

Título: La legislación penal en Colombia (1962-1980): arma estatal para enfrentar al enemigo

Autor: Luis Carlos Arbeláez Villegas*, lucho10ar@hotmail.com, Universidad de Antioquia

Resultado parcial de investigación: Proyecto titulado “Contribuciones e impactos de las comisiones de expertos en el diseño de la política criminal en Colombia” financiada por el Comité para el Desarrollo de la Investigación –CODI- de la Universidad de Antioquia, coordinado por los profesores Julián Andrés Muñoz Tejada y William Fredy Pérez Toro Trabajo preparado para su presentación en el VIII Congreso Latinoamericano de Ciencia Política, organizado por la Asociación Latinoamericana de Ciencia Política (ALACIP). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 22 al 24 de julio de 2015.

Resumen

Este texto aborda el problema de la utilización de la legislación penal colombiana como un arma para restablecer el orden y combatir a un enemigo impreciso y variable. Se aborda específicamente el periodo comprendido entre los años 1962 y 1980, un período en el cual el enemigo muta del liberal ateo al guerrillero comunista. La expedición del Código Penal de 1980 concreta finalmente la preferencia por el castigo en la historia reciente de Colombia, como la opción más calificada para responder al fenómeno de la violencia, para lograr la “salvación nacional” o simplemente para recuperar o mantener el orden social e institucional. Posiblemente esa opción del poder político por la solución penal sea una alternativa simple, irracional o inconsulta; o en todo caso una opción por un derecho penal de enemigo que desde sus comienzos evitó cualquier recomendación experta. Por eso el texto examina el peso de la Comisión Investigadora de las Causas y Situaciones Presentes de la Violencia (Investigadora 1958) cuyo diagnóstico sobre el uso del derecho penal se encontraba vigente en aquel período.

Palabras clave: Política criminal, expertos, legislación penal, orden social.

Colombia, un país marcado por la violencia y un Estado urgido por garantizar su gobernabilidad bajo la lógica del derecho penal del enemigo

Colombia atravesó a finales de los años cuarenta e inicios de los cincuenta una crisis política que enfrentó a los partidos tradicionales –Liberal y Conservador-. La contienda no solo fue electoral, sino también armada. La lucha bipartidista en Colombia se desarrolló entre las facciones políticas liberal y conservadora por el control del Estado. Después de todo, “en esta lucha ambas partes tuvieron la posibilidad de declarar la guerra a su contrario, influyendo en la mentalidad de los ciudadanos, arrastrándolos a niveles de violencia e intolerancia que posteriormente fueron incontrolables” (Puerta, 2008). La identificación del otro, del adversario, empieza a definir “dos campos excluyentes y confrontados entre amigos y enemigos, donde no fue posible establecer un terreno común de identidad ciudadana y sentido de pertenencia nacional” (Uribe, 1995). En ese contexto, ya la persecución política por parte de los conservadores había fundado las bases de la

organización guerrillera liberal¹². Más adelante, la exclusión y persecución del Estado, y algunas influencia externas (como el triunfo de la Revolución Cubana),¹³ implicarían la reestructuración de las guerrillas liberales en comunistas.

El Frente Nacional se proyectó entonces a finales de la década del cincuenta como una salida a esa situación de confrontación entre liberales y conservadores, conocida en Colombia como *la Violencia*. Con el fin de lograr la paz y consolidar el orden, los partidos acuerdan relevarse en el ejercicio del gobierno del Estado y distribuirse por partes iguales los cargos burocráticos.¹⁴ Así, el pacto consociacionista significó el cierre de la participación política a sólo estas dos colectividades. Ciudadanos y corrientes de pensamiento distintas, no tenían forma ni oportunidad de acceder y participar del poder.

Un Estado, cuando se enfrenta a una crisis política, social e institucional, se ve obligado a evaluar posibles salidas, considerando emplear los recursos que tiene a su disposición para afrontarla. En Colombia, el Estado asume como obligación proteger a los nacionales de posibles amenazas externas, pero también de agentes internos como los grupos insurgentes; es decir que participa de “una suerte de bioguerra: aquella que ya no se desarrolla entre pueblos diferentes, sino contra los enemigos internos y ocurre cuando el enemigo, el hostil, ya no es un extranjero que invade el territorio sino aquel capaz de afectar el orden social y de desestabilizar el orden político” (Uribe, 2002).

En ese contexto, los años setentas serían un momento destacado en el tratamiento eminentemente punitivo de la violencia; muy notoriamente durante el gobierno de Julio Cesar Turbay Ayala (1978-1982) (Puerta, 2008). La guerra interna se convertiría entonces en la principal fuente del derecho penal, lo cual haría de él un “instrumento represivo carente de racionalidad” (Cote Barco, 2010). De hecho, ya el Estatuto de Seguridad expedido durante ese gobierno de Turbay (decreto 1923 de 1978), en la antesala del Código Penal de 1980, es un ejemplo de las medidas que se adoptarían frente a la amenaza percibida o definida en un momento específico por *la política criminal o la política penal*.

¹⁵ Asuntos como la defensa nacional y el restablecimiento del orden público se convirtieron

¹² Los primeros grupos insurgentes nacen como reacción frente a los abusos estatales, de origen rural y campesino, que eran perseguidos por los conservadores. En sí, se desarrollaron como guerrillas liberales que tenían como fin defender su vida, libertad y propiedades, esto para aclarar, que en su origen no tenían una influencia ideológica marcada y doctrinaria como el comunismo.

¹³ A partir de los hechos ocurridos en Cuba después del triunfo de la Revolución, es que las guerrillas en Colombia adoptan la ideología comunista como meta a lograr, buscando derrocar y reinventar el aparato estatal.

¹⁴ La violencia es un fenómeno transversal al desarrollo de Colombia como Estado independiente, esta ha agregado sus efectos propios a la crisis del régimen, a cuyo control escapan inmensos territorios, sometidos como están a la ley de los grupos armados (Pécaut, 2000) Por ende, asuntos como la legitimidad y la gobernabilidad del Estado colombiano sobre su territorio y población ha sido un asunto difícil que ha amenazado el orden y la democracia. El fenómeno hace parte a menudo de la tradición de sublevación contra un régimen ilegítimo, pero en otros casos remite a la posibilidad de tomar a cargo reivindicaciones sociales. (Pécaut, 2015)

¹⁵ La política criminal es una herramienta que permite al Estado anticiparse a situaciones que suponen delitos. Esta facultad estatal esta permeada por la fundamentación axiológica y moral que caracteriza a una sociedad determinada. La política criminal entendida como praxis, consiste en los medios que el Estado pone en práctica oficialmente para prevenir la delincuencia (Muñoz, 2015) En el desarrollo de la investigación se llegó a la conclusión de que la política criminal debería ser asumida como sinónimo a la categoría de política penal, porque las vincula el ejercicio de poder político que se transforma y refleja en las normas penales. Si se le da una connotación muy amplia al término de política criminal, no

en la justificación para implementar normas penales usadas para hacer la guerra a los enemigos contruidos en el período.

Aunque en esos mismos años muchos Estados latinoamericanos reaccionaron de formas más o menos similares frente al comunismo¹⁶, especialmente después del triunfo de la Revolución Cubana, en el caso colombiano se destacó la asimilación de cualquier forma de organización social por fuera de los partidos tradicionales, como sinónimo de subversión. Fue una constante vincular la legítima protesta y el uso de este derecho (por parte de grupos sociales como obreros, sindicalistas, estudiantes entre otros), con la expresión de actores armados en las selvas del país. Por esto, uno de los efectos que se pueden reconocer de un país en conflicto como Colombia, es “que se provoca un fraccionamiento, incluso una dislocación de la población, que tiende a impedir más que nunca su transformación en actor” (Pécaut, 2015).

En ese marco de trastocamientos o generalizaciones, las normas penales serían usadas con propósitos bélicos en lo que ha sido denominado “derecho penal del enemigo”. En este, hay una anticipación de las barreras de actuación del derecho penal a un ámbito anterior de manera que ya la conducta anticipada se considera lesiva de un bien jurídico (Polaino-Orts, 2007). La dinámica de esta forma de derecho sostiene que al menor indicio de peligrosidad o lesión al bien jurídico se deben tomar medidas preventivas.

Existen fuertes tensiones entre el derecho penal del enemigo y las garantías que deben imperar en el marco de un estado de derecho, donde el ejercicio del poder de castigar del Estado esté sometido al límite básico de la legalidad. Aquel tipo de derecho no va dirigido a ciudadanos, sino a enemigos; por lo tanto, *el otro* al que se dirige no es un ciudadano, sino un enemigo, una “no persona” inclusive (Jakobs, 2003), y las lógicas por las que se rige esta actuación no son las del derecho, sino las de la guerra.

Como lo sostiene Günther Jakobs quien desea ser tratado como persona, por su parte tiene que dar garantía cognitiva de que se va comportar como persona, si esta garantía no se presenta o si ella es rechazada explícitamente, “el del derecho penal se convierte en una reacción contra un enemigo” (Aponte, 2005). Esto significa que si alguien es considerado como potencialmente peligroso, así no haya cometido algún delito, todavía pierde su estatus de persona o de ciudadano, y se convierte en enemigo.

El enemigo es quien amenaza su propio entorno, al cual se le restringen ciertos derechos debido a su peligrosidad. Como lo anota Schmitt, el enemigo tiene su propio status, no necesariamente es un criminal. A su vez, “la figura del enemigo podría especificarse cuando esta condición puede incluir normalmente representaciones morales, estéticas o

sería posible, ni sencillo, la distinción frente a otras políticas como las sociales o las de seguridad. Es un asunto que refiere elementos metodológicos, para no crear dificultades y conflictos frente a las políticas que tienen un marco de actuación diferente, y que son impulsadas por otros niveles institucionales. Por esto, se entenderá la política criminal como una categoría análoga a la de política penal.

¹⁶ Según uno de los manuales de Formación Militar de la Escuela de las Américas, La subversión no es necesariamente armada, ya que se manifiesta en forma de movilizaciones, huelgas, aplicación de las ciencias sociales comprometidas, infiltración de escuelas y universidades. Todos estos mecanismos se tornan cada vez más sutiles, y el peligro se cierne sobre nosotros y nuestros seres más queridos. Tenemos una grave responsabilidad sobre nuestros hombros, la de combatir contra un enemigo que no se puede reconocer ni saber cuándo dará su golpe. (Sandoval, 1985)

sentimentales, pero que no dejan de ser contingentes para la constitución de la enemistad.” (Giraldo, 1999)

El contrario también puede significar la representación de una condición que se reconoce como indeseable, amenazante y problemática. Así, la política entendida como “la relación amigo-enemigo marca el grado máximo de intensidad de una unión o separación, de una asociación o disociación.” (Schmitt, 2009) Entender la política de esta manera significa asumir el conflicto como la relación fundante y la dinámica propia en la que se desenvuelven las relaciones entre el Estado y quienes hacen parte de él.

Por otro lado, Jakobs enfatiza que todos los sujetos pertenecientes a determinada sociedad deben ser tratados como personas en derecho, siempre y cuando cumplan con sus deberes y no resulten potencialmente peligrosos. Sin embargo –y como él lo sostiene– si hacen estragos, hay que combatirlos, “y si existe la posibilidad de que los hicieran hay que tomar medidas preventivas.” (Jakobs, 2007)

Así, el estatus de una persona queda sujeta a su comportamiento frente a los lineamientos del Estado, lo que por sí restringe la libertad de desarrollar pensamientos o conductas diferentes –no necesariamente peligrosas–. Esto no concuerda con el ideal de la democracia (inclusión y respeto de la diferencia política), siendo este régimen curiosamente lo que se busca proteger del enemigo. Esta forma de actuar del Estado, se puede relacionar con el sistema de poder que Foucault llama la “guerra-represión”, es decir, “la reaparición de la guerra en la escena pública, con todos sus desafíos al poder establecido; un campo de tensiones desequilibrado al cual se opondría la represión como manera de volver a unos mínimos niveles de equilibrio.” (Uribe, 2002) Así, el pretexto de la guerra sirve para que el Estado reestructure su discurso, actúe con firmeza y autoridad, e identifique aquellos enemigos que amenazan su control y dominio.

En Colombia, aquella concepción del derecho penal del enemigo ha prevalecido por décadas, con la particularidad que no ha resuelto ni mejorado ninguno de los problemas que pretendía enfrentar, sino que los ha intensificado (Aponte, 2006) Así, este tipo de medidas se han tomado para continuar la guerra por medios más civilizados, pero no propiamente más efectivos.

La construcción del enemigo no recayó solo en la otra parte que constituían, desde aquellos años setentas, los guerrilleros comunistas. En cambio, también se catalogó de enemigos a sindicalistas, activistas, estudiantes; es decir, otros actores que no significaban precisamente una amenaza directa y no participaban del conflicto armado, pero el Estado pretendió controlarlos porque los veía como bases de apoyo –a la insurgencia– representadas en el ascenso de los movimientos sociales (Uribe, 1995). Esto puede resumirse como una experiencia negativa que significó la aplicación del derecho penal del enemigo como un arma que continua la guerra por otra vía diferente a la de las armas.

Por otro lado, el estado de sitio fue una figura extraordinariamente recurrente entre los años 1962 y 1980. Está es otra de las características que permiten advertir los rasgos del derecho penal del enemigo al caso colombiano. Durante las décadas de los años sesenta y setenta, hay entonces una legislación penal encaminada a la eliminación del enemigo. Un enemigo que en los años anteriores al Frente Nacional sería el “liberal ateo”, y que a la postre tomaría cuerpo en el guerrillero comunista. Después de los años ochentas, nuevamente el enemigo mutaría hacia el narcotraficante, y finalmente, estaría encarnado en la figura del terrorista. Una evolución que sintetiza de esta manera el profesor Julio González: “discursivamente se hace el relevo entre una violencia fratricida, nacida de la confrontación liberal-conservadora, a una violencia que viene desde ahora, que está dirigida no contra un

partido determinado, sino contra la democracia, la civilización occidental y la cultura cristiana” (González, 2009)

En suma, las razones que justifican la existencia del derecho penal del enemigo en Colombia son, en un primer momento, la realidad conflictiva del país, las frecuentes turbaciones del orden y las amenazas desafiantes al Estado. Por otro lado, encontramos el accionar autoritario del Estado frente a dichas situaciones. Apelar a la figura de estado de excepción recurrentemente sugiere la utilización del derecho como arma preventiva, donde inclusive se negaron derechos y libertades a los ciudadanos que no hacían propiamente parte del conflicto armado. La competencia de la jurisdicción penal militar sobre civiles, incluidos sindicalistas y estudiantes, es elocuente.

Otra característica del derecho penal de la época, es que en la creación normativa no medió la discusión parlamentaria, sino que la legislación (más exactamente los decretos legislativos, los decretos con fuerza de ley o los decretos de facultades) sería directamente emitida por el poder ejecutivo. (Aponte, 2006) La mayor parte de normas expedidas tenían como justificación “la conservación del orden público y su restablecimiento”. La dinámica que adoptaron los gobiernos en las décadas de los sesenta y los setenta en Colombia, corresponde a una época en la que el Congreso no tuvo mayor protagonismo en la construcción de este tipo de normas.

Esto habla de una legislación de carácter penal que busca responder a una coyuntura específica –de crisis-, en este caso, a quienes se consideran agentes peligrosos y que atentan contra el orden constitucional y democrático. Esto se podría considerar como una respuesta autoritaria por parte del ejecutivo, que no tuvo reparos en limitar ciertas garantías bajo el pretexto de perseguir al enemigo.

Esta forma de legislar por parte del ejecutivo generó desengaño en la ciudadanía. Desencanto en cuanto a la práctica política y el miedo de ser incriminados y perseguidos por ese tipo de normas penales. Y es característico en países con conflictos armados vivir en ambientes hostiles donde el miedo y la zozobra son la constante.

Los expertos hacen recomendaciones pero, ¿son atendidas sus propuestas?

En un país que se ha visto afectado por la violencia durante tanto tiempo, y cuyos gobiernos reconocen públicamente a unos enemigos, también se optó por darle a personajes con trayectoria académica y conocimiento del conflicto¹⁷ la tarea de estudiar e identificar las causas de la violencia, permitiéndoles hacer recomendaciones para diseñar estrategias con el fin de acabar la situación de violencia y con sus responsables. La idea básicamente era tener una misión civilista y de análisis frente a las causas presentes del conflicto armado en Colombia.

La Comisión Investigadora de las Causas y Situaciones Presentes de la Violencia fue una comisión de expertos creada en el mes de mayo de 1958, con el fin de realizar el estudio y análisis del país. Sin embargo, esta comisión “estuvo conectada, desde su gestación, a

¹⁷ Los expertos son sujetos especializados, como mínimo, en un área de conocimiento. Tienen elementos que les permiten indagar y reflexionar sobre cuestiones en cierta materia –en este caso la política- y son figuras a las que regularmente recurre el gobierno para elaborar recomendaciones en torno a temas polémicos y sensibles de la sociedad. (Documento de trabajo, Agosto, 2014) Por su parte las comisiones de expertos tienen entre sus funciones; asesorar con base en los estudios realizados, a las autoridades encargadas de formular la política criminal del Estado. Además tienen la posibilidad de recomendar, con fundamento en estudios científicos, las bases y los criterios de la política criminal a largo y mediano plazo. (Decreto 2055, 2014)

medidas de emergencia ya bastante usuales en la historia del país.” (Jaramillo, 2011). La comisión dio por concluida su labor en enero de 1959 arguyendo el cumplimiento de sus tareas, que había dejado de ser necesaria, y que sus miembros se mostraban agotados.

Según Jaramillo Marín, la Comisión supuso tres tramas narrativas. La primera de ellas supondría que nunca hubo un comienzo claramente establecido, lo que supone que Colombia es un país que históricamente se ha encontrado en conflicto. Por otra parte, “posiciona una narrativa de diagnóstico acerca de un presente turbado por la guerra y cuyo paliativo son los decretos y estrategias de emergencia” (Jaramillo, 2011)

El diagnóstico de los expertos encuentra como una constante las medidas implementadas como el estado de excepción, y adicionalmente, califica el Frente Nacional como un resurgimiento y ordenamiento del país. Ahora bien, para dar fin al sectarismo político y la situación de violencia, no solamente se han utilizado en Colombia medidas drásticas para castigar ciertas conductas. Como lo ilustra la Comisión, instituciones como el indulto y la amnistía fueron usadas frente a ciertos delitos de carácter político.

Si bien se ha señalado la dureza y la excepcionalidad en la forma de actuación del Estado, también se debe resaltar, que en ocasiones se ha buscado –para la rendición efectiva del enemigo- métodos más indulgentes en el trato de ciertos crímenes, porque se reconoce que estas acciones tienen una justificación política, cosa que cambia posteriormente con la categoría de terrorismo.

La Investigadora fue clara en una de las causas que dio como resultado el conflicto en Colombia, cuando hace referencia a la impunidad y otras fallas de la justicia; además, resalta la dureza a la hora de impartir la fuerza por parte del Estado, y este, lejos de acatar y considerar las recomendaciones del diagnóstico de los expertos, al parecer siguió optando por la vía de la coerción para dar fin a la violencia y las amenazas al orden. Esto fue algo que fue evolucionando, y es paradójico, cuando ya se habían considerado amnistías e indultos y según los expertos de la comisión “esto funcionaba no como mecanismo de salvación de los criminales, sino como instrumentos de la paz social y política.” (Guzmán, Umaña, Fals Borda, 1977) Aunque también reconocieron que, como era propio de un país en conflicto, el país tendría que habituarse al tratamiento excepcional de ciertos actos violentos y a sus responsables.

El vuelco que tomó la situación es que, lejos de superar los episodios de violencia y sangre, el conflicto se agudizó, y se consideraron necesarias medidas como el Estatuto de Seguridad de Turbay, y el decreto 100 de 1980 –por medio del cual se expide el código penal-. Esta resulta siendo una característica más de una legislación penal, o del derecho penal del enemigo, “donde la respuesta ante la desilusión social, es la emisión de más y más normas.” (Aponte, 2006), incluso de aquellas, como el Decreto 070 de 1978, por medio del cual se legalizaba la muerte de personas. Veamos:

ARTÍCULO 1o. Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, el artículo 25 del Código Penal, quedará así:

“ARTÍCULO 25. El hecho se justifica cuando se comete:

1o. Por disposición de la ley u orden obligatoria de autoridad competente.

2o. Por la necesidad de defenderse o defender a otro de la violencia actual e injusta contra la persona, su honor ó sus bienes y siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

Se presume que se encuentra en el caso previsto en este numeral, el que durante la noche rechaza al que escala o factura las cercas, paredes, puertas o ventanas

de su casa de habitación o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor, o el que encuentra un extraño dentro de su hogar, siempre que en este último caso no se justifique la presencia allí y que el extraño oponga resistencia.

3o. Por la necesidad de salvarse así mismo o de salvar a otro de un peligro grave e inminente contra la persona, no evitable de otra manera, que no se haya causado por obra propia y que no deba afrontarse por obligación profesional.

4o. Por los miembros de la fuerza pública cuando intervengan en operaciones planeadas para prevenir y reprimir los delitos de extorsión y secuestro, y producción, procesamiento y tráfico de estupefacientes".

El numeral cuatro faculta a los miembros de la fuerza pública –militares y policía- a prevenir y, si es el caso, reprimir conductas que se consideran delictivas o peligrosas. Esto sugiere un tratamiento eminentemente coercitivo de los problemas que han afectado al país a lo largo de su historia. Además, no hay que perder de vista que estas facultades son atribuidas por parte del ejecutivo a la fuerza pública bajo la figura de excepcionalidad que significa el estado de sitio.

El decreto 541 de 1976, es aún más duro y muestra fehaciente de la naturaleza restrictiva y punitiva de las normas colombianas para la época:

Artículo 1. Quienes, reunidos tumultuariamente, perturben el pacífico desarrollo de las actividades sociales, realicen reuniones públicas sin el cumplimiento de los requisitos legales, obstaculicen el tránsito de personas o vehículos en vías públicas, escriban o coloquen leyendas o dibujos ultrajantes en lugar público o abierto al público, inciten a quebrantar la ley o a desobedecer la autoridad, desobedezcan orden legítima de autoridad, u omitan sin justa causa prestar el auxilio que ésta le solicite. Incurrirán en arresto inmutable hasta de ciento ochenta (180) días, que será impuesto, mediante Resolución motivada, por los alcaldes menores de la ciudad de Bogotá y por los alcaldes de los demás municipios del país.

Este tipo de normas se puede considerar una violación de derechos y libertades ciudadanas, es decir, el derecho penal fue utilizado como una herramienta de poder, que no solamente buscaba neutralizar la amenaza que podrían significar para el orden ciertos actores –considerados enemigos- como los guerrilleros. Es entonces el estado de guerra permanente el que “permitió a los gobiernos de turno elaborar un discurso sobre el gran peligro que se cernía sobre la sociedad colombiana y, desde allí, diseñar estrategias de gobernabilidad que no estaban orientadas específicamente a derrotar al enemigo guerrillero.” (Uribe, 1995)

El decreto 541 de 1976 dentro de las técnicas propias del derecho penal del enemigo se puede relacionar con la restricción de la esfera de la libertad. En la lógica de este tipo de derecho algo como la asociación es considerado como punible, porque independientemente de si se lleva a cabo o no la acción, el hecho de premeditar algún asunto en contra del Estado es considerado también como un delito. Este tipo de prácticas por parte del Estado también busca –de manera indirecta- prevenir conspiraciones que perjudiquen la imagen y la legitimidad del gobierno, y no solamente esto, también se refleja cierto temor por un levantamiento en contra del orden y de la autoridad.

Para ilustrar más la situación, el Estatuto de Seguridad de 1978 castigaba la presión a autoridades legítimas, incitación a desobedecer órdenes de autoridad, uso injustificado de máscaras, porte injustificado de armas y herramientas, colectas con destino a actividades

ilegales. La imposición de un castigo muestra cómo se adelanta –por medio de una norma penal- una barrera de actuación, que en este caso son acciones que resultan peligrosas para el Estado, que considera necesario –para atajar el peligro- castigar así el delito no se haya materializado. Además se dota a la fuerza pública –policía y militares- de facultades extraordinarias para intervenir en caso de desorden y amenaza.

Por su parte, en el Código Penal de 1980 se incluye el delito de terrorismo, –otra forma de representación del enemigo- y lo cometen quienes, “con el fin de crear o mantener un ambiente de zozobra, o de perturbar el orden público, empleen contra personas o bienes medios de destrucción colectiva. Diez a veinte años de prisión sin perjuicio de la pena que corresponda por los demás delitos que ocasionen este hecho.” (Artículo 187 C.P) Dentro de las técnicas del derecho penal del enemigo aquí, se puede reconocer un delito de estatus, donde se está considerando potencialmente peligroso a un sujeto que se halla revestido de cierta cualidad fundante en este caso al terrorismo.

Es claro que la figura del enemigo en la legislación penal en Colombia, no resulta ser una mera metáfora como la plantea Jakobs –por lo menos inicialmente- en su teoría; en el contexto colombiano el enemigo se personifica en todo aquel al que el Estado considera como peligroso. Esto revela un país donde ha existido una relación estrecha e incuestionable entre guerra, derecho y política. Por eso los integrantes de la comisión de 1958 hacen énfasis en que el desarrollo de la política del país, –ese bipartidismo excluyente y ambiguo- ha tenido repercusiones en cada rincón del país, por medio de la violencia. Así, la “guerra” y la figura del enemigo, no responde a simples metáforas en el contexto colombiano (González, 2009), donde efectivamente sí hay una situación de guerra y un enemigo detectado. “La lógica de la guerra se entiende de una manera alarmante y cada vez invade más espacios de la vida social y política.” (Blair, 1995)

La triada –guerra, derecho y política- es una confirmación de las fallas estructurales –no solo del Estado- sino de la sociedad colombiana, en cuanto a la tramitación de sus diferencias y el ejercicio mismo de los derechos y libertades de sus ciudadanos. El derecho además de constituir un arma política para representar el poder del Estado en la guerra, también ha estado provisto de una fuerte carga simbólica que legitima la acción estatal ante la opinión pública; lo que Mauricio García Villegas reconoce como “la presentación de las normas jurídicas como símbolos dirigidos hacia la representación, donde se enfatiza la fuerza del derecho, en su carácter de discurso” (García, 1991).

El elemento político es fundamental en esta discusión. El Estado colombiano, en uso de sus facultades constitucionales, llevó a cabo prácticas que buscaron contener y mantener lejos de la discusión pública temas sociales que constituían serios problemas –por ejemplo la distribución de la tierra- y señaló como enemigos a quienes estuvieran realizando este tipo de reclamos y afirmaciones. Por medio de este tipo de estrategias “se controló y desvertebró el movimiento campesino de recuperadores de tierra en los primeros años de la década de los setenta.” (Uribe, 1995) Además los expertos de la Investigadora señalan la pobreza como resultado de un asunto de inequidad, y esto constituye una causa de violencia en Colombia.

En síntesis, muchos de los delitos a los cuales el Estado ha aplicado este tipo de normas, se debe reconocer, que surgen del estado de guerra, inseguridad y violencia que ha permeado el país a lo largo del siglo XX. Las guerrillas, el narcotráfico y el terrorismo son fenómenos que han tenido un desarrollo paralelo a la guerra en el país, Además de esto se pueden

llegar a excesos tales que se pueden ver vulnerados los derechos más básicos y las libertades más elementales.¹⁸

El decreto 2066 de 1977 dispuso lo siguiente:

Artículo 1. Mientras subsista el actual estado de sitio, por las estaciones de radiodifusión sonora y por los canales de televisión, no podrán transmitirse informaciones, declaraciones, comunicados o comentarios relativos al cese de actividades o a paros y huelgas ilegales.

La restricción a la información y la limitación a la libertad de expresión también son repercusiones propias de una legislación autoritaria y drástica, en un contexto de orden amenazado. Así es como funciona el derecho en cuanto herramienta política para contrarrestar el daño que le causa el enemigo a la imagen del Estado. Esto es propio en un país de violencias que se transforman y reciclan, donde los instrumentos excepcionales siempre resultan herramientas privilegiadas por los ejecutivos. (Jaramillo, 2011)

El decreto 1923 de 1978 afirmaba lo siguiente:

ARTÍCULO 7: Se impondrá arresto incommutable hasta por un año, a quien o quienes:

a). Ocupen transitoriamente lugares públicos, o abiertos al público, u oficinas de entidades públicas o privadas, con el fin de presionar una decisión de las autoridades legítimas, o de exhortar a la ciudadanía a la rebelión

b) Inciten a quebrantar la ley o a desobedecer a las autoridades o desatiendan orden legítima de autoridad competente;

c) Usen injustificadamente máscaras, mallas, antifaces u otros elementos destinados a ocultar la identidad o alteren, destruyan u oculten las placas de identificación de los vehículos

d). Porten injustificadamente objetos utilizables para cometer infracciones contra la vida e integridad de las personas, tales como armas de fuego, puñales, cuchillos, machetes, varillas, tacos, piedras, botellas con gasolina, mechas, sustancias químicas o explosivos

En este nuevo ejemplo se puede observar la estricta apuesta por la criminalización de diversas conductas, a tal punto de llegar a castigos desmesurados e ilógicos como considerar un acto criminal –merecedor de castigo- el porte de piedras, o el uso de objetos que imposibiliten el reconocimiento de un sujeto, como los antifaces. El Estado construye las crisis, y trata de criminal a todo aquel que se comporte de manera crítica y diferente frente al Gobierno; así como a los que promuevan, encabecen o dirijan un alzamiento en armas para derrocar al Gobierno Nacional, legalmente constituido, o para cambiar o suspender en todo o en parte el régimen constitucional existente (Art 1, Decreto 1923, 1978) Sin dudas, este tipo de medidas busca ampliar el campo de maniobra para un Estado

¹⁸ Cuando un país se ve envuelto en una situación de violencia y conflicto, el Estado tiene la posibilidad de decretar la figura de estado de excepción que, se justifica en tanto que con él se busca suprimir la situación de amenaza, esto es, aparece como un momento transitorio a través del cual sea posible el restablecimiento de la paz y el orden, o en otros términos, la homogenización necesaria de la sociedad que hace posible la normal operatividad de las normas (Martínez, 2009)

que ve amenazado su dominio y en peligro su gobernabilidad. Lo que deja entrever un conflicto en lo que se considera legal y lo que es legítimo.

El Estado colombiano aduce su legalidad independientemente si goza del respeto y reconocimiento de sus ciudadanos administrando el poder de manera autoritaria. Lo que podría plantearse como una situación donde se presenta un Estado que cumple con las reglas constitucionales, -está legalmente constituido- pero resulta parcialmente ilegítimo¹⁹, y el descontento de la ciudadanía se manifiesta en huelgas, protestas y mítines que son conductas penalizadas y castigadas, lo que significa un blindaje a la gobernabilidad del Estado frente a sus detractores.²⁰ En síntesis, no hay unos canales que permitan la comunicación del Estado y la sociedad civil, porque todas estas relaciones se ven inmersas en un contexto de violencia y resentimiento.

Además, el estado de sitio fue una figura que se constituyó como el remedio para todos los males, en todo momento (Pérez, 1999). La situación de violencia que supone una amenaza para cualquier Estado -y Colombia no es una excepción- hizo recurrente la figura del estado de sitio, donde se toman una serie de decisiones políticas que facultan al gobierno para restringir ciertos derechos y libertades, en tanto se restablezca el orden. Además, “el estado de excepción, asumido como estrategia de gobernabilidad, no se aplicó solamente al campo del orden público, sirvió también para tomar algunas decisiones sobre política económica, reformas institucionales y legislación penal.” (Uribe, 1995)

“La figura del estado de sitio en un telón de fondo de perturbación permanente y de utilización exacerbada del estado de excepción como exclusivo recurso de gobernabilidad” (Pérez, 1999) significó una herramienta política propia del régimen colombiano para legitimarse y garantizar su dominio ante la amenaza que suponía la figura del enemigo que tanto he mencionado. No hay una comunicación que involucre al representante frente a sus representados, más bien es una relación entre dominante y dominados. El Estado se arma y considera cualquier práctica -por ilegítima que resulte- para conservar su integridad.²¹

Otra consecuencia política -quizá la más seria- es que el poder ejecutivo se convierte en el creador de la ley, lo que deja de lado la voluntad de la nación²² expresada en las leyes de la república, que naturalmente son tarea del Congreso, y que “de haberse dado su discusión habrían sido aprobadas con dificultad y en un proceso legislativo sumamente lento, lo cual

¹⁹ La legitimidad del Estado empieza a fracturarse desde que los partidos políticos renuncian a competir por el poder naturalmente en las urnas, lo que supuso el Frente Nacional. Además, como lo expresa la profesora María Teresa Uribe, decir que el régimen político colombiano es gobernable, no significa que la sociedad lo sea, tampoco que sea democrática, o que los gobiernos tengan representatividad y mucho menos legitimidad, o que sean particularmente eficientes o eficaces. (Uribe, 1995)

²⁰ Como Bobbio lo resalta la legitimidad se refiere a la opinión que juzga a quien detenta el poder, mientras que la legalidad se relaciona con el cumplimiento de las reglas y los marcos legales. El ideal de esta relación se expresa en la legitimidad respecto al ciudadano y su opinión; y la legalidad frente al ejercicio del poder.

²¹ El estado de excepción se convirtió, por lo menos hasta 1991, en un instrumento ordinario de la política gubernamental. La excepción era casi permanente. Así, por ejemplo, en los 21 años transcurridos entre 1970 y 1991 Colombia vivió 206 meses bajo estado de excepción, es decir, 17 años, lo cual representa el 82% del tiempo transcurrido. Entre 1949 y 1991 Colombia vivió más de 30 años bajo estado de sitio. (El Espectador, 2008)

²² Para el periodo de tiempo estudiado en este texto regía en Colombia la Constitución de 1886, donde la soberanía residía en la nación, no en el pueblo como está estipulado desde 1991. Así decía el artículo 2 de la Constitución de 1886 “La soberanía reside esencial y exclusivamente en la nación.”

no se justificaba mientras existiera un recurso constitucional expedito como el estado de sitio” (Uribe, 1995) que además, tenía como fuerte justificación la situación conflictiva del país. Con esto, las normas adquieren un tinte personal, dejando serios vacíos de legitimidad, la ampliación de los marcos de actuación del presidente y del poder ejecutivo, resultan una amenaza a las garantías de los ciudadanos.

Como se mencionó anteriormente, un rasgo que podríamos definir como característico de las administraciones del Estado en Colombia ha sido el trato punitivo al fenómeno de la violencia. Y bien lo plantearon los expertos en *La Investigadora*: la idea no es perdonar y olvidar lo que hacen los criminales, es mostrar un trato –al menos en parte- más benévolo como gesto de paz y de reconciliación. Esto supone que “es el soberano quien sigue teniendo la capacidad de decisión sobre los enemigos a combatir, para lo cual puede incluso recurrir a los mecanismos excepcionales dispuestos para ello.” (Martínez, 2009)

La resolución de la violencia y los problemas políticos bajo la lógica del derecho penal del enemigo cierra la puerta al campo de la sociabilidad²³, donde no es posible pensar en el otro, en el oponente político, sino en los criminales que resultan una amenaza para el Estado y la sociedad. Esto favorece los referentes socio culturales que “están enmarcados por la imagen del enemigo y cuya expresión más visible es el recurso permanente a las armas como el mecanismo privilegiado de relación con el otro.” (Blair, 1995). Añadiendo -como se ha podido observar- no solo se privilegia la coerción y la violencia mediante el uso de las armas, el derecho, específicamente la legislación penal, se constituye de igual forma, en una herramienta privilegiada para responder al otro y perseguirlo.

Es válido pensar que las recomendaciones establecidas por los expertos en la década de los sesenta propendían por el entendimiento de la política como relación y consenso, lo que implica destruir la imagen del enemigo, como condición indispensable en la búsqueda de soluciones políticas (Blair, 1995), mientras el Estado lee la solución a la violencia como enfrentamiento al enemigo, usando las armas y el derecho como herramientas; lo que no significó un trato más efectivo, en tanto la situación de violencia y de conflicto persiste en el país hasta nuestros días.

Conclusiones

Se puede concluir que la violencia ha sido un elemento fundante y transversal en el desarrollo de la legislación penal en Colombia en el periodo comprendido entre 1962 – 1980. El Estado colombiano ha privilegiado el derecho y las armas como herramientas para combatir las amenazas presentes al orden institucional legalmente constituido. El tratamiento mismo que el Estado colombiano le ha dado a sus crisis destaca el estado de sitio, por encima de otros puntos de vista que sugieren un diálogo articulado entre las ramas del poder público, para que el ejecutivo no asuma las facultades propias del legislativo.

A pesar de las dudas sobre las repercusiones de las comisiones de expertos en la toma de decisiones del Estado frente a la política criminal, se puede –y es válido-, plantear la

²³ Concepto tomado del artículo de Elsa Blair *La imagen del enemigo ¿un nuevo imaginario social?* Donde se define la sociabilidad como la oportunidad de construir espacios favorables para pensar en el otro.

hipótesis de que efectivamente las sugerencias de los expertos pueden tener efectos –no a nivel nacional como han sido planteadas-, sino a nivel local, en temas sociales o de seguridad. Casos como Bogotá y Medellín -más recientemente-, muestran cómo por medio de políticas públicas y políticas de seguridad se ha contribuido a la reducción de los homicidios en estas ciudades desde principios de siglo. (Llorente & Guarín, 2013)

La figura del enemigo, ha sido relacionada por el Estado colombiano no solamente en los liberales, ateos, guerrilleros, narcotraficantes y terroristas, sino también en los activistas, sindicalistas y estudiantes, esto deja ver como se le ha dado un trato bajo la lógica del derecho penal del enemigo a la movilización social. Es decir, la protesta y la inconformidad social se volvió blanco de criminalización, lo que amplía el margen de actuación y control del Estado sobre sus ciudadanos, resultando una forma de actuación política injusta y desmesurada.

Cuando se revisan las normas penales expedidas en este periodo de tiempo – El Estatuto de Seguridad de 1978 y el Código Penal de 1980-, se convalida la hipótesis que sostiene que el Estado colombiano ha respondido ante la crisis con decretos que restringen derechos y libertades, justificando un estado de cosas turbado y un ambiente político difícil que, sobretodo, amenaza la legitimidad y pone en serios apuros la gobernabilidad del ejecutivo, frente a tal situación la respuesta sigue siendo la criminalización y la estigmatización.

Además, se puede reconocer la anticipación de las barreras de punibilidad como la lógica en la que actúan estas normas, es decir, que el Estado busca adelantarse y prevenir ciertas conductas consideradas delictivas, propio esto, del derecho penal de enemigo. Por último, tanto “la clase política –los diferentes gobiernos como sus fuerzas armadas- como la izquierda colombiana –guerrillas, han apelado a las armas en un proceso ininterrumpido de confrontación que cumple más de cuarenta años.” (Blair, 1995)

Si bien este texto se refiere al pasado, ojalá sirviera como una reflexión para que tales prácticas políticas no se repitan. En un contexto de negociación para terminar políticamente el conflicto armado como el que hoy vive Colombia, es válido pensar una reformulación frente a las barreras de actuación del Estado por vía del derecho penal. Esto sugiere que la respuesta a los problemas del país no debe ser solamente de tipo bélico y punitivo. Se trataría de apostar por escenarios de socialización donde sea posible la construcción de un ambiente político diferente con el otro. Si se sigue leyendo la política como una relación -a la manera de Schmitt- amigo-enemigo, los conflictos no serán resueltos en su totalidad, porque el enemigo es una figura que muta y toma diferentes rostros, todo depende de quien esté dispuesto a calificar al otro, o al oponente como tal.

Por último y a la manera de Chantal Mouffe; “el comportamiento agonal lejos de representar un peligro para la democracia, es en realidad su condición misma de existencia” (Mouffe, 1999), donde la relación con el otro no debe suponerse ni desarrollarse en un contexto que siga implicando antagonismos. Por el contrario, este tipo de relaciones deben darse en términos agónicos, donde la figura del otro represente la imagen de un adversario, contradictor u oponente, pero no la del retrato del enemigo, tal como lo presenta de manera radical Schmitt en su teoría.

Bibliografía

- + Aponte, Alejandro (2005). *¿Derecho penal de enemigo o derecho penal del ciudadano?*, Bogotá: Temis
- + Aponte Alejandro. (2006). *Guerra y política: Dinámica cotidiana del derecho penal de enemigo*, Medellín: Nuevo Foro Penal
- + Blair, Elsa (Julio 1995). *La imagen del enemigo ¿un nuevo imaginario social?*, Medellín: Estudios Políticos
- + Código Penal de 1980
- + Cote, Gustavo (2010). *Derecho penal de enemigo en la Violencia (1948-1966)*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana,

- + Fals Borda Orlando (1977). *La violencia en Colombia*. Tomo I. Bogotá: Punta de Lanza
- Giraldo, Jorge (Junio 1999). *Los otros, que no son el enemigo. Situación polémica y terceros en Schmitt, Freund y Bobbio*. Medellín: Estudios políticos

- + García, Mauricio (1991). *La eficacia simbólica y narcotráfico en Colombia*. En: Las drogas bajo tres nuevos enfoques analíticos: De la narcodiplomacia y la simbología jurídica a la industria del placer. Bogotá: Centro de Estudios Internacionales de la Universidad de los Andes.

- + González, Julio (2009). *La política criminal en Colombia o cómo se construye un enemigo*. En: Armando Luis Calle (compilador).El estado actual de las ciencias penales. Medellín: Grupo Editorial Ibáñez

- + Parra, William. (2006). *La actual política criminal en Colombia, vista desde la perspectiva del Derecho penal del enemigo de Günther Jakobs*
- + Jaramillo, Jefferson (2011). *Las comisiones de estudio sobre la violencia en Colombia: tramas narrativas y ofertas de sentido temporal para comprender la violencia*
- + Jakobs, Günther (2007). *¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos*. Bogotá: Derecho penal y sociedad
- Jakobs, Günther & Cancio, Manuel (2003). *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas
- + Llorente, María & Guarín, Sergio (2013). *Colombia: éxitos y leyendas de los modelos de seguridad ciudadana: los casos de Bogotá y Medellín*. En: ¿A dónde vamos? Análisis de políticas públicas de seguridad ciudadana en América Latina. Woodrow Wilson International Center for Scholars
- + Mouffe, Chantal (1999). *El retorno de lo político: comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*. Barcelona: Paidós
- + Muñoz, Julián (2015). *Saber y poder en la política criminal de la seguridad democrática, 2002-2006*. Medellín: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia
- + Martínez, Wilmar (2009). *La dictadura como encarnación de lo político: anotaciones en torno a Carl Schmitt*. Medellín: Estudios políticos

- + Polaino-Orts, Miguel (2007). *Derecho penal del enemigo ¿Qué es? ¿Existe? ¿Debe existir? ¿Por qué existe?* Bogotá: Derecho penal y sociedad
- + Pécaut, Daniel (2000). *Populismo imposible y violencia: el caso colombiano*. Medellín: Estudios Políticos

- + Pécaut, Daniel (Febrero 2015). *Un conflicto armado al servicio del status quo social y político. En: Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia. Comisión histórica del conflicto y sus víctimas*
- +Pérez, William (Agosto 1999). *Sistema penal y emergencia en Colombia*. Barcelona: Revista electrónica de geografía y ciencias sociales
- + <http://www.elspectador.com/impreso/politica/articuloimpreso43317-un-pais-de-estados-de-excepcion>
- + Schmitt, Carl (2009). *El concepto de lo político*. Madrid: Alianza Editorial
- + Sandoval, Emiro (1985). "*Sistema penal y criminología crítica*", Bogotá: Temis
- + Uribe, María Teresa (1995). *Crisis política y gobernabilidad en Colombia 1980-1995*. Medellín: Estudios Políticos
- + Uribe, María Teresa (2002). *La guerra y la política: Una mirada desde Michel Foucault*. Medellín: Estudios Políticos.