

LA ACTUAL POLÍTICA CRIMINAL EN COLOMBIA, VISTA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO DE GÜNTHER JAKOBS

*William J. Parra**

SUMARIO

1. La política criminal del enemigo en un Estado de Derecho
2. La política de Seguridad Democrática y la guerra contra el enemigo
3. La política criminal de enemigo en el sistema penal acusatorio
4. La política criminal del enemigo en la Ley de Justicia y Paz

RESUMEN

Algunos estudios afirman que la Política Criminal que se ha aplicado históricamente en Colombia presenta algunas de las características propias del Derecho penal de enemigo, sobre todo cuando la misma ha partido de la expansión del Derecho penal basado en el recorte indiscriminado de los derechos y las garantías de los ciudadanos. Sin embargo, las características descritas por la moderna teoría del Derecho penal y de la política criminal de enemigo, al menos de la expuesta por GÜNTHER JAKOBS, distan mucho de corresponder a esta descripción y a las características propias de la política criminal de la excepcionalidad practicada en Colombia en las décadas pasadas. Al contrario, el moderno Derecho penal del enemigo busca adecuar la guerra, la represión, la repara-

* Docente e investigador. [complejidad@hotmail.com].wq

ción y la prevención de las conductas criminales con el modelo social del Estado de Derecho¹. La política criminal de enemigo plasmada en el sistema penal acusatorio, en la Ley de Justicia y Paz y en la Política de Seguridad Democrática responde más a este modelo de corte moderado y orientado por el Derecho, formulado por JAKOBS, que a la política criminal de enemigo basada en la guerra total, en la excepcionalidad, en el exterminio total del “enemigo” y en el recorte indiscriminado de Derechos y garantías de los imputados y de los ciudadanos.

SUMMARY

Some studies on the modern criminal policy of enemy mainly affirm that the criminal policy that has been applied in Colombia presents some of the enemy penal law characteristics, those that begin with the expansion of the penal right based on the increase of the punishable behavior and the reduction of citizens rights and guarantees. Nevertheless, the characteristics of the modern theory of the penal enemy law and the criminal policy, at least of the made one by GÜNTHER JAKOBS, are far to correspond to this description and the own characteristics of the criminal policy of the exceptional nature practiced in Colombia during the last decades. On the contrary, modern the enemy penal law, looks for conciliation of effectiveness and efficiency of the penal system with the respect to the citizens rights and guarantees, and to clarify the decision making in criminal matter in the political and legal systems and, it looks for adapting the repression, the repair and the prevention of the criminal conducts with the social model of the Rule of Law. The enemy criminal policy practiced by, accusatory penal system, in the justice and peace law, in the policy of security, is closest to this moderate model oriented by law, exposed by JAKOBS, instead that enemy criminal policy based on war, exceptionality, total extermination of enemy and in-discriminated violation of rights and guaranties.

CONSIDERACIONES PREVIAS

El desarrollo de esta investigación, sobre el Derecho penal y la política criminal de enemigo en Colombia, parte de las características generales de la política criminal de

1 CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ, Acciones a Propio Riesgo, Exclusión de la Tipicidad por Responsabilidad de la Víctima con base en una Concepción Funcional Estructural de la Sociedad, Universidad Externado, 2006, pp. 154-157. Para la autora, el Derecho penal del enemigo es una teoría que ha sido aceptada y aplicada por los países con mayor tradición democrática, también en Colombia donde la pena determinada conforme a Derecho es insuficiente. Esta afirmación no es el todo clara, puesto que toda decisión política y jurídica sobre la guerra y la paz, por ejemplo, la Ley de Justicia y Paz, está contenida en el modelo social vigente; igualmente, la prevención basada en la investigación, la inteligencia y la eliminación de las fuentes de peligro mediante la guerra, son políticas que son implementadas con base en el Estado de Derecho. En sentido contrario, BERNARDO FEJÓO, El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de Derecho, Revista de Derecho Penal Contemporáneo, n.º 16, Legis, 2006, Bogotá, p. 134: “El Derecho penal del enemigo tal y como está planteado en sus fundamentos por JAKOBS, es contrario a los fundamentos de nuestro Estado democrático de Derecho”.

enemigo en un Estado de Derecho; en segundo lugar, se aborda la política criminal de enemigo desde el ejercicio de la guerra planteada por el actual gobierno en la Política de Seguridad Democrática; en tercer lugar, se analiza la política criminal de enemigo implementada en el sistema penal acusatorio y, en último lugar, la política criminal de enemigo desarrollada en la Ley de Justicia y Paz. Antes de entrar en el desarrollo concreto del tema, es necesario realizar algunas precisiones sobre la problemática que surge de la articulación de un concepto teórico como lo es el de “enemigo”, con la aplicación concreta de la política criminal y de la política de seguridad en nuestro país².

Resulta difícil adoptar un punto de partida donde se proponga una buena manera de hacer la guerra, aplicar la represión, así sea legítima, o destruir, inocuizar o eliminar eficientemente a las personas que debido a su indiferencia con las normas y al peligro que generan sus conductas puedan ser calificadas, bajo la denominación teórica aquí presentada, como “enemigos de la sociedad”. Lo mismo sucede si se piensa evaluar las políticas públicas implementadas para el ejercicio de la guerra y las políticas públicas de la paz en Colombia, sobre todo porque ambas representan paradójicamente los dos lados de una misma finalidad. Por ello, cuando aquí se afirma que las políticas del gobierno URIBE se ajustan a las directrices propias de un Estado de Derecho, ello no quiere decir que estas políticas están exentas de observaciones y críticas que puedan conducir a realizar los ajustes necesarios, como sucede con toda política pública, sobre todo, en las que están en juego las garantías y Derechos de los colombianos, pero también la aplicación técnica, eficiente y racional, si esto es posible, del ejercicio de la guerra, la coacción y la pena. El sistema penal juega en este proceso un papel fundamental, no sólo la misma ley, también la filosofía del Derecho, en este caso penal y la sociología jurídico penal, en donde a mi juicio se encuentran las más vigorosas herramientas para replantear algunos principios clásicos de la teoría política, del ejercicio del poder y de la filosofía del Derecho ilustrado, vistos desde la aplicación legítima tanto de la violencia física como de la prevención y sanción de la misma³.

-
- 2 Resultan pertinentes las aclaraciones conceptuales y teóricas realizadas por JESÚS MARÍA SILVA. “Los indeseados como enemigos”, *RECPC*, 2007, pp. 1-18. Allí el autor dice que el concepto de enemigo ni a nivel conceptual, a pesar de la impresión que causa, como un exceso verbal, ni a nivel de la teoría de JAKOBS, o de su posible descripción asociado a una normatividad o política pública, puede desconocer el concepto de persona y los principios que la sostienen en un Estado de Derecho, lo que concuerda con las conclusiones de esta investigación sobre la política criminal y la política de seguridad en Colombia. “Las supuestas ‘no-personas’ en las que se ha centrado la discusión en los últimos años, y en particular las ‘no-personas-enemigos’, son tratadas, en términos generales, como personas. Al menos, en dos sentidos: en el sentido de que no se les excluye de modo absoluto –ni mucho menos– de las garantías del Estado de Derecho; y en el sentido de que les alcanza de modo pleno, pese a su supuesto carácter de no personas, la protección que el Derecho dispensa a las personas”.
 - 3 Sobre la discusión filosófica ver CARLOS PÉREZ DEL VALLE, *Estudios de filosofía política y del Derecho penal*, U. Externado, 2004. Este estudio contiene los fundamentos filosóficos del Derecho penal del enemigo en ROSSEAU y HOBBS, ambas fórmulas contractuales coinciden en un tratamiento especialmente severo a quienes optan por una conducta cotidiana al margen del Derecho. HOBBS presenta la fórmula de un tratamiento del enemigo dentro de los términos del Estado de Derecho en el que primero se aplica la guerra y las medidas de seguridad y, luego, el enemigo es tratado como persona en los términos del

Muchos análisis de la justicia penal, coinciden en afirmar que en Colombia la aplicación del Derecho penal y la política criminal del enemigo es una constante histórica que contiene la funcionalización del Derecho penal para el desarrollo de la guerra⁴, justifica la aplicación de los estados de excepción, la doctrina del enemigo interior, la arbitrariedad, la ilegitimidad de la justicia penal y la crisis permanente de la justicia colombiana. Estos análisis presentan el concepto de la política criminal del enemigo al margen del Derecho y en su lado negativo, es decir, como un conjunto de decisiones para la lucha contra organizaciones armadas y para la prevención y persecución del delito en donde predominan las necesidades y las razones de conveniencia política en la toma de decisiones en materia criminal, lo que repercute negativamente en los Derechos y garantías de los ciudadanos, como también la eficacia y eficiencia del sistema penal. En suma, esta perspectiva presenta la política criminal colombiana y la política criminal del enemigo desde sus efectos negativos como: la improvisación, la ineficacia, la expansión de la coacción y represión política, la reducción de los Derechos y garantías, entre otros⁵.

Derecho vigente. ROSSEAU no presenta tampoco una fórmula al margen de los principios del Estado de Derecho para imponer las penas más severas al enemigo –muerte y destierro–, sino de acuerdo a la proporcionalidad y la retribución de la pena conforme a la gravedad de la conducta del enemigo; GÜNTHER JAKOBS, Sociedad, norma y persona, U. Externado, 1996, p. 62; GÜNTHER JAKOBS, La Pena Estatal: Significado y Finalidad, Civitas, 2006, pp. 83-182. En este texto se encuentran las fuentes sociológicas y filosóficas del Derecho penal del enemigo; CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ, Teoría de Sistemas y Derecho Penal: Culpabilidad y Pena en una Teoría Constructivista del Derecho Penal, en: Teoría de Sistemas y Derecho Penal, Comares, Granada, 2005, p. 420, desde donde se puede ver la conexión entre algunos de los principios del Derecho penal del enemigo con la teoría general de la pena propuesta por JAKOBS: “La función latente va dirigida a quien de por sí carece de disposición jurídica (*homo phaenomenon*), es decir, no es persona, puesto que la habituación a la fidelidad jurídica o la intimidación no son reacciones frente a personas, ya que estas se definen como participantes en la comunicación jurídica”.

- 4 Ver ALESSANDRO BARATTA, Política Criminal. Entre la Política de Seguridad y la Política Social en Países con Grandes conflictos Sociales y Políticos, en: Memorias Foro de Política Criminal, U. Javeriana, 1998, pp. 26-78. Se infiere de este estudio que los coletazos de la Guerra Fría, el conflicto social y la inadecuada respuesta institucional a los conflictos sociales produjo una aplicación más o menos estándar de la doctrina de la seguridad nacional en toda Latinoamérica. En este mismo libro, ALEJANDRO APONTE, “El eficientismo penal: Hacia una fundamentación teórica para su comprensión en el caso Colombiano”, pp. 153-196, describe las deficiencias de la política criminal en Colombia en décadas pasadas, y la existencia en Colombia de un orden jurídico penal que actúa como sucedáneo del ejercicio militar, en el sentido represivo, es decir, que si no se utiliza las armas, se utilizan los procesos penales militares a civiles. Aquí presentamos otra hipótesis: el uso y el abuso del Derecho penal simbólico, que incluye la legislación de excepción con sus consecuencias, es parte de la inadecuada implementación de las políticas públicas de seguridad. O sea, la estrategia de guerra no fue adecuada realmente para un ejercicio real de la guerra, menos desde el punto de vista de una ofensiva integral: social, militar, política, jurídica.
- 5 Ver, IVÁN OROZCO ABAD, Política y Justicia en la Coyuntura Actual Colombiana, en: Justicia y Sistema Político, U. Nacional y Fescol, 1997, pp. 31-66; IVÁN OROZCO ABAD, Los Peligros del Nuevo Constitucionalismo en Materia penal, Temis y U. Nacional, 1999, pp. 136 y ss. Afirma que las decisiones en materia criminal después de 1991 no cambiaron mucho, pese al control constitucional; por ello, acude al concepto de Derecho constitucional del enemigo.

Lo anterior, coincide con la teoría que describe la expansión del Derecho penal en la sociedad moderna; se trata a grandes rasgos de una ampliación cualitativa y cuantitativa de las sanciones penales, o sea, es un endurecimiento de las penas y una ampliación de las conductas que eventualmente tienen sanciones penales⁶. Para algunos, esta dinámica del sistema penal es consecuente con la evolución misma de las relaciones sociales y con la incontenible reproducción de las relaciones sociales en la sociedad moderna, caracterizada como sociedad del riesgo global⁷; en cambio, para otros, esta ampliación de la intervención penal resulta una intervención abusiva y arbitraria del Derecho penal en terrenos ajenos a la intervención tradicional de este sistema⁸.

En el seno de este fenómeno expansivo y a raíz del endurecimiento de la lucha contra algunos de los modernos fenómenos criminales considerados como especialmente graves y lesivos como el terrorismo, el narcotráfico, los delitos económicos, el abuso sexual a menores, además de las crecientes demandas de seguridad, se viene formando el Derecho penal del enemigo. Es principalmente el filósofo del Derecho y penalista GUNTHER JAKOBS, quien viene considerando que al interior del Derecho penal debe diferenciarse dos tipos de Derecho: un Derecho penal para el ciudadano y un Derecho penal para el enemigo.

Un análisis de la moderna versión del Derecho penal de enemigo representada por la teoría de JAKOBS permite inferir que en realidad la separación del Derecho penal, en uno para el ciudadano y en otro para el enemigo, no polariza los sistemas de manera radical en dos extremos totalmente opuestos, por ejemplo, a la manera retributiva y represiva o garantista y pacifista, como lo presuponen algunos de sus críticos. Al contrario, es posible ver en esta teoría un afán por conciliar los dos presupuestos y la contradicción básica e ineludible del sistema penal en un Estado de Derecho en la moderna sociedad compleja: por un lado, la eficacia y eficiencia del sistema penal, sobre todo en la lucha contra fenómenos criminales especialmente organizados y lesivos y, por otro lado, el respeto de las garantías y Derechos de los ciudadanos⁹. Igualmente, esta teoría pone en

6 JESÚS MARÍA SILVA, *la Expansión del Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 25 y ss; JUAN PABLO MONTIEL, *Peripeccias Político Criminales de la Expansión del Derecho Penal*, *Revista de Derecho Penal Contemporáneo*, n.º 17, Legis, Bogotá, 2006, pp. 115-170.

7 CLAUS ROXIN, *Problemas Actuales de la Política Criminal*, 2000, p. 99. [<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/59/pr/pr22.pdf>], propone en la tercera tesis que: “la prevención es más efectiva que la pena”, y, en su cuarta tesis que: “el sistema de reacción penal se debe ampliar y, sobre todo, tiene que ser complementado con sanciones penales de carácter constructivo”; de igual manera GUNTHER JAKOBS, *El Derecho penal ante las exigencias del presente*, U. Externado, pp. 5 y ss. Una de las principales referencias sociológicas en NIKLAS LUHMANN, *Sociología del riesgo*, U. Iberoamericana y U. de Guadalajara, 1992, sobre la relación riesgo/seguridad y riesgo/peligro.

8 JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Política Criminal y Estado*, *Revista Ciencias Penales*, Puerto Rico, 1996, año 9, n.º 12, p. 4: “En general, en mayor o menor medida, las posiciones preventivo generales positivas, hoy dominantes, tienden a tener esta radicalidad, en la medida que su objetivo es la integración de las personas al sistema y para ello construyen un deber de integración y ello implica adelantar y aumentar la punibilidad”.

9 ROBERTO BERGALLI, “‘La Eficiencia’ del Sistema Penal. Identificación Ideológica e Instrumentalización Política”, *Nuevo Derecho Penal*, San José, 1998, p. 467. “Uno de los grandes problemas que tiene por

consideración varios puntos esenciales sobre el desarrollo de la guerra y el tratamiento político del delito en la sociedad moderna.

Esto permite, por un lado, describir el moderno Derecho penal del enemigo como un Derecho ajustado a Derecho y, más exactamente, al Estado de Derecho y, en consecuencia, no únicamente basado en el ejercicio de la represión y la guerra de uso tradicionalmente político; es más, gran parte de la política criminal del enemigo, en el Estado de Derecho, se desarrolla dentro de la negociación jurídica y política. Por ejemplo, la aplicación de la pena alternativa en el caso de la Ley de Justicia y Paz o, la aplicación de los medios de terminación anticipada en el proceso penal de tendencia acusatoria, como lo afirma el proyecto “Ley de Penas” para la aplicación del principio de oportunidad para los pequeños narcotraficantes. Por otro lado, esta perspectiva permite superar la descripción del Derecho penal del enemigo de sus elementos y efectos negativos asignados tradicionalmente por sus críticos, como de su aparente similitud con el Derecho penal y la política criminal practicada en Colombia en las décadas pasadas, principalmente basadas en una recurrente excepcionalidad y discrecionalidad que produjeron la ineficacia del sistema como la generalizada restricción de los Derechos y garantías de los colombianos¹⁰.

1. LA POLÍTICA CRIMINAL DEL ENEMIGO EN UN ESTADO DE DERECHO¹¹

Al abordar el Derecho penal de enemigo en una sociedad configurada normativamente como Estado de Derecho, resultan problemáticos dos de sus conceptos fundamentales:

resolver en la actualidad la forma-Estado social y democrática de Derecho, prevista en la mayoría de las constituciones de los países occidentales que bien han ya superado la fase industrial o se encuentran inmersos en su desarrollo, es la de lograr un sistema de control e intervención punitiva que responda tanto a los criterios de respeto a los Derechos y garantías fundamentales, como a aquellos que permitan reconocer su eficiencia”.

- 10 En Colombia, críticos de esta teoría ALEJANDRO APONTE, *Derecho Penal del enemigo o Derecho Penal del Ciudadano*, Temis, 2005; ALEJANDRO APONTE, *El Eficientismo Penal* cit., pp. 172 y ss. IVÁN OROZCO ABAD, *Política y Justicia en la Coyuntura Actual Colombiana*, cit., p. 32. El autor describe la relación entre guerra y justicia en un doble movimiento: la criminalización de lo político y la politización de lo criminal.
- 11 Aquí acogemos el concepto de Estado de Derecho propuesto por GUNTHER JAKOBS, *¿Terroristas Como Personas en Derecho?*, en: JAKOBS y CANCIO, *Derecho Penal del Enemigo*, Civitas, 2006, 2.ª ed. pp. 57-83. Esto es, no se trata de un concepto ideal alejado de la compleja, contingente y dinámica realidad, de un modelo de Estado perfecto que “todo lo puede”, de un Estado legítimo en sí mismo. Se trata de un Estado de Derecho “óptimo” en el que se admiten excepciones; de hecho, gran parte de ellas ya hacen parte de la normatividad penal y se proyectan como posibilidades frente a las exigencias de seguridad en la realidad social. En este punto creemos que JAKOBS se acerca más a una excepcionalidad militar y policiva en el ejercicio de la coacción orientada por el Derecho y la racionalidad frente a riesgos concretos, eminentes o ante estados de necesidad, que a la excepcionalidad simbólica y la represión generalizada y al margen del Derecho que conocimos en Colombia en las décadas pasadas. Interpretando a JAKOBS: en este Estado de Derecho están abiertas las posibilidades para llenar las altas exigencias de la sociedad actual tanto en materia de seguridad, como de constante ajuste, dentro de la complejidad social, a los Derechos y garantías de los ciudadanos.

la guerra y el enemigo, que son los pilares de esta teoría. Por ello abundan las críticas a esta teoría y a su configuración normativa en sociedades en donde se ha consolidado desde hace algunas décadas la democracia y que, según algunos, la industrialización permite denominarlas como modernas, pacificadas y con valores compartidos. Ahora bien, el asunto resulta todavía más controvertido y difícil de abordar en Colombia, en donde, según otros autores, ni se comparten los valores sociales elementales, ni el sentido social básico político de la vida social y de la democracia, como tampoco que algunos asientan en que su conducta y su individualidad debe estar sometida a Derechos y a deberes para vivir en sociedad¹².

En lo que tiene que ver con la guerra, JAKOBS afirma que en una sociedad configurada normativamente como Estado de Derecho toda conducta violenta y además lesiva que niega o contradice las normas es valorada como delito, crimen, lesión de las expectativas, violencia injustificada, etc. Por esto, aquellas personas que deciden de manera cotidiana abandonar el Derecho, sobre todo del lado de los deberes, y asumen una conducta, por ejemplo, basada en la permanente negación de los Derechos de los otros, mediante el ejercicio de la violencia, pueden ser tratadas con algunos de los instrumentos políticos y jurídicos propuestos por la teoría del Derecho penal del enemigo de JAKOBS. Sin embargo, la guerra en el Estado de Derecho ya no se libra a cualquier precio, o solamente mediante el uso de medidas militares y policiales, sino que se trata, sobre todo, de una legislación penal y procesal penal que autoriza, concreta y modera el ejercicio de la guerra encaminada a eliminar, prevenir y sancionar los peligros que generan estas personas¹³. Dichas medidas, autorizan la eliminación, la inocuización y la interrupción de esta conducta cotidiana al margen del Derecho, es decir, la guerra moderna sobre

12 Ver una amplia referencia sobre el colombiano como persona o no persona en: ALEJANDRO APONTE, (2005), pp. 69 y ss; ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN, *El Funcionalismo en la Sociología actual*, en: *El Funcionalismo en Derecho Penal*, t. I. U. Externado, 2003, pp. 117-131, quien se inclina por razones bioantropológicas y culturales para dudar de la calidad del colombiano como persona y de la comunicación en la sociedad colombiana; desde la perspectiva sociojurídica ver NIKLAS LUHMANN, *el Derecho de la Sociedad*, U. Iberoamericana, 2002, pp. 657 y 658, Quien considera que la consolidación de un sistema jurídico universal de los Derechos humanos debe tener como contrapartida un sistema universal de deberes y responsabilidades. Es decir, se trata de la inclusión de todos, incluso los colombianos, como personas en una sociedad universal; JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES, “‘La paz perpetua’ a través del Derecho penal internacional: un Derecho penal global para enemigos”, U. Externado, 2007, pp. 1-26, en prensa, quien considera que efectivamente debe haber mínimos de convivencia universal que actualmente se están afirmando con la efectiva materialización del ideal universal del respeto humano mediante el Derecho penal internacional, lo que concuerda con el ideal kantiano sobre un unánime y progresivo abandono del estado de naturaleza y de guerra en cada uno de los estados, para luego dar paso a una fraternidad entre Estados más o menos razonables. Sin embargo, surgen interrogantes y problemas que están asociados a la realidad colombiana: ¿cómo la cultura misma expresada en la realidad social cotidiana puede ser contraria a una costumbre universal del respeto de los otros en los términos básicos, por ejemplo, de no quitarle la vida al otro?; lo mismo sucede con la afirmación de la legitimidad de este Derecho frente a individualidades cuya conciencia no estaría en sintonía con este Derecho del respeto universal.

13 FERNANDO LONDOÑO HOYOS, *La Palabra Justa*, *El Tiempo*, 19 de julio de 2007, refiriéndose al rescate militar de los secuestrados por las FARC y al peligro que corre la vida del secuestrado, en este caso la

todo puede desplegarse en el plano preventivo de investigación y combate cotidiano de estas organizaciones y personas. Todo lo anterior replantea el concepto clásico de guerra al plantearla como un ejercicio permanente y cotidiano de carácter defensivo pero con la utilización de medidas ofensivas y de vigilancia y control¹⁴.

Por otro lado, el concepto de enemigo está directamente relacionado con el concepto de persona, pero también con el concepto de realidad social. El enemigo se caracteriza por abandonar parcialmente el Estado de Derecho, o sea, abandonar el lado de los deberes, por lo que, según JAKOBS, su conducta cotidiana al margen del Derecho, es decir, como conducta contraria a Derecho y, además lesiva o potencialmente lesiva de los Derechos de los otros ciudadanos, es una autoexclusión de su condición de persona que obra según el trato respetuoso de los deberes básicos con las otras personas¹⁵. El enemigo no ofrece expectativa alguna de conducta y profundiza el problema del desarrollo de la conducta en la realidad social, ya que el Derecho solamente puede partir de expectativas de conducta, no de la certidumbre de la conducta de los ciudadanos conforme a Derecho. A su vez, el enemigo hace que el Derecho se distancie más de la realidad social, en la medida en que además de plantearle un reto al sistema, porque no orienta su conducta conforme a Derecho, también le plantea otro problema en la realidad social, en la medida en que adecua su conducta para negar el Derecho. El enemigo no es alguien con una constante mala actitud hacia las instituciones y las normas, es una persona u organización que potencializa la capacidad de conducta contraria a Derecho. Por ejemplo, en el caso del uso de armas de destrucción masiva y expansiva, puede ejercer poder de destrucción basado en la ciencia y la tecnología que iguala el

muerte de DIEGO MEJÍA durante su rescate: “El rescate armado de los cautivos es un Derecho de la sociedad y un deber de los hombres en armas. Si el secuestrador muere, el rescate no ha fallado”.

- 14 BERGALLI y RIVERA (coords), *Política Criminal de la Guerra*, Anthropos, Barcelona, 2005. A pesar de los aportes fundamentales de este texto, queda la sensación de que el punto de partida, en el análisis de la guerra, sigue siendo que ésta es librada sobre todo en terrenos políticos y militares entre “Estados”, naciones, culturas, identidades, etc. Y que persiste la instrumentalización o el desconocimiento total del Derecho a nivel político; JAKOBS considera que una vez consolidada la sociedad como Estado de Derecho es necesario defender este logro evolutivo social democrático y constitucional, con los medios que sean necesarios. De entre ellos: la guerra dentro de los medios autorizados por el Estado de Derecho que incluye algunas medidas excepcionales. Ver JAKOBS y CANCIO, *Derecho Penal del Enemigo*, p. 17; críticamente, LUIS GRACIA MARTÍN, *Consideraciones Críticas Sobre el Actualmente Denominado Derecho Penal de Enemigo*, RECPC, n.º 7- 02, enero de 2005, pp. 1- 43; MARÍA FERNANDA GUERRERO, *La Ciberdelincuencia*, Colección de Pensamiento Jurídico n.º 15 Procuraduría General de la Nación, 2004. La autora observa que principalmente el sesgo preventivo coactivo que caracteriza a la política criminal moderna y con ello a los sistemas de control diseñados a escala internacional para enfrentar los nuevos fenómenos criminales, tiene efectos sobre la evolución de las libertades fundamentales y sobre las nuevas responsabilidades y deberes especiales en ámbitos como el uso de la tecnología, de la ciencia y la comunicación.
- 15 Esto, posiblemente resulta válido para las FARC, quienes son indiferentes tanto a la valoración jurídica como política (estratégica) de sus conductas, como al orden social en general. En palabras de GUNTHER JAKOBS (2006), p. 80, refiriéndose a la autoexclusión: “el orden ofrece una posibilidad de integración de la que una persona potencial no hace uso sin mostrar una alternativa preferible”.

poder de ejércitos, ameritando un tratamiento también de corte político represivo y preventivo (presentes futuros)¹⁶.

Es desde el gobierno URIBE que se puede describir más claramente la implementación de una política criminal del enemigo, o sea, una que construye una política criminal diferenciada, con los límites teóricos y prácticos, en dos: una política criminal del ciudadano y otra política criminal para el enemigo; en donde, además del ejercicio de la guerra y la prevención de las conductas de las organizaciones armadas, hay amplias fórmulas de reinserción social de quienes se encontraban en posición de enemistad con la sociedad y un tratamiento como personas a los paramilitares y a los guerrilleros, en los términos del debido proceso ordinario y especial. El sistema penal acusatorio y la Ley de Justicia y Paz son los instrumentos en los cuales se cristaliza la evolución del Derecho, del Derecho penal y de la política criminal; ambos marcos jurídicos desarrollan la política criminal vigente y, desde una perspectiva más concreta, la política criminal del enemigo y del ciudadano practicada en Colombia. Igualmente, la Política de Seguridad Democrática se mantiene y se consolida como la estrategia de lucha militar para desintegrar la infraestructura y la capacidad de lucha y financiación de las organizaciones armadas y delincuenciales. Es decir, una vez desmovilizado o puesto fuera de combate, al enemigo se le da el tratamiento como persona dentro de los Derechos y responsabilidades de las personas; ello ha sido implementado normativamente dentro de las limitaciones y posibilidades que abarcan los principios del Estado de Derecho¹⁷.

16 Ver, GRACIA MARTÍN (2005) pp. 6 y 7. El autor afirma que la conducta al margen del Derecho de los miembros de organizaciones basada en la habitualidad y la profesionalidad supone que estos abandonan, además de los deberes jurídicos, los principios políticos y socioeconómicos de la sociedad. No compartimos esta afirmación, de hecho estos medios son utilizados para fundamentar su actuar, en muchos casos tampoco hay queja alguna sobre el trato jurídico a quienes vulneran de forma especialmente grave los Derechos humanos de otros ciudadanos, puesto que el Estado de Derecho suele dar un tratamiento político jurídico especialmente benigno a estos infractores. GUNTHER JAKOBS (2006), p. 76, acertadamente, considera que al terrorista y al enemigo en general hay que privarlo de un amplio margen de libertad, del cual abusa, mediante la custodia de seguridad. Sin embargo, esto no resulta suficiente, por lo que además hay que privarlo del uso de otros medios de comunicación que utiliza como parte de una organización criminal activa. En la Ley de Justicia y Paz la determinación de las responsabilidades penales de los paramilitares, lejos de buscar simplemente la pacificación de la sociedad colombiana por vía de la desmovilización y la imposición de una pena alternativa, es el comienzo de la consecución de finalidades sociales más profundas para dar un tratamiento integral al conflicto paramilitar y garantizar que las conductas delictivas y que atentan contra los Derechos humanos no se vuelvan a repetir. Por esto, la construcción de la verdad, la justicia y la reparación, si se tramita dentro de los términos del Estado de Derecho, debe contribuir al desmonte del poder político y económico de los paramilitares. En suma, debe quitárseles el poder político de influencia y económico o el uso de los medios de comunicación respectivos, mediante la aplicación de las medidas encaminadas a la consecución de la verdad, la justicia y la reparación.

17 La racionalización de la ley penal, de los medios de guerra y de la represión obedece a la evolución del sistema del Derecho y del sistema político, los cuales no admiten el uso recurrente de formas de lucha contra las causas y consecuencias del ejercicio de la violencia y el delito, al margen del Derecho. Lo que quiere decir que en las tensiones que enmarcan las decisiones en materia criminal se advierte un esclare-

La política criminal del enemigo que se desarrolla en la guerra o en la política de seguridad democrática no obedece únicamente a decisiones del gobierno vigente, tampoco está reservada a suplir el déficit institucional y el tratamiento de los conflictos y los problemas sociales internos. Ya hemos enunciado problemas que tocan las categorías básicas de la sociedad, del Derecho y de la política que hacen que en muchos aspectos en la sociedad-mundo los problemas sociales y su tratamiento se hagan desde la universalización de los códigos y de los programas concretos que los materializan. Por ejemplo, en Colombia, como aliada de Estados Unidos en la lucha contra el narcotráfico y el terrorismo, sobre todo después del 11 de septiembre de 2002, se temía la implementación de una política criminal del enemigo como la practicada por Estados Unidos contra el terrorismo, caracterizada por realizarse al margen del Derecho y de toda garantía propia del Estado de Derecho¹⁸.

Debido a lo anterior, en Colombia, además de la lucha frontal declarada por el presidente URIBE contra todas las formas y grupos de delincuencia organizada, la presión internacional que exige que se respeten y se hagan respetar los Derechos humanos, que exige en materia de eficacia y en materia de colaboración y lucha contra la gran criminalidad, hacían temer una expansión inevitable de la guerra y la consecuente implementación de un Derecho penal de guerra que traería la crisis general en materia de Derechos humanos y garantías individuales. Sin embargo, en Colombia, mediante algunos mecanismos, por ejemplo, el control constitucional, propio del Estado de Derecho, se ha evitado una lucha indiscriminada contra la delincuencia organizada que se extienda colateralmente a la población en general. Antecedentes de esta evolución son sentencias trascendentales -como la C 939/01, sobre la definición de los bienes jurídicos protegidos por el Estado, la SU-1184/01, sobre la responsabilidad de los militares en la no vulneración y en la efectiva protección de los Derechos humanos de los colombianos y la C 816 /04, que declaró inexecutable el Estatuto Antiterrorista-, que ratifican la evolución de nuestro sistema jurídico, de nuestro Estado de Derecho y

cimiento y diferenciación de las decisiones políticas y jurídicas: 1. Se advierte como innecesario el uso recurrente y caprichoso del Estado de excepción; 2. Se ha consolidado y hecho permanente el control constitucional y de garantías en cada decisión que se tome en el proceso político y legislativo, como en el debido proceso; 3. Se advierte una evolución política en la toma de decisiones y en la construcción de políticas públicas en materia de diseño, implementación y evaluación de la política criminal pública en Colombia; 4. La política criminal y las normas penales deben ajustarse a las normas internacionales de los Derechos humanos y del Derecho internacional humanitario.

18 FAZIO, RESTREPO ROJAS, El nuevo Orden Mundial a partir del 11 de Septiembre, *Análisis Político* n.º 44, U. Nacional, pp. 1-11; BERNARDO PÉREZ SALAZAR, Guerra y Terrorismo en Colombia, en *Sociología Jurídica. Análisis del Control y Conflicto Sociales*, U. Externado, 2003, p. 168. Refiriéndose a los Talibanes: “en su condición de ‘enemigos combatientes’ los reos no tienen acceso a cortes civiles norteamericanas ni a las respectivas garantías procesales. Tampoco tienen acceso a los tribunales militares norteamericanos, que al menos ofrecerían las garantías reconocidas internacionalmente a prisioneros de guerra. Las “comisiones militares” creadas especialmente para enjuiciar a los ‘enemigos combatientes’ son mecanismos administrativos –completamente independientes de la rama judicial estadounidense–”. En el mismo sentido ver CHRISTINE HARRINGTON, Antiterrorismo a Anticonstitucionalismo, *El creciente Ascenso del Autoritarismo en Estados Unidos, en Política Criminal de la Guerra*, cit. pp. 55-68.

de nuestro sistema penal. Lo que quiere decir que la política criminal, aun la del enemigo, está sometida a nuestro ordenamiento jurídico y a los principios de un Estado constitucional¹⁹.

En síntesis, en el Estado de Derecho no se anula la tensión en la relación entre el respeto de los Derechos humanos y las garantías individuales, de una parte y la eficacia y eficiencia de las políticas de la guerra, de la paz y de la criminalidad, de otra. Sobre todo, cuando se implementa una ofensiva de guerra y se reprime las conductas violentas, pero si a la vez se ordena y esclarece la toma de decisiones en materia criminal mediante procedimientos y controles políticos y jurídicos que hacen que los hacedores de la guerra o las partes en la guerra tengan responsabilidades y deberes en los términos del Estado de Derecho.

2. LA POLÍTICA DE SEGURIDAD DEMOCRÁTICA Y LA GUERRA CONTRA EL ENEMIGO

Para asociar los elementos teóricos normativos y de política criminal del enemigo propuestos por JAKOBS, con las actuales políticas del presidente URIBE, es necesario partir de la clara confrontación y guerra a las organizaciones armadas y delincuenciales al margen de la ley, es decir, contra quienes se han convertido en una constante amenaza para los colombianos, con su permanente actuar delictivo. La política de seguridad tiene una diferencia con algunos gobiernos anteriores, en el sentido de que el gobierno implementa una política y una estrategia de guerra hasta lograr la paz, la rendición, la desarticulación o la muerte de los miembros de estas organizaciones armadas. Esto es, la orientación de la política criminal del presidente URIBE parte de una continua y progresiva consolidación de una estrategia ofensiva sin precedentes, en la que se conjuga

19 Ver MAURICIO GARCÍA VILLEGAS y RODRIGO UPRIMNY, El Control Judicial de los Estados de Excepción en Colombia, de Justicia, 2006. pp. 1-28, quienes presentan una situación de evolución del control constitucional de los Estados de excepción, pero no de los conflictos sociales y de la sociedad colombiana. Al inicio del Gobierno URIBE se presentan varios intentos por retornar a la política de seguridad y criminal practicada en Colombia en el pasado, lo cual dejó dudas y escepticismo sobre la orientación jurídica y política de este gobierno y, sobre todo, sobre la armonización entre seguridad y libertades fundamentales. Ver RAFAEL PRIETO SAN JUAN, Seguridad Democrática y Libertades Fundamentales: ¿Un CLARO OSCURO con Más Sombras que Luces? IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, U. Externado, 2003, pp. 351-376. Sentencia C-818/04, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL: "En consecuencia, el Congreso de la República excedió su poder de reforma, ya que lo que se configura a través del acto legislativo acusado es una sustitución de la Constitución, pues por su intermedio se está afectando el núcleo esencial de las garantías fundamentales y se trasladan competencias propias de la rama judicial del poder público a las fuerzas militares que hacen parte de la rama ejecutiva, asuntos que se encuentran protegidos por la Constitución y por las normas de Derecho internacional de los Derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad stricto sensu"; FRANCISCO LEAL BUITRAGO, La Seguridad Durante el Primer Año de gobierno de URIBE VÉLEZ, *Análisis político* n.º 50, U. Nacional, IEPRI, pp. 40-54, en donde muestra por qué fue declarada inconstitucional la Ley de seguridad 684 de 2001, en la sentencia C251/02, la cual era la base jurídica de la ofensiva de la seguridad democrática.

lo estratégico militar, la salida jurídica y negociada y la colaboración internacional en la lucha y disuasión de las organizaciones armadas violentas, por lo menos en Europa (2002) y en Estados Unidos (1997), donde los paramilitares y las FARC fueron declarados como grupos terroristas, y se espera que, además de la presión y denominación como organizaciones criminales, se obtenga una colaboración más activa para luchar en el terreno militar, político y jurídico, como también en materia de ayuda social y comercial, para luchar integralmente contra estas organizaciones.

La política de defensa tiene 5 ejes y objetivos que se mantienen y se refuerzan continuamente desde la vigencia del gobierno URIBE: 1. La consolidación del control del territorio, mediante el incremento de la fuerza pública: así, entre 1999 y octubre de 2006 el número de efectivos aumentó en 51,5% a lo que se suma el cierre de los corredores estratégicos a las organizaciones armadas; 2. La protección de la población con la reducción de delitos que afectan directamente a la población civil, el terrorismo y los delitos contra los bienes y Derechos de los colombianos; 3. La eliminación del narcotráfico; 4. La mantención de la capacidad disuasiva del gobierno y, 5. La rendición constante y transparente de cuentas²⁰.

Según el último informe del Ministerio de Defensa: 1. Se ha mantenido la creación de batallones de montaña, brigadas especiales antiterroristas urbanas y brigadas móviles,

20 Dentro de los análisis que resaltan las bases, las virtudes y las falencias y problemas de la política de seguridad, ver ARMANDO BORRERO MANSILLA, Defensa y Seguridad Nacional: Elementos para una Política Democrática, *Análisis Político*, n.º 42, U. Nacional, 2001, pp. 26-42, donde se exponen las bases de una política de seguridad y criminal con base en los principios del complejo y moderno Estado de Derecho; FRANCISCO LEAL, La Política de Seguridad Democrática, 2002-2005, *Análisis Político* n.º 57, U. Nacional, IEPRI, pp. 3-30; ECHANDÍA y BECHARA, Conducta de la Guerrilla Durante el Gobierno Uribe Vélez: De la Lógica de Control territorial a las Lógicas de Control estratégico, en: *Análisis Político* n.º 57, U. Nacional, IEPRI, pp. 31-54; Guerra con 38 de fiebre, *Semana*, 26 de octubre de 2006; El talón de AQUILES de la Seguridad democrática, *Semana*, julio de 2006; Por qué está fallando la estrategia de Seguridad Democrática en el valle, *Semana*, abril 10 de 2007; Putumayo del Protagonismo del Plan Colombia al Olvido del plan Patriota, [www.seguridadydemocracia.org]. Estos estudios presentan los errores y los problemas de la evolución de la política de seguridad del presidente URIBE y de la ofensiva militar: 1. En el campo político, hay ausencia de una estrategia diplomática para minar el desplazamiento de la guerrilla a otros países y a las zonas de frontera, lo mismo sucede en el ámbito interno con la ausencia de políticas audaces para ejercer presión sobre la guerrilla para que adopte una política de negociación, por ejemplo, en lo que tiene que ver con el intercambio humanitario, lo cual está asociado a una mayor información en la opinión pública sobre la realidad del conflicto y el uso estratégico de los medios de opinión y de análisis; 2. En el campo estratégico militar, la efectiva consolidación de las zonas estratégicas, de fronteras, las zonas tradicionalmente abandonadas por el Estado, por ejemplo, en el caso del Valle y Cali, los problemas de seguridad asociados con el negocio de las drogas, una mayor coordinación del ejército y la inteligencia militar, las falencias en lo que tiene que ver con la erradicación de los cultivos, la producción y el tráfico de drogas, los problemas de financiación y aumento de la financiación para la consolidación y el mantenimiento de la seguridad; 3. En el campo jurídico, la consolidación de la justicia en las zonas recuperadas y el ejercicio de la justicia con quienes se someten o son señalados como promotores y como apoyo político y financiero de estos grupos, la adecuada legislación que acompañe la seguridad democrática y las decisiones políticas que se ajusten al Estado de Derecho y no como razones de Estado.

y se ha incrementado la fuerza pública –policía y ejército–: en 2006 se contaba con 407.587 hombres; 2. Se ha disminuido contundentemente los delitos contra la vida, la propiedad, la libertad, y se ha prevenido y bloqueado las acciones terroristas contra la población, mediante la baja y captura de terroristas, y las acciones terroristas contra el sector energético y de combustibles; 3. Se disminuyeron los cultivos de coca y se incrementó la incautación de lo producido; 4. La estrategia disuasiva se manifiesta en el uso de la extradición, la compra de armamento, el aumento de escuadrones especiales y el pago de recompensas por delación y colaboración; 5. Se ha consolidado la rendición permanente de cuentas en materia de gasto presupuestal, el cual, se ha incrementado constantemente²¹.

De lo anterior se resume que en la actualidad, el gobierno se encuentra en otra fase de consolidación de la política de seguridad democrática en la que continúa y se incrementa la ofensiva militar²². Como producto de lo anterior, se ha elevado el número de desmovilizados de los grupos paramilitares y guerrilleros, de entregas y de bajas a estos grupos y, sobre todo, se registra una constante disminución de los ingresos y de la financiación provenientes de la producción de narcóticos y el secuestro, lo que, en suma, representa resultados positivos en la desintegración continua y progresiva por la vía militar de estas organizaciones²³. Por otro lado, la estrategia militar de las FARC también ha variado, mediante acciones concretas, en el sentido de causarle bajas al ejército, ya no se basan en grandes operaciones o tomas de territorio y ataques a batallones que atentaban de manera indiscriminada contra la población.

21 Informe “Logros de la política de consolidación de la Seguridad Democrática”, Ministerio de Defensa, febrero de 2007, en [www.mindefensa.gov.co]

22 Ver *Coyuntura de Seguridad* n.º 13, Informe Especial, Fundación Seguridad y Democracia, “La Seguridad en los Tres Últimos Períodos Presidenciales 1994-2006”, pp. 76 y ss. En general, este informe presenta una relación entre la creciente ofensiva militar y la disminución del accionar de las organizaciones armadas contra la fuerza pública y la población (homicidio, secuestro extorsivo, sabotajes, retenes, entre otros). De igual manera, ver las cifras comparadas con el año anterior en materia de seguridad en el Observatorio de Derechos Humanos de la Vicepresidencia: *Coyuntura de Seguridad* n.º 16, Informe Especial, Fundación Seguridad y Democracia, enero-marzo de 2007. De este informe se pueden extraer varios puntos: 1. Que los resultados de la política de seguridad siguen siendo favorables pese a la complejización de la delincuencia que se deriva de la desmovilización de los paramilitares asociada con el narcotráfico y la reorganización de las bandas de criminalidad organizada que en su momento estaban asociadas con los paramilitares; 2. Que un estudio comparado de los índices de la delincuencia permite ver que aunque no se presentan las cifras contundentes de los años anteriores persiste y se mantiene una baja en las cifras de la criminalidad y del combate de las organizaciones armadas; 3. Que no existe una adecuada estrategia política, legislativa y administrativa, para dar un salto a otra fase de la consolidación de la seguridad.

23 La disminución de ingresos de las FARC se da en tres frentes: por narcotráfico sus ingresos se han reducido en un 28% respecto al año anterior, debido a la continua destrucción de laboratorios y cultivos; en el secuestro, en 2006 apenas se registró un ingreso del 7.6% de lo que recibía la guerrilla por este concepto, y mediante la extinción de dominio se han incautado 700 bienes y propiedades de las FARC y 644 de las autodefensas. Fuente: Noticias Ministerio de Defensa Nacional, 19 de febrero de 2007, [www.mindefensa.gov.co].

Por otro lado, si bien es claro, como lo afirma RAMELLI, que el discurso de los Derechos humanos, desde años atrás, viene siendo invocado por el gobierno y por los demás actores armados como un instrumento político para fortalecer su posición internacional y la legitimidad en el ejercicio de la guerra, se teme su instrumentalización y que, al contrario, este discurso sirva para fines como la declaración de conmoción interior que incluía el recorte de los Derechos y garantías de los colombianos²⁴. Por lo anterior, con la gradual consolidación de la política de seguridad democrática, las críticas sobre la eficacia de la guerra y la disuasión del enemigo se dan en el terreno de los Derechos humanos. Por ejemplo, en el sentido de que la guerra no evita sino incrementa, especialmente en las zonas más abandonadas o donde persisten los intereses económicos y estratégicos, el desplazamiento forzado, el cual, en el último año, ascendió a una cifra superior a las doscientos mil personas²⁵. Igualmente, que se debe respetar efectivamente los Derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación por parte de los paramilitares y guerrilleros desmovilizados, y que se debe sancionar a los militares y a los políticos involucrados con los paramilitares en la comisión y omisión de acciones que atentan contra los Derechos humanos de los colombianos.

Es claro que la guerra de la política criminal del enemigo no se puede librar a cualquier precio y que esta exigencia no es atendida en muchos casos de buena gana por parte del gobierno; a pesar de ello, el mismo viene entendiendo, por un lado, que la estrategia militar y la misma guerra se puede desarrollar sin la implementación de marcos represivos al margen del Derecho constitucional y el bloque de constitucionalidad vigente y, por otro lado, que la prevención y el respeto de los Derechos humanos de los colombianos son posibles dentro del ejercicio de la guerra, incluido el respeto de los Derechos humanos de los enemigos. Es decir, el Derecho internacional humanitario es complementario con la eficiencia de la política de seguridad; por ello, el gobierno viene implementado los mecanismos para la prevención y sanción de la violación de los Derechos humanos entre los colombianos y, sobre todo, al interior de las fuerzas armadas²⁶.

24 ALEJANDRO RAMELLI, *El D.I.H. como Discurso Político Durante el Desarrollo del Conflicto Armado*, en: *Sociología Jurídica*, U. Externado, 2003, p. 277: “La comisión de infracciones graves a las normas humanitarias, por parte de los grupos armados, justificaba que el Estado adoptase medidas para proteger a la población civil y fortalecer los organismos de investigación oficiales a fin de hacer frente a la impunidad en estos casos”.

25 [<http://www.mediosparalapaz.org/index.php?idcategoria=38>]. De este informe se infiere que el fenómeno del desplazamiento forzado continúa y es grave; se reporta que, “según los datos suministrados por el Sistema Único de Registro de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, entre 2002 y octubre de 2006, el número de personas nuevas registradas desplazadas se redujo en un 74%. En términos de esfuerzos presupuestales, durante el período 1999-2006 el Estado colombiano, sin contabilizar el aporte de las entidades territoriales, invirtió cerca de US.\$ 915 millones para el desarrollo de la política de atención integral a la población desplazada”. *Estrategia de Fortalecimiento de la Democracia y el Desarrollo Social*, (2007-2013), p. 21 en [<http://www.dnp.gov.co>].

26 Ver GUNTHER JAKOBS, *Crímenes del Estado. Ilegalidad en el Estado*, *Doxa*, 17-18, 1995, pp. 445-467, de donde se desprende una de las facetas más importantes del Derecho penal del enemigo, esto es, pensar

3. LA POLÍTICA CRIMINAL DEL ENEMIGO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

En la fase de investigación y en el marco de las acciones de los organismos de policía judicial y de las instituciones de inteligencia, el Derecho penal no libra una lucha contra la delincuencia especialmente lesiva y organizada, sin ningún control. Al contrario, toda actuación de la Fiscalía y de los organismos de inteligencia e investigación está sometida a control previo y/o posterior, lo cual resulta necesario para que la protección de los Derechos de quienes resultan envueltos en una investigación criminal y, también, de quienes se encuentran en fase de preparación, en ejecución y planeación de un acto criminal, resulte complementaria con la eficacia y eficiencia en la lucha contra la criminalidad²⁷. La eficacia y el esfuerzo del sistema en las tareas de anticipación y prevención, mediante la inteligencia y la investigación, están reforzados por normas que, en casos de delitos graves, como el terrorismo, se aplican así no se haya consumado el hecho, por haber sido conocido y neutralizado en los actos preparatorios y de ejecución.

Prevalecen dos posturas dogmáticas contrarias, que se reflejan, en reciente decisión de la Corte²⁸, en la valoración de las conductas que no alcanzan a producir daños

en cuando un Estado de Derecho comete conductas originariamente criminales (dolosas y culposas), o cuando coacción autorizada, extrema y necesaria. Ver *El Tiempo*, 22 de septiembre de 2007, sobre la reciente condena por homicidio culposo a los pilotos militares de las FAC por el error cometido durante el bombardeo a Santo Domingo. Sobre las medidas humanitarias que acompañan el ejercicio de la guerra: Documento Conpes 3411, del 6 de marzo de 2006, sobre Política de Lucha Contra la Impunidad en Casos de Violaciones a los Derechos Humanos. En materia de prevención a violaciones de DD.HH.: Estrategia de Fortalecimiento de la Democracia y el Desarrollo Social, (2007-2013), p. 22, en [<http://www.dnp.gov.co>]. Se avanzó en el desarrollo del Sistema de Alertas Tempranas (SAT) y en el Fortalecimiento del Comité Interinstitucional de Alertas Tempranas (CIAT). Igualmente, se ha avanzado en el diseño del proyecto de implementación de medidas de protección para las personas y comunidades con medidas cautelares y provisionales del Sistema Interamericano. Además, se logró que los 32 departamentos y 597 municipios (más del 50% del total) construyeran planes de acción en el tema. Paralelamente, se ha avanzado en la dotación de herramientas de autoprotección a las poblaciones vulnerables. La modernización de la fuerza pública, acompañada por un entrenamiento continuo en DIH., ha permitido una reducción de los abusos por parte de las FF.MM. y de la policía nacional; según la Defensoría, en 2005 el número de casos de violaciones a los Derechos humanos se redujo en un 19% con respecto a 2002.

27 EDUARDO LÓPEZ ROJAS, Instrumentos Legales de Investigación Para la Persecución del Crimen Organizado, *Revista Criminalidad* n.º 5, Policía Nacional, 2005, p. 246: "En materia de investigación, las tradicionales labores de inteligencia se han refundido con las labores de investigación, cuyos instrumentos se regulan de manera específica en el nuevo sistema penal oral. De esta manera, las limitadas labores previas de verificación contempladas en el art. 314 de la Ley 600 de 2000 (analizar información, hacer entrevistas y allegar documentación), hoy se encuentran ajustadas al nuevo ordenamiento con una amplia gama de labores de investigación permitidas y reguladas".

28 Ver la sentencia de casación de la Corte Suprema de Justicia 25974 del 8 de agosto de 2007. La sentencia versa sobre la imputación y condena a título de tentativa de homicidio agravado (causales 2 y 8) que se produce como consecuencia de un atentado de miembros de las FARC contra un conocido periodista que fue prevenido mediante la aprehensión de los ejecutores por parte de la policía antes de que se efectuara el atentado.

concretos o la lesión concreta en el bien jurídico porque fueron neutralizadas por la oportuna acción de las autoridades. Por un lado, aquella que considera que para punir una conducta debe producirse la lesión efectiva del bien jurídico que protegen las normas, o bien, que debe producirse un riesgo inminente que pueda ser percibido por los sentidos. Por otro lado, la postura mayoritaria que considera que el bien jurídico de la vida efectivamente estuvo en peligro ya que de no ser por la colaboración ciudadana y la acción de la policía se habría alcanzado a culminar la ejecución del delito. De la adopción de una u otra postura depende que, por ejemplo, en el caso concreto objeto de la sentencia, se pueda imputar la tentativa de homicidio o, en el caso contrario, no se pueda imputar sino la tenencia del material explosivo con el que se pensaba atacar contra la vida de la víctima. En otros términos, que se tenga que valorar como actos preparatorios todos los pasos previos de la organización (FARC), los cuales no son punibles, y no la efectiva puesta en ejecución de la conducta organizacional (división del trabajo) para acabar con la vida del periodista.

El control constitucional ejercido por el juez de control de garantías sirve como una forma de atenuar las medidas especiales autorizadas por nuestro ordenamiento jurídico para que la Fiscalía y los organismos de investigación puedan luchar de manera eficiente y técnica contra la criminalidad, especialmente contra la delincuencia organizada. Por esto, los registros y allanamientos (art. 229 CPP), la retención de correspondencia privada (art. 223 CPP), las intervenciones telefónicas (art. 235 CPP), los seguimientos pasivos (art. 259 CPP), la infiltración de agentes encubiertos (art. 242 CPP), todas estas medidas requieren del lleno de requisitos formales y materiales que son objeto de discusión en audiencia pública ante el juez²⁹. La aplicación técnica y eficiente de los recursos y medidas otorgadas a la fiscalía y a los organismos de investigación en aras de prevenir y perseguir la criminalidad, son un complemento del respeto de las garantías y Derechos exigidos en la fase de juzgamiento penal.

En cuanto a la reducción de las garantías procesales y penitenciarias como característica propia del Derecho penal del enemigo, al menos dentro del proceso de tendencia acusatoria, Ley 906 de 2004, no se ha planteado una legislación sistemática y clara que represente dicha tendencia frente a la delincuencia organizada y frente a los criminales que eventualmente pueden ser considerados como enemigos de la sociedad o como un peligro y amenaza permanente para los bienes jurídicos de los demás³⁰. Por ejemplo,

29 ÓSCAR JULIÁN GUERRERO PERALTA, *El control de Garantías Como Construcción de una Función Jurisdiccional*, Bogotá, 2006, pp. 91-154. En este texto se encuentra las medidas excepcionales autorizadas en casos concretos.

30 En Colombia, podemos dar varios ejemplos: 1. No existe una legislación antiterrorista y de la criminalidad organizada que articule sistemáticamente la restricción integral de Derechos en el campo procesal y penitenciario, como sí existe en otros países. Ver JUAN CARLOS CARBONELL, *Terrorismo: Algunas Reflexiones Sobre el Concepto y el tratamiento Penal*, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 49-56; PATRICIA FARALDO, *Un Derecho penal de enemigo para los Integrantes de Organizaciones Criminales*. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de Medidas de reforma para el

nos referimos a que la regla general que impone el sistema de tendencia acusatoria es la terminación anticipada del proceso; de esta forma, la aceptación de los cargos y la reducción de la pena correspondiente no está restringida a ningún delito por grave que este sea, el juez solamente debe verificar que la aceptación de los cargos no haya sido realizada a costa de las garantías del procesado dentro de los criterios fundamentales de la culpabilidad³¹.

De la aplicación del principio de oportunidad están excluidos algunos delitos considerados especialmente graves, como el narcotráfico, el terrorismo y los delitos contra el Derecho internacional humanitario (art. 324 par. 3). Sin embargo, esto no cierra las posibilidades en torno a la valoración, el uso de la negociación y la celebración de acuerdos entre la Fiscalía y el imputado; con ello, las posibilidades de terminación anticipada del proceso penal en esta clase de delitos son muchas, por ejemplo, las negociaciones en torno a la tipicidad de la conducta³². De hecho, sin esas posibilidades de negociación sería imposible la realización de muchas de las formas modernas para luchar contra el crimen y el desmantelamiento de las organizaciones criminales, las cuales otorgan beneficios a los imputados a cambio de colaboración con la justicia. La propuesta del proyecto de la Ley de Penas es un necesario ajuste del sistema penal de

cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, U. (CORUÑA), 2004; 2. Tampoco en el caso de los asesinatos serios y sistemáticos (acumulación de penas), como lo ilustra el caso *GARAVITO*; 3. Lo mismo sucede con leyes duras a la manera de las valoraciones sociales modernas ejercidas por las exigencias de seguridad, como sucede en el caso de los reincidentes. Ver FRANKLIN ZIMRING, *Política criminal y Legislación Penal en la Experiencia Estadounidense Reciente*, en *La Política Legislativa Penal en Occidente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 47-61; 4. Tampoco en el castigo a los depredadores sexuales, respecto del abuso a menores y de los criminales especialmente violentos, como sucede en la legislación occidental. Un ejemplo es la reciente aprobación de la prisión perpetua a este tipo de delincuentes en Suiza [<http://www.sncweb.ch/spanisch/reportajes/superara%20suiza.htm>]; las leyes contra los depredadores sexuales. Un nuevo y poderoso instrumento para el control estatal [<http://www.zmag.org/Spanish/0302mcharry.htm>]; 5. Finalmente, hasta ahora se viene implementado, en Bogotá, las llamadas penas deshonorosas preventivas (muro de la infamia), como en el caso de la publicación de las fotos de los violadores de menores. Ver ELENA LARRAURI, *Penas Degradantes*, U. Barcelona, 2000, p. 2. Sin embargo, los representantes LUNA y GAVIRIA acaban de presentar un proyecto que modifica el art 34 de la Constitución: allí proponen la prisión perpetua para aquellos que abusan sexualmente, maltratan brutalmente y asesinan niños. Otras recientes propuestas para endurecer las penas para los delitos sexuales en Colombia: actos legislativos 032 de 2005, 8, 25 y 137 de 2006.

- 31 Ver DARÍO BAZZANI MONTOYA, *El principio de Oportunidad y la Terminación Anticipada del Proceso en el Nuevo Sistema procesal Penal*, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial y Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2006, pp. 55 y 56.
- 32 *Ibid* p. 58. "También pueden realizarse acuerdos relacionados con la supresión de las causales de agravación punitiva relacionadas con el tipo subjetivo, como los fines terroristas en el homicidio o aquellos que impliquen una modificación del tipo en razón de la modificación de elementos subjetivos del tipo, como ocurriría con el propósito económico en un secuestro extorsivo para modificar la imputación por secuestro simple"; ver, en *El Tiempo*, 5 de junio de 2006, un ejemplo garantista, sobre la valoración e imputación del delito de terrorismo en Colombia; JORGE FERNANDO PERDOMO, *Los Principios de Legalidad y Oportunidad*, U. Externado, 2005, p. 49, quien considera que la práctica del principio de oportunidad implica, sobre todo, un ejercicio de discrecionalidad, dentro de los márgenes flexibles del Derecho.

tendencia acusatoria, hacia una gradual aplicación de una política criminal en la que la negociación de la justicia y los acuerdos entre imputados y Fiscalía abarquen delitos como el narcotráfico, al menos respecto de los pequeños narcotraficantes. Esto explica cómo la estrategia para la desarticulación de algunos tipos de delincuencia organizada (narcotráfico) puede variar al trasladarse de la persecución absoluta a la celebración de acuerdos como los que se hacen en la justicia norteamericana por entrega de bienes y colaboración con la justicia³³. La valoración depende de que el negocio del tráfico de drogas se desvincule gradualmente del uso de mecanismos terroristas y armados, como de la conexión “política” del mismo.

4. LA POLÍTICA CRIMINAL DEL ENEMIGO EN LA “LEY DE JUSTICIA Y PAZ”

La implementación jurídica, en la Ley de Justicia y Paz, de un tratamiento especial del enemigo, una vez éste se somete al Estado de Derecho, refleja el tratamiento especialmente benigno que se le ha dado a quienes pueden ser considerados, no como amigos de la sociedad sino como enemigos de la sociedad, dentro de procesos de paz en sociedades con una baja pacificación social. Sobre todo en lo que tiene que ver con la negociación política con organizaciones armadas que han infringido el Derecho internacional humanitario y cuyos miembros han cometido actos especialmente atroces contra la dignidad humana.

La Ley de Justicia y Paz no contiene un tratamiento especialmente diferente al que se le ha dado en otros procesos de paz a este tipo de delitos, de hecho, el Derecho internacional público y el Estado de Derecho constitucional colombiano permiten una flexibilización en la aplicación de la ley penal en este tipo de delitos³⁴. Los antecedentes en Colombia sobre los medios empleados para conseguir la paz con otros grupos armados y organizaciones armadas como el M-19 y con criminales como el Cartel de Medellín, nos dan una orientación sobre este tratamiento benévolo del enemigo, por fuera del mismo ordenamiento jurídico³⁵. Por lo que la salida jurídica y, más exacta-

33 Ver ORLANDO MUÑOZ NEIRA, Sistema Penal Acusatorio de Estados Unidos, Legis, 2006, cap. v, pp. 177-243.

34 Ver el estudio comparado sobre la verdad, la justicia y la reparación que deja un saldo favorable para Colombia respecto a otros procesos de pacificación en *Coyuntura de Seguridad* n.º 16, Fundación Seguridad y Democracia, primer semestre de 2007, pp. 5-10.

35 Ver RODRIGO UPRIMNY, Administración de Justicia, Sistema Político y Democracia: Algunas Reflexiones Sobre el Caso Colombiano, en: Justicia y Sistema Político, U. Nacional y Fescol, 1997, p. 95: “Este triple movimiento expresa la conformación de una política criminal diferenciada: se construye un núcleo duro de penas para poder enfrentar a los diversos actores organizados, que el Estado define como sus enemigos prioritarios. Sin embargo, la debilidad de la justicia frente a esos actores obliga a incorporar mecanismos de negociación, que permitan no sólo la utilización de los arrepentidos para desarticular las organizaciones criminales. Es pues, un núcleo duro pero negociable, el cual se acompaña de una periferia informatizada, en la cual los propios ciudadanos resuelven de manera conciliada, los problemas

mente, jurídico penal que acompaña este proceso es una novedad que hace parte de los recursos necesarios para lograr una salida más económica y eficaz al conflicto que la búsqueda del exterminio absoluto de estos grupos. De hecho, la fórmula propuesta por JAKOBS contempla la limitación de una política criminal del enemigo en un doble sentido: el Estado no excluye al enemigo de todos sus Derechos, como lo vimos en el proceso penal ordinario, y tampoco debe cerrar la puerta a un posterior acuerdo de paz en el caso de sociedades con baja pacificación³⁶.

Por lo anterior, el vencimiento del enemigo, su gradual desarticulación o su rendición por vía del acuerdo implica, en primer lugar, que el marco jurídico dependa de la estrategia y de la negociación de las partes, por lo que en el caso de la Ley de Justicia y Paz se plasman las condiciones en las que los enemigos se someten al Estado de Derecho. En ella se encuentran las limitaciones y posibilidades para el gobierno a la hora de negociar la paz y la rendición, y los límites políticos del *ius puniendi* en el Estado de Derecho actual³⁷. Las sentencias del control de constitucionalidad de esta ley³⁸ así lo afirman, sobre todo cuando no se puede renunciar a la aplicación de la pena a quienes cometieron delitos especialmente graves y lesivos contra la humanidad y contra el orden jurídico y social en general. Por esto, la impunidad y las concesiones amplias de amnistías e indultos ya no pueden ser obra de una negociación política, sino que debe someterse al lleno de los requisitos jurídicos en materia de verdad, justicia y reparación³⁹.

La Ley de Justicia y Paz plasma una fórmula eminentemente judicial y, más exactamente, procesal penal, para darle contenido a las exigencias del Derecho moderno frente a toda salida jurídica creada para el tratamiento de los conflictos sociales graves. De esta forma, los criterios de verdad, justicia y reparación deben ser producto del sistema encargado de investigar y juzgar las conductas criminales de las organizaciones armadas, es decir, el sistema penal. Luego, el sistema penal tiene un papel protagónico en el tratamiento de las causas y consecuencias de los conflictos en Colombia, o sea, frente a aquellas organizaciones armadas que asumieron una conducta cotidiana al margen del Derecho y que son una permanente amenaza para los bienes jurídicos de los colom-

que el Estado considera conflictos menores, para de esa manera no sólo descargar y descongestionar el aparato judicial penal, sino además legitimar socialmente la justicia”.

- 36 Ver JAKOBS (2005), p. 25. En el caso de los paramilitares, podría inferirse de la aplicación de un principio de oportunidad amplio, en el sentido de que la aceptación del Estado de Derecho y de los cargos penales que este posteriormente les formule por sus conductas contrarias a Derecho se dio en condiciones especiales. Esto es, con negociaciones frente a un grupo que no está vencido militarmente y está en una posición relativamente fuerte de negociación, basado en su sometimiento voluntario.
- 37 Ver, ENRIQUE BACIGALUPO, Justicia Penal y Derechos Fundamentales, Marcial Pons, Barcelona, 2002, pp. 12 y ss.
- 38 Sentencia C-370/06, *Magistrados Ponentes* MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, RODRIGO ESCOBAR GIL, MARCO GERARDO MONROY CABRA, ÁLVARO TAFUR GALVIS, CLARA INÉS VARGAS.
- 39 Ver AMBOS y GUERRERO, El Estatuto de Roma, U. Externado, 1999, p. 20: “Las amnistías y los indultos no pueden construirse al margen del reciente consenso universal sobre justicia e impunidad”.

bianos. Si bien este es uno de los pasos en los que el Derecho constitucional, el penal y el internacional deben armonizarse, ha de partirse de la premisa de que estas fórmulas son excepcionales y especiales y que, por lo tanto, estos procesos de reinserción social nunca se van a poder reducir sistemáticamente a fórmulas jurídicas estrictas; al contrario, se trata de una prudente flexibilización y ponderación de los principios que enmarcan la legalidad y la dinámica de la legalidad del Estado de Derecho⁴⁰.

La actual discusión ya no versa sobre la legitimidad y el contenido de la ley misma, sino sobre los medios y las medidas jurídicas y políticas desarrolladas en los campos administrativos e institucionales para conseguir la efectiva realización de la justicia, la verdad y la reparación. La presentación televisiva de las audiencias de los paramilitares, en efecto, es una garantía de la verdad y de la publicidad de la justicia; sin embargo, como en el caso de la justicia ordinaria, deben existir las restricciones que exigen los Derechos de las víctimas, en algunos casos especiales, encaminadas a garantizar su dignidad y su seguridad. Otro punto, por ejemplo, es la aplicación del principio de oportunidad para los testaferros de los paramilitares; esta medida es sólo uno de los medios que hacen parte de la estrategia del gobierno para conseguir la efectiva reparación de las víctimas, que no excluye otros medios, como la incautación y expropiación que ya se viene realizando sobre las propiedades de los paramilitares. El principio de oportunidad es uno de los medios de disuasión para que la entrega de bienes se haga de manera voluntaria; en caso de que no sea así, la ley penal puede seguir aplicando las sanciones severas que se contemplan para este delito, y la aplicación del principio está sujeta al control del juez, por lo que la “impunidad” que se le adscribe a este principio solo es posible si se erige en un medio para obtener la devolución de los bienes de los desplazados y la reparación de las víctimas del conflicto⁴¹. Finalmente, en la construcción de la verdad ha salido a flote la descripción de las conductas de extraordinaria brutalidad criminal; si bien inicialmente estas últimas son valoradas en los términos políticos y jurídicos propios del Derecho internacional humanitario, la pregunta es: ¿qué tratamiento propiamente criminal y penal puede darse como necesario a sus autores materiales e intelectuales?⁴².

40 Tanto los mecanismos del Derecho internacional público como toda razón política y jurídica asisten a estos propósitos y procedimientos excepcionales encaminados a la búsqueda de la paz nacional. Ver, Exposición de motivos del Ministro FERNANDO LONDOÑO HOYOS del Proyecto de ley de alternatividad penal; igualmente el profesor UPRIMNY parte de esta tensión entre justicia y negociación. Ver UPRIMNY y LASSO, *Verdad, Reparación y Justicia para Colombia*, Fundación Social, 2004; UPRIMNY, SAFFON, BOTERO y RESTREPO, *Justicia Transicional sin Transición. Verdad, Justicia y Reparación para Colombia*, DeJusticia, 2006. p. 230.

41 Ver, RAÚL GALLARDO, *El Principio de Oportunidad y el Decreto Reglamentario 4760 de 2005 de la Ley de Justicia y Paz*, 2006, pp. 1-40, en [www.urosario.edu.co/.../documentos/facultades/]. Con el fin de cumplir con la efectiva reparación de los paramilitares a las víctimas, en el marco de la Ley 975 de 2005, el fiscal anunció el 21 de febrero de 2007 un instrumento concreto, como lo es el de ofrecer la aplicación del principio de oportunidad a aquellos testaferros que entreguen propiedades de los paramilitares. Ver [www.eltiempo.com].

42 Ver *El Tiempo*, 23 y 24 de abril de 2007, especialmente el artículo “Colombia busca a 10.000 muer-

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

Una de las razones es que los efectos de la implementación del Derecho internacional y de los principios universales sobre garantías y Derechos de las víctimas de los conflictos violentos generalizados, cobran una gran extensión y aplicación diversa en los ordenamientos nacionales⁴³. Básicamente, el Derecho internacional humanitario es un producto más político que propiamente jurídico: de hecho, la negociación y las posibilidades de una justicia alternativa y especialmente benigna para los violadores sistemáticos de los Derechos humanos encuentran su fundamento no en el sistema jurídico, sino en el sistema político y, posteriormente, como su respaldo, en la justicia constitucional y penal. Según RAMELLI: “estas normas jurídicas están llamadas a cumplir otra finalidad, cual es la de servir de fundamento y apoyo a objetivos políticos y estratégicos de las partes contendientes”, por lo que en definitiva son parte del discurso político de las partes en conflicto⁴⁴.

tos”, donde se relata la verdad sobre las atrocidades cometidas por los paramilitares y sobre la forma extraordinariamente brutal y violenta de torturar, asesinar y desaparecer a sus víctimas. El tratamiento de estas conductas en los términos del Derecho internacional humanitario coincide con una cada vez más desacreditada máxima acogida en la academia con cierta facilidad: “el terror como forma de hacer política”. Al respecto ver: SCHENKLER-ITURRALDE, El Uso del Discurso de los Derechos Humanos por Parte de los Actores Armados en Colombia: ¿Humanización del Conflicto o Estrategia de Guerra?, *Análisis Político* n.º 56, p. 39. Aun así, el sistema del Derecho penal debe adoptar fórmulas encaminadas al tratamiento especial de este género de delincuente, y para facilitar la reinserción social, como personas, a quienes cometieron tan graves y despiadados crímenes.

43 Ver, ALEJANDRO RAMELLI, “Los Derechos Fundamentales de las Víctimas de las Violaciones Graves a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario y sus Repercusiones en el Constitucionalismo Colombiano”, IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, U. Externado, 2003, pp. 313-314. Considera acertadamente que los estudios se centran en los efectos que despliegan las normas internacionales una vez recepcionados en los ordenamientos internos: JAKOBS (2006), p. 75. Una cosa es neutralizar al enemigo (o intentarlo), y otra es ser pródigo a posteriori con las garantías propias del Estado de Derecho.

44 Ver, RAMELLI, El D.I.H como Discurso Político Durante el Desarrollo del Conflicto Armado, cit., p. 297. Según el autor: 1. La parte que se encuentra débil militar y económicamente suele invocar a su favor el respeto de las normas humanitarias, 2. La parte que se estima fuerte durante la guerra se considera desvinculada de las normas humanitarias y, 3. La apelación de las partes al discurso humanitario no responde a una posición ética frente a la guerra y sus efectos, sino a la consecución de ventajas en los terrenos de lo político y lo estratégico. Por ejemplo, una evaluación de la política de paz sería positiva si se tiene en cuenta los altos costos humanitarios de las conductas y acciones paramilitares.

CONCLUSIONES

1. Más que nadie, los colombianos sabemos que el Estado de Derecho está lejos del ideal teórico asignado a este concepto. Sin embargo, la excepcionalidad necesaria en el Estado de Derecho, sobre todo en materia de seguridad, tampoco significa el desconocimiento de sus principios generales, sino el esclarecimiento de los límites en la aplicación de facultades especiales represivas y policiales que son orientadas por el Derecho, sobre los criterios de la necesidad y la racionalidad y ante amenazas y peligros concretos⁴⁵.

2. El desarrollo permanente de acciones al margen de la observación de las normas o de la relación estrategia-Derechos humanos tiene un costo similar a una continua derrota en el plano militar para las partes, debido a que el único sentido de semejantes acciones es valorado en un Estado de Derecho como acción criminal, que si se realiza de manera sistemática, requiere del reproche social generalizado, como la eliminación de esa fuente de peligro por la vía coactiva y, aún más, puede obligar al tratamiento de una persona, con la restricciones aquí expuestas desde la perspectiva del Derecho penal y la política criminal del enemigo.

3. Lo que se puede denominar como la legislación penal del enemigo y la política criminal del enemigo no es una iniciativa del actual del gobierno, tampoco se ha estructurado de manera sistemática una lucha de esta naturaleza en el sistema penal contra la delincuencia grave, como sucede en la mayoría de países de la tradición occidental.

4. En el Estado de Derecho colombiano, el desarrollo de la guerra, la negociación, la asignación de Derechos y deberes a los ciudadanos y a los enemigos está sujeta a reglas plasmadas en marcos normativos que impiden que, al menos la política oficial se desborde en una represión o en una impunidad no refrenada.

5. En Colombia, a aquellos que por sus acciones criminales sistemáticas y despiadadas se podrían denominar como enemigos de la sociedad, se les ha dado un tratamiento como personas, y hasta como el que se depara a unas buenas personas, dentro de los términos del debido proceso. Ahora bien, la política de la excepcionalidad, incluyendo sus efectos negativos, no hace parte de la materialización de una política criminal del

45 Ver especialmente MAURICIO GARCÍA VILLEGAS, *El estado de excepción en Colombia*, Aula Virtual, Defensoría del Pueblo, 2004. Creemos que el problema central de las medidas excepcionales son las medidas concretas, sobre todo, en materia militar, policiva y penal para restringir Derechos y libertades y para, eventualmente, utilizar medios concretos de guerra frente a amenazas concretas y riesgo inminente. Por lo que del debate jurídico sobre los Estados de excepción, se traslada a la excepcionalidad concreta en el uso de la violencia de las instituciones y el posible desborde del crimen oficial o la autorización político estratégica de dichas medidas cuando tiene que enfrentar fenómenos y acciones delincuenciales especialmente lesivos.

enemigo en Colombia, sino de inadecuadas prácticas legislativas que asignan poderes al margen del Derecho a las instituciones represivas.

6. En la actualidad, existe una estrecha relación entre la eficacia y la eficiencia de la estrategia de las partes en conflicto –militar y política–, con el respeto de los Derechos y garantías de la población civil, como de las otras partes en conflicto⁴⁶.

BIBLIOGRAFÍA

APONTE, ALEJANDRO, ¿Derecho Penal de Enemigo o Derecho penal de Ciudadano? Bogotá, Temis, 2005.

BACIGALUPO, ENRIQUE, Justicia Penal y Derechos Fundamentales, Marcial Pons, Barcelona, 2002.

BAZZANI MONTOYA, DARÍO, El principio de Oportunidad y la Terminación Anticipada del Proceso en el Nuevo Sistema procesal Penal, Consejo Superior de la judicatura, Escuela Judicial, U. Nacional, 2006.

BERGALLI y RIVERA (coords.), Política Criminal de la Guerra, Anthropos, Barcelona, 2005.

BORRERO MANSILLA, ARMANDO, Defensa y Seguridad Nacional: Elementos para una Política Democrática, Análisis Político n.º 42, U. Nacional, 2001, pp. 26-42.

Documento Conpes 3411, del 6 de marzo de 2006, sobre Política de Lucha Contra la Impunidad en Casos de Violaciones a los Derechos Humanos. En materia de prevención a violaciones de DD.HH; Estrategia de Fortalecimiento de la Democracia y el Desarrollo Social, (2007-2013), en [<http://www.dnp.gov.co>].

FAZIO RESTREPO y ROJAS, El Nuevo Orden Mundial a partir del 11 de Septiembre, Análisis Político n.º 44.

46 LEWIS COSER, Las Funciones del Conflicto Social, Fondo de Cultura Económica, México y Buenos Aires, 1961, p. 142; “La continua renovación de la técnica guerrera crea nuevas situaciones que requieren nuevas reglas. Sin embargo, las nuevas situaciones de guerra presionan a los contendientes a adoptar un mínimo de reglas y normas, permitiéndoles de esa manera estimar el impacto de las nuevas técnicas sobre la conducción del conflicto”. Ante la indiferencia, iniciada con el asesinato de los diputados secuestrados, la no entrega de los cuerpos, el oído sordo al clamor de la sociedad colombiana e internacional y el condicionar cualquier forma humanitaria sólo a intereses propios, no sería necesario preguntarse si, ante estas acciones, las FARC ven y vean en el futuro a los colombianos, sus enemigos, como a personas dignas de algún respeto.

FEIJÓO SÁNCHEZ, BERNARDO, El Derecho Penal del Enemigo y el Estado Democrático de Derecho, *Revista de Derecho Penal Contemporáneo*, n.º 16, Legis, 2006, Bogotá.

Foro de Política Criminal, Universidad Javeriana, Fundación Konrad Adenauer, U. Nacional y U. Andes 1998.

GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, El Estado de Excepción en Colombia, Aula Virtual Defensoría, 2004.

GÓMEZ-JARA, CARLOS, Teoría de Sistemas y Derecho Penal: Culpabilidad y Pena en una Teoría Constructivista del Derecho Penal, en *Teoría de Sistemas y Derecho Penal*, Comares, 2005, pp. 385-434.

GRACIA MARTÍN, LUIS, Consideraciones Críticas Sobre el Actualmente Denominado Derecho Penal de Enemigo, *RECPC*, N° =7- 02, enero de 2005.

GUERRERO, MARÍA F. La Ciberdelincuencia, Pensamiento Jurídico, Procuraduría General, Bogotá, 2004.

GUERRERO, ÓSCAR JULIÁN, El control de Garantías Como Construcción de una Función Jurisdiccional, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial y Universidad Nacional de Colombia Bogotá, 2006.

Informe “Logros de la política de consolidación de la Seguridad Democrática”, Ministerio de Defensa, febrero de 2007, en [www.mindefensa.gov.co].

Estrategia de Fortalecimiento de la Democracia y el Desarrollo (2007-2013), en [<http://www.dnp.gov.co>].

JAKOBS, GÜNTHER, La Pena Estatal: Significado y Finalidad, Civitas, 2006.

JAKOBS, GÜNTHER y MANUEL CANCIO, Derecho Penal del Enemigo, 2.ª ed., Civitas, 2006.

JAKOBS, GÜNTHER y MANUEL CANCIO, Derecho penal del enemigo, U. Externado, 2005.

JAKOBS, GÜNTHER, Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal, U. Externado, 2004.

JAKOBS, GÜNTHER, Crímenes del Estado. Ilegalidad en el Estado, *Doxa*, 17-18, 1995.

Justicia y Sistema Político, IEPRI, Universidad Nacional y FESCOL, 1997.

La política legislativa penal en Occidente, Valencia Tirant lo Blanch, 2005.

LEAL B., FRANCISCO, La Seguridad Durante el Primer Año de gobierno de URIBE, Análisis político n.º 50.

LUHMANN, NIKLAS, Sociología del riesgo, U. Iberoamericana y U. de Guadalajara, 1992.

LUHMANN, NIKLAS, El Derecho de la Sociedad, U. Iberoamericana, México, 2002.

MIRÓ LLINARES, FERNANDO, Persona o Enemigo; Revista Jurídica de Elche n.º 1, 2006.

MUÑOZ NEIRA, ORLANDO, Sistema Penal Acusatorio de Estados Unidos, Legis, 2006.

OROZCO, IVÁN, Los Peligros del Nuevo Constitucionalismo en Materia penal, Temis y U. Nacional, 1999.

PERDOMO TORRES, JORGE FERNANDO, Los Principios de Legalidad y Oportunidad, U. Externado, 2005.

PERDOMO TORRES, JORGE FERNANDO, “la paz perpetua” a través del Derecho penal internacional: un Derecho penal global para enemigos, U. Externado, en prensa.

PERÉZ DEL VALLE, CARLOS, Estudios de Filosofía Política y Derecho Penal, U. Externado, 2004.

Sociología Jurídica, Análisis del Control y Conflicto Sociales, U. Externado, 2003

RAMELLI, ALEJANDRO, “Los Derechos Fundamentales de las Víctimas de las Violaciones Graves a los Derechos Humanos y al D.I.H y sus Repercusiones en Constitucionalismo Colombiano”, IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, U. Externado, 2003.

RAMELLI, ALEJANDRO, El D.I.H como Discurso Político Durante el Desarrollo del Conflicto Armado, en Sociología Jurídica, U. Externado, 2003

ROXIN, CLAUDIUS, Problemas Actuales de la Política Criminal, 2000, en [<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/59/pr/pr22.pdf>].

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, La Expansión del Derecho Penal, Madrid Civitas, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, Los indeseados como enemigos, La exclusión de seres humanos del *status personae*, RECPC, 2007.

Terrorismo y Proceso Penal Acusatorio, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

UPRIMNY R.: M. SAFFON, BOTERO y E. RESTREPO. Justicia Transicional sin Transición. Verdad, Justicia y Reparación para Colombia, DeJusticia, 2006.