Ver el salvamento de voto como anexo del auto reseñado en la cita anterior. Obsérvese que el magistrado ya había manifestado en otra ocasión con respecto al tipo penal denominado “homicidio con fines terroristas” (artículo 29 del decreto 180 de 1988 – modificado por el artículo 1° del decreto 261 del mismo año) que dicha disposición constituye «una norma autónoma destinada a conjurar las causas perturbadoras del orden público, preceptos encerrados dentro de su propia realidad casuística con una particular delimitación de su objeto y un ámbito de aplicación propio y esencial. Tal la voluntad del legislador de excepción. Estas conductas de violencia extrema, desligadas de la delincuencia común, presuponen la utilización de determinados medios catastróficos, especialmente de aquellos capaces de crear un peligro común. Otras formas de violencia o beligerancia cuyos tipos de conducta no están presididos por los móviles anotados, propios del fenómeno terrorista, escapan al *nomen juris* de la figura y su conocimiento está adscrito a la competencia jurisdiccional ordinaria. Existe, pues, en la caracterización de la conducta, elementos delimitadores que no pueden ser interpretados de forma extensiva so pena de vulnerar el principio de seguridad jurídica». (Salvamento de voto, a la sentencia de julio 5 de 1992).

128. En este caso la conducta imputada al acusado era la de haber colocado aproximadamente tres kilos de dinamita en la vía pública frente a la residencia del destinatario a cambio de una cantidad de dinero.

129. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, radicación N° 8514, julio 1° de 1993, *Gaceta Judicial Penal*, Tomo 227, 1993, p. 56.

130. Ver por ejemplo PAUL MASSON. *Rapport N° 322*, *Cit.*, pp. 8 ss.; J. TERRADILLOS BASOCO. *Terrorismo y Derecho. Comentario a las leyes orgánicas 3 y 4 / 1988, de la reforma del Código Penal y de la Ley de enjuiciamiento criminal*. Madrid: Tecnos, 1988; JOAQUÍN EBILE NFESUM. *El delito de terrorismo. Su concepto*, *Cit.*, 158 p.; y BRUCE HOFFMAN. *La mécanique terrorista*, *Cit.*

131. Ver entre otros GÉRARD SOULIER. “Contre le terrorisme : quelle Europe se desine?”, *Le Monde Diplomatique* (novembre 1976). En: P. LE JEUNE. *La lutte internationale contre le terrorisme, Problèmes politiques et sociaux*. La Documentation Française N° 671, Paris, 1992, pp. 42 ss. y ; JEAN-PIERRE MILLE. “Terrorisme: de quoi parle-t-on? En: *Alternatives non*

violentes, “*Les défis des terrorismes*”. Saint-Etienne: Institut de Recherche sur la Résolution non Violente des Conflits, novembre 1988, pp. 2-6.

132. Ver por ejemplo YUNIS MEBARAK y ZULETA GONZÁLEZ. *El Estatuto para la Defensa de la Democracia...*, *Cit.*, e IVÁN OROZCO ABAD. *Combatientes, rebeldes y terroristas*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1992. Para una opinión contraria ver MAURICIO RUBIO. *Rebeldes y criminales. Una crítica a la tradicional distinción entre el delito político y el delito común*. Bogotá: Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico, Universidad de los Andes, Documento CEDE 98-06, febrero de 1998.

133. Ver los interesantes comentarios de IVÁN OROZCO ABAD acerca de las nociones y distinciones entre el “enemigo del juego” (delincuente por convicción) y el “falso jugador” (delincuente común) en, *Combatientes, rebeldes y terroristas, Cit.*

134. Sobre la necesidad de diferenciar el “terrorismo” de la “criminalidad organizada” ver NICOLE GUIMEZANES *et al.*, *Etude sur la législation antiterroriste...*, *Cit.*, p. 191.

135. Ver el Nuevo Código Penal Colombiano, ley 599 de 2000.

136. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. 4 de octubre de 1988, *Gaceta Judicial* N° 2432, Tomo 193, 1988, p. 346. En contraste con esta interpretación extensiva de la norma, obsérvese que la misma Corporación vuelve a una posición restrictiva de la aplicación del Estatuto Antiterrorista al considerar, a propósito de los destrozos causados por jóvenes en Cali que «cuando la pandilla juvenil o “gallada” incursionó en el Barrio [...] no lo hizo con el propósito de alterar la paz, la tranquilidad, el orden público, bienes tutelados por el Estatuto Antiterrorista, como se desprende de las motivaciones del decreto en comento, sino en un acto de vandalaje muy propio al espíritu de destrucción y de rivalidad tan frecuentes en estas pandillas juveniles. Por otra parte, tampoco se emplearon en la realización de la conducta, medios “capaces de crear estragos” como explosivos, armas de fragmentación o de fuego». La alta corporación considera que en consecuencia, «se vislumbra por tanto, con mayor precisión un posible delito contra el patrimonio económico (Daño en bien ajeno)...». CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Proceso N° 4251, *Gaceta Judicial*

N° 2438, 1989, pp. 267 y 268. El 25 de junio de 1996 la Corte retoma una interpretación “extensiva” de esta normatividad de excepción al considerar esta vez que el triple homicidio cometido por integrantes de la banda conocida como “Los Rockeros” sí presentaba “fines terroristas” dadas las características de la organización y de sus miembros y, el terror que sus acciones engendraban en el medio social en que se desenvolvían pues «sus actos criminosos estaban dirigidos a sembrar el terror en un sector de la sociedad, a presentar peligro continuado y latente». CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Proceso N° 11818, 25 de junio de 1996.

137. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Proceso N° 3210, septiembre 15 de 1988, *Gaceta Judicial* N° 2432, 1988, p. 300.

138. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Proceso N° 4262, octubre 10 de 1989, *Gaceta Judicial* N° 2438, 1989, pp. 291 y 292.

139. Según el informe, durante los últimos años, los jueces antiterroristas de la 14 Sección han decidido inculpar de “*association de malfaiteurs*” la gran mayoría de las personas detenidas por sospecha de participación en actividades “terroristas”. En ausencia de materialización del objeto exacto de la “*association*”, a cualquier prueba, incluso insignificante, se le atribuye una cierta importancia, considera la ONG. (M. MC COLGAN y A. ATTANASIO. *France: La porte ouverte à l'arbitraire*. Mission Internationale d'Enquête, Paris: Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme, Rapport hors série, janvier 1999, N° 271, pp. 9 ss.

140. Un “problema de recepción de derecho” para emplear un término de común utilización por los comparatistas.

141. Ver sobre este punto I. OROZCO ABAD *et J. G. GÓMEZ ARABELLO*. *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*. Bogotá: Ministerio de Justicia y Derecho, IEPRI, Universidad Nacional de Colombia, 1997.

142. RODRIGO UPRIMNY YÉPEZ. “Criminología crítica, derechos humanos y reforma penal en Colombia”. En: *Derecho penal, terrorismo y legislación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1991, pp. 141-176, quien aporta reflexiones valiosísimas acerca de lo que debe contener una reforma penal en Colombia.

