

CUADERNOS

DE DERECHO PENAL

Nº 2

Director:

FERNANDO VELÁSQUEZ V.

Doctrina:

El Derecho penal en la era de la globalización vs. el Derecho penal de la globalización alternativa.

Ricardo Posada Maya.

Justicia transicional: su contenido y significado. Una breve aproximación al caso colombiano.

Daniel Sandoval Amador/Andrea Nacira Matus Giraldo/

Julio César Tulena Salom/ Paola Daniela Triana González

Jurisprudencia:

Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de 23 de febrero 2009, radicado: N° 29418. La responsabilidad penal de mandos o cabecillas de organizaciones criminales. Coautoría material impropia, empresa criminal y asociación ilícita. Se reitera doctrina.

Christian Wolffhügel Gutiérrez.

Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de 18 noviembre 2008, radicado: N° 29183. Los avatares de la “dosis personal”: de derecho constitucional a “crimencito”.

Hernando León Londoño Berrío.

Bibliografía:

Kai Ambos (Coordinador): Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado, Bogotá, Edit. Temis, 2008, 185 páginas.

Lizbeth Barrera Rodríguez.

Oscar Julián Guerrero Peralta: Institutos Probatorios del Nuevo Proceso Penal, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2009, 285 páginas.

Carlos E. Lozano Martínez.



UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA
CUADERNOS DE DERECHO PENAL No. 2

Rector	Rodrigo Noguera Calderón
Decano (a)	José María del Castillo Abella
Director:	Fernando Velásquez Velásquez
Comité Editorial:	Claudia López Díaz Hernán Gonzalo Jiménez Barrero Christian Wolffhügel Gutiérrez
Coordinadora:	Lizbeth Barrera Rodríguez
Corrector de Estilo:	José Martín Cristancho Martínez
Diseño y diagramación:	Maruja Esther Flórez Jiménez

Primera edición: agosto de 2009.

Queda prohibida toda reproducción por cualquier medio sin previa autorización escrita del editor.

Edición realizada por el Fondo de Publicaciones
Universidad Sergio Arboleda.
Carrera 15 No. 74-40
Teléfonos: 3 25 75 00 Ext. 2131 - 3 22 05 38 - 3 21 72 40.
www.usa.edu.co
Fax: 3 17 75 29.

ISSN: 2027-1743

Contenido

I. Presentación.....	5
II. Doctrina	
El Derecho penal en la era de la globalización vs. el Derecho penal de la globalización alternativa. <i>Ricardo Posada Maya.....</i>	7
Justicia transicional: su contenido y significado. Una breve aproximación al caso colombiano. <i>Daniel Sandoval Amador/Andrea Nacira Matus Giraldo/ Julio César Tulena Salom/ Paola Daniela Triana González.....</i>	37
III. Jurisprudencia	
Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de 23 de febrero 2009, radicado: N° 29418. La responsabilidad penal de mandos o cabecillas de organizaciones criminales. Coautoría material impropia, empresa criminal y asociación ilícita. Se reitera doctrina. <i>Christian Wolffhügel Gutiérrez.....</i>	79
Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de 18 noviembre 2008, radicado: N° 29183. Los avatares de la «dosis personal»: de derecho constitucional a «crimencito». <i>Hernando León Londoño Berrío.....</i>	129
IV. Bibliografía	
Kai Ambos (Coordinador): Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado, Bogotá, Edit. Temis, 2008, 185 páginas. <i>Lizbeth Barrera Rodríguez.....</i>	225
Oscar Julián Guerrero Peralta: Institutos Probatorios del Nuevo Proceso Penal, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2009, 285 páginas. <i>Carlos E. Lozano Martínez.....</i>	229

I. Presentación

El proyecto encaminado a construir una publicación donde se plasmen los trabajos de los académicos adscritos y/o vinculados a las actividades del Departamento de Derecho Penal y a su Grupo de Investigación, que comenzó con la aparición del primer Cuaderno –también inserto en el Portal de Derecho penal del Departamento*– toma ahora un nuevo aire con esta segunda entrega:

El número puesto a disposición de los estudiosos conserva el mismo diseño del precedente, aunque ahora se acompaña del ya anunciado apartado de bibliografía. En efecto, en primer lugar, la *sección de doctrina* está destinada a dos trabajos: uno, de autoría del Profesor RICARDO POSADA MAYA, Director del Área penal de la Universidad de los Andes, intitulado “El Derecho penal en la era de la globalización vs. el Derecho penal de la globalización alternativa”, que se corresponde con la ponencia por él presentada en el III Congreso de Estudiantes de Derecho Penal, celebrado el pasado 16 de octubre de 2008 en la Universidad; el otro, denominado “Justicia transicional: su contenido y significado. Una breve aproximación al caso colombiano”, es fruto de la labor desarrollada como miembros del semillero de investigación en Derecho Penal internacional, adscrito al “Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas «Emiro Sandoval Huertas»”, por los estudiantes ya egresados DANIEL SANDOVAL AMADOR, ANDREA NACIRA MATUS GIRALDO, JULIO CÉSAR TULENA SALOM y PAOLA DANIELA TRIANA GONZÁLEZ, quienes durante largos meses de trabajo incursionaron sobre esta problemática.

En la *sección de jurisprudencia*, se insertan dos decisiones recientes de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia objeto de exhaustivo análisis y confrontación por dos connotados estudiosos: de un lado, el Profesor CHRISTIAN WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ aborda la

* Al efecto, se puede consultar el siguiente link: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/index.htm.

providencia de la Sala de Casación Penal expedida el 23 de febrero de 2009, radicado N° 29418, en materia de la mal llamada figura de la coautoría impropia que, en contravía del programa penal de la Constitución y de la ley penal, se ha empotrado en la jurisprudencia, esta vez para calificar la conducta de quienes delinquen al interior de aparatos organizados de poder; el comentarista, en acertado examen, muestra desde sus orígenes los yerros e inconveniencias de esta construcción y demanda su erradicación definitiva.

De otro lado, el Profesor HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO, catedrático de la Especialización en Derecho Penal y de la Universidad de Antioquia, se ocupa de la sentencia de dieciocho de noviembre de dos mil ocho, radicado 29183, en materia de porte de dosis personal de estupefacientes que –para bien del Derecho Penal y de la Administración de Justicia– ha producido un saludable viraje en esta materia que el investigador confronta, en un muy sesudo y crítico comentario, con la muy respetable posición del Gobierno Nacional abanderada por el Señor Presidente de la República, encaminada a modificar la Constitución Política mediante un acto legislativo en curso, para criminalizar la dosis personal.

Finalmente, aparece la *sección de bibliografía* en la cual se reseñan dos textos diferentes: en primer lugar, el coordinado por el Profesor Kai Ambos y del cual es coautor en unión de otros estudiosos, denominado “Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado”, examinado por la Coordinadora de este medio de difusión, la Especialista en Derecho Penal LIZBETH BARRERA RODRÍGUEZ; y, en segundo lugar, el del Profesor Oscar Julián Guerrero Peralta –Catedrático de los postgrados de Derecho penal de la Universidad– intitulado como “Institutos Probatorios del Nuevo Proceso Penal”, tarea a cargo del estudiante CARLOS E. LOZANO MARTÍNEZ.

En fin, sólo resta decir que con complacencia se ponen a disposición de los lectores estos materiales con los que se espera, como siempre, fieles a los postulados de la libertad de cátedra y el respeto por las opiniones ajenas, agitar el debate académico y jalonar las disciplinas penales en el medio.

FERNANDO VELÁSQUEZ V.

Director.

Bogotá, 30 de julio 2009.

II. Doctrina

EL DERECHO PENAL EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN vs. EL DERECHO PENAL DE LA GLOBALIZACIÓN ALTERNATIVA

RICARDO POSADA MAYA*

Resumen

El Derecho penal es un sistema de control social formalizado que, a lo sumo, puede ser calificado como internacional, pues aun no es un sistema jurídico globalizado o mundializado, a pesar de las etiquetas o nombres de las corporaciones que representan este supuesto orden sancionador. En el ámbito del Derecho penal todavía son y serán los Estados nacionales quienes ejercerán el control sobre la criminalidad, incluso internacional o transnacional. El debate del Derecho penal en la era de la globalización, no se puede estancar en la discusión –no tan nueva– del Derecho penal del enemigo, la corrupción o neo-corrupción y el crimen organizado. Esta reducción del fenómeno es muy peligrosa para las sociedades latinoamericanas, pues esconde el verdadero trasfondo del asunto y le impide a los actores ser proactivos, propiciar la discusión y producir una verdadera transformación del Derecho penal regional. Las instancias políticas no pueden evitar la responsabilidad social de la criminalidad, y atribuir toda la culpa de ésta a los distintos procesos de globalización. El gran desafío del Derecho penal en los próximos años consiste en lograr armonizar la globalización de la sanción con la democracia representativa y los derechos humanos. Es mejor reclamar más globalización en materia de derechos y libertades, justicia y seguridad.

Palabras Clave: globalización, mundialización, derecho penal, globalización alternativa, control social, democracia representativa, estados nacionales, criminalidad, sociedades latinoamericanas.

* Profesor de Derecho Penal de la Universidad de los Andes, Bogotá. Ponencia presentada en el marco del III Congreso de Estudiantes de Derecho Penal: «Derecho Penal y Globalización, Principales Desafíos», llevado a cabo el 16 de octubre de 2008, en la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá (Colombia).

I. PARTE

Quiero expresar mis más sinceros agradecimientos al señor Rector de la Universidad Sergio Arboleda, Dr. RODRIGO NOGUERA CALDERÓN, al señor Decano de la Escuela de Derecho Prof. JOSÉ MARÍA DEL CASTILLO ABELLA, a su vicedecano Prof. ERNESTO LUCENA BARRERO y al Prof. FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Director del Departamento de Derecho penal de esta prestigiosa casa de estudios, por su amable invitación al Tercer Congreso Estudiantil de Derecho penal. También sea esta la oportunidad para estrechar aún más los lazos entre la Universidad Sergio Arboleda y la Universidad de los Andes a la cual represento el día de hoy. Igualmente, quiero saludar a los reconocidos Profesores HERNANDO LONDOÑO BERRÍO, ALFONSO CADAVID QUINTERO, JESÚS ANTONIO MUÑOZ GÓMEZ y CHRISTIAN WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ.

Se me ha invitado para tratar un tema académico vinculado con el Derecho penal y la globalización, particularmente, en relación con los desafíos directos e indirectos que este conjunto de procesos de integración o unión económica, social y humana representan para el Derecho penal postmoderno, en los distintos esquemas capitalistas que cohesionan o condicionan el sistema económico y jurídico en general.¹

Naturalmente, es de esperar que, a estas alturas del Congreso, casi todos los Profesores hayan planteado una lectura general sobre el concepto de globalización y cuáles serían sus características y rasgos fundamentales, sus límites y sus pretensiones. Ello, no obstante lo elusivo, ambivalente, contradictorio y desafiante que resulta éste neologismo verbal, que desde el decenio de los 90 del siglo XX es utilizado diversamente en discusiones –científicas y mundanas– relacionadas con aspectos centrales de la economía local y mundial, la religión, el medio ambiente, el derecho, la sociología, la antropología, la educación, la política e incluso la moral, entre muchas otras disciplinas.

¹ Cfr. ANTÓN SARASQUETA, *Una visión global de la globalización*, Navarra, EUNSA, 2004, pág. 11. <http://site.ebrary.com/lib/bibliotecauniandessp/docDetail.action?docID=10061307&p00=globalizaci%C3%B3n%20y%20derecho%20penal>. MIGUEL ÁNGEL DÍAZ MIER, «Precisando el concepto de globalización económica», pág. 3 y ss., en https://portal.uah.es/portal/page/portal/GP_EPD/PG-MA-ASIG/PG-ASIG-36208/TAB42351/Precisando%20el%20Concepto%20de%20Globalizaci%C3%B3n%20Ec.pdf; GIOVANNI E. REYES, «Teoría de la globalización: bases fundamentales», en *Nómadas*, (ene.-jun.) núm. 3, Red *Nómadas*, 2006. <http://site.ebrary.com/lib/bibliotecauniandessp/docDetail.action?docID=10127737&p00=globalizaci%C3%B3n+>

Precisamente, el sociólogo alemán ULRICH BECK concluye que la “globalización significa la perceptible pérdida de fronteras del quehacer cotidiano en las distintas dimensiones de la economía, la información, la ecología, la técnica, los conflictos transculturales y la sociedad civil y, relacionada básicamente con todo esto, una cosa que es al mismo tiempo familiar e inasible –difícilmente captable–, que modifica a todas luces con perceptible violencia la vida cotidiana y que fuerza a todos a adaptarse y a responder. El dinero, las tecnologías, las mercancías, las informaciones y las intoxicaciones “traspasan” las fronteras, como si éstas no existieran. Inclusive cosas, personas e ideas que los gobiernos mantendrían, si pudieran, fuera del país (drogas, emigrantes ilegales, críticas a sus violaciones de los derechos humanos) consiguen introducirse. Así entendida, la globalización significa la muerte del apartamento, el vernos inmersos en formas de vida trasnacionales a menudo no queridas e incomprendidas, o –tomando prestada la definición de ANTHONY GIDDENS– actuar y (con)vivir superando todo tipo de separaciones (en los mundos aparentemente separados de los Estados nacionales, las religiones, las regiones y los continentes)”².

En este sentido, usualmente se escuchan referencias discursivas –reales y simbólicas– a un Derecho criminal (por utilizar el sentido Carrariano del término), cuyas características principales evolucionan, desde la perspectiva de la teoría social, como procesos históricos que sistematizan disímiles expresiones o tendencias interdependientes, aunque anacrónicas, activas y organizadas a largo plazo, con mayor o menor intensidad en distintos ámbitos temporales. Procesos que, naturalmente, admiten múltiples perspectivas de análisis como, por ejemplo: (i) liberal tecnocentrista e infraestructuralista, (ii) realista o interestatalista, (iii) marxista o productivista, (iv) constructivista, (v) postmodernista o imperial racionalista, y vi) incluso de género, solo por mencionar las preferidas por la inabarcable doctrina sobre la globalización o mundialización³.

Tendencias que tienen origen desde la antigüedad, en la que aparece el capitalismo mercantil (mercantilismo), que luego se transforma de manera progresiva en el capitalismo industrial (liberalismo), y

² En general, véase ULRICH BECK, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, Respuestas a la globalización*, trad. de Bernardo Moreno y Ma. Rosa Borrás, Barcelona, Paidós, 1999; LAURA ZÚNIGA RODRÍGUEZ, *Política criminal*, Madrid, Cóllex, 2001, pág. 276.

³ Cfr. DÍAZ MIER, «Precisando...», ob. cit., pág. 5 y ss.

hoy, a partir de fenómenos como la “Perestroika”, la “Glasnost” (1985) y –fundamentalmente– la caída del muro de Berlín (1989), se manifiesta como capitalismo transnacional o multinacional (basado en un neoliberalismo informático-comunicacional de integración, que actualmente está en crisis)⁴. Figuras que también han sido estudiadas, desde el decenio de los noventa, por importantes sociólogos del control criminal como ZAFFARONI y BERGALLI, en numerosas obras científicas y escritos relacionados con el tema, en los que se distinguen conceptos como, por ejemplo: globalización y mundo global, capitalismo y globalización, entre otros, de capital importancia para entender adecuadamente este fenómeno.

En cualquier caso, el Derecho penal occidental, justo es decirlo, ha sido receptivo a la evolución de los mercados capitalistas, entendidos como formas de interacción de los seres humanos en un momento histórico determinado, según los intereses sociales dominantes. Precisamente, el Derecho penal se transforma de modo reactivo cuando cambian las actividades y las ideas humanas, en busca de la mundialización que, desde luego, no sólo es de naturaleza económica o financiera, aunque estas perspectivas sean las más influyentes y visibles, incluso desde la estrecha perspectiva del derecho⁵, sobre todo en materia de intercambios de bienes y servicios, inversiones directas en el exterior y circulación de capitales financieros.

En nuestro medio jurídico, esta evolución del Derecho penal se observa con particular intensidad y nitidez en la fundamentación de los delitos patrimoniales (desde la protección exclusiva del derecho de propiedad hasta la protección de los derechos personales e inmateriales); o en la fundamentación patrimonial de ciertas

⁴ Cfr. BERTHA LERNER SIGAL, “Un panorama general de la globalización: génesis, evolución y perspectivas,” *Red RIPS*, vol. 1, año 1, 2006, págs. 12 y 15. http://site.ebrary.com/lib/biblioteca_uniandes_sp/docDetail.action?docID=10127346&p00=globalizaci%C3%B3n+y+derecho+penal; ALFONSO SILVA SERNAQUE, “Crisis del neoliberalismo: ¿Cambios en el Derecho penal?, vigencia de una tesis”, I. Congreso Internacional de “Derecho, filosofía, economía, sociología, psicología y educación en un mundo global”, 29 al 31 de octubre de 2008, en http://www.hostos.edu/downloads/documento_prof._silva.pdf, pág. 3 y ss. Acerca del derecho penal de la integración, véase FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “Del funcionalismo normativista al derecho penal de la integración”, en *Cuadernos de Derecho Penal*, núm. 1, Fernando Velásquez Velásquez (dir.), Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2009, págs. 7 y 15 y ss.

⁵ Véase FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “Globalización y Derecho penal”, en http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/13agosto07/velasquez_global.pdf, pág. 3 y ss.

teorías para el Derecho penal (por ejemplo: desde aquella teoría decimonónica que afirma que se es persona a partir del momento en que se puede heredar (completa separación de la madre y supervivencia: Código Civil, artículo 90), hasta el concepto de persona libre a partir del proceso de parto). Sobre el particular, basta preguntarse qué protegían tales ordenamientos a finales del s. XIX y qué protegen (y qué deben proteger) hoy. En este sentido, BERGALLI advierte que “el derecho moderno, y en particular el derecho penal, reflejan una forma de organización social pertinente a los intereses de quienes poseen bienes”⁶, justo es decirlo, en un momento histórico determinado. Otro ejemplo interesante de regionalización del Derecho penal, aunque desde una perspectiva intelectualista hegemónica, fue el proyecto de Código Penal tipo para América Latina.

Sin embargo, desde ahora debe advertirse que, en la era de la globalización, precisamente lo que impera es el no Derecho penal (la administrativización del Derecho penal). PORTILLA CONTRERAS explica esta idea, al advertir que “[l]os cambios estructurales provocados por el régimen pos(t)fordista y la expansión de la hegemonía capitalista están condicionando inevitablemente la metamorfosis del Derecho Penal. De hecho, la imposibilidad material de vigilar individualmente a la multitud, a los nuevos sujetos que aparecen tras la incorporación del saber en la producción, y la necesidad de acumulación de poder y capital promueven la conversión del Derecho Penal y la modificación de sus funciones tradicionales. Ahora, su finalidad es la pacificación interior, el control de los sectores no productivos y productivos en movimiento mediante las políticas de seguridad y orden público”⁷.

⁶ ROBERTO BERGALLI, “Relaciones entre control social y globalización: Fordismo y disciplina. Post-fordismo y control punitivo”, en *Sociologías*, Porto Alegre, año 7, núm. 13, ene.-jun. 2005, 180, pág. 180-211, <http://www.scielo.br/pdf/soc/n13/23561.pdf>, pág. 24/33.

⁷ GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS, “Globalización del antiterrorismo: El retorno del Derecho Penal al estado de naturaleza”, en *Viento Sur*, núm. 83, nov. 2005. www.vientosur.info/articulosabierto/vientosur83-globalizacion-antiterrorismo.pdf, pág. 1/14. Sobre el tema véase JOSÉ LUÍS DIEZ RIPOLLÉS, *La política criminal en la encrucijada*, *Estudios y debates en derecho penal*, J.M. Silva Sánchez (dir.), núm. 3, Montevideo-Buenos Aires, BdF, 2007, pág. 61 y ss.; EMMA MENDOZA BREAMAUNTZ, *Globalización, internacionalización del delito y seguridad*, en <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1628/16.pdf>.

Ahora bien, algunas características del Derecho penal en la era de la globalización serían las siguientes:

PRIMERO. Se trata de un Derecho (penal) nacional que cede algunas de sus funciones de control a los sistemas jurídicos internacionales⁸. Sistemas jurídicos cada vez más expansivos y dominantes, que refuerzan la difuminación del poder del Estado-nacional⁹, es decir, promueven la tesis de la declinación o disminución, en virtud de la cual se sostiene que, cuando el Estado es débil, su accionar debe replegarse a la región o condicionarse a los mandatos de los organismos multilaterales.

Naturalmente, tras ello existe la discusión de lo que implica construir un derecho mundializado en un mundo global. Una construcción que resulta problemática, cuando la sociedad no tiene claro cuáles son: a) los límites reales entre los derechos nacionales y el(los) derecho(s) internacional(es) o su ámbito real y personal de competencia; b) los problemas reales y simbólicos que existen entre dichas fronteras “formales”, cada vez menos “materiales”, subsidiarias y fragmentarias; c) cuáles son las fuentes del derecho internacional verdaderamente compatibles con el derecho nacional¹⁰; y d) qué mecanismos le permitirían a la sociedad enfrentar, disminuir y matizar las posibles contradicciones existentes, en palabras de MUTSAKU¹¹, producto de una expansión mundial del

⁸ Cfr. GABRIELA RODRÍGUEZ, “Derecho Internacional y Globalización”, en *Isonomía*, núm. 11 (oct. 1999) http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361653113462832088024/isonomia11/isonomia11_02.pdf, pág. 4 y ss.; JUAN IGNACIO PÉREZ CURCI, “La globalización y sus consecuencias en el nuevo orden jurídico internacional”, en <http://www.uca.edu.ar/esp/sec-fderecho/subs-leynatural/esp/docs-articulos/pdf/perez-curci-02.pdf>, pág. 3 y ss. En general, véase ENRIQUE GHERSI, “Globalización de la justicia”, en *Libertas*, núm. 36-3, Buenos Aires, Eseade, 2002. http://site.ebrary.com/lib/bibliotecauniandessp/docDetail.action?Doc_ID=10060225&p00=globalizaci%C3%B3n+y+derecho+penal.

⁹ Cfr. JUAN FÉLIX MARTEAU, ¿Cuáles son las nuevas características del Estado globalizado?, Entrevista (Criminólogo, docente, Universidad de Buenos Aires), en *Derecho Penal Online* <http://www.derecho-penalonline.com/derecho.php?id=28,138,0,0,1,0> (Página web completa).

¹⁰ Cfr. ROBERTO NAVARRO DOLMESTCH, “Los efectos en el sistema chileno de fuentes del derecho penal de la incorporación de los tratados internacionales y del fenómeno de la globalización”, en *Ius et Praxis*, año 10, núm. 1, Talca, Universidad de Talca: Red Ius et Praxis, 2006, pág. 78 y ss. <http://site.ebrary.com/lib/bibliotecauniandessp/docDetail.action?docID=10109395&p00=globalizaci%C3%B3n+y+derecho+penal>

¹¹ Cfr. KANDE MUTSAKU KAMILAMBA, *La globalización desde el punto de vista de la periferia*, México, Tecnológico de Monterrey-Porrúa, 2002, cit. NIMROD MIHAEL CHAMPO SÁNCHEZ, “El Derecho penal frente a la globalización”, en *Boletín Mexicano de Derecho*

capitalismo, que acentúa significativamente el valor del capital, la competitividad y productividad de los mercados en detrimento de los derechos constitucionales de las personas.

Precisamente, esta falta de claridad en la operatividad de los instrumentos con vocación internacional o global, en muchos casos propicia la desinstitucionalización de la vida política y la desarticulación de la práctica judicial de los países, en especial, cuando el Estado nacional deja de ser “el sujeto referente” para garantizar los derechos y satisfacer las necesidades de la población, o cuando el bienestar de los mismos se delega tácitamente a otros actores. En estos casos, se recurre en sentido retórico a las instancias nacionales, por ejemplo: a la CPI o a la Fiscalía Internacional, para presionar, de manera equivocada, la garantía institucional de principios democráticos como la independencia judicial o para evitar la intervención de terceros Estados en los asuntos internos de Colombia.

SEGUNDO. Se trata de un Derecho penal cuyo desarrollo supone el cumplimiento o el seguimiento de directrices político-criminales internacionales, transnacionales o macrorregionales, diseñadas en algunos casos por órganos multilaterales y en otros por Estados nacionales hegemónicos (EE.UU., plan Colombia). Por este medio, se ha alcanzado cierta homogeneidad jurídica internacional que, justo es decirlo, no garantiza sistemas jurídico-penales equilibrados en términos constitucionales, porque generalmente estos buscan incrementar el poder del Estado (*ius Puniendi*) y su intervención penal, mediante la creación e implementación de delitos coyunturales y de peligro en abstracto¹². Tres ejemplos del seguimiento de dichas políticas se pueden observar, precisamente, en:

1. La regionalización e internacionalización de los sistemas procesales penales en América Latina, como un reflejo claro de la expansión del derecho norteamericano (adversarial) en el mundo¹³. Tendencia que va acompañada por varias características:

Comparado, NS, año XXXIX, núm. 46 (may.-ago.), 2006, pág. 405-428: <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex116/BMD11604.pdf>, pág. 3 y 13/24.

¹² Véase MARCELO ALFREDO RIQUERT, “Política Criminal y Globalización del Derecho Penal”, en http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/globalizacion.dpenal.pdf, pág. 6 y ss.

¹³ Sobre el particular, véase BERND SCHÜNEMANN, “¿Crisis del procedimiento penal? ¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?”, en *Temas actuales y permanentes de Derecho Penal después del milenio*, Madrid, Tecnos, 2002, pág. 288 y ss.;

a) Una poca aplicación real, más allá de pura retórica, de los tratados sobre derechos humanos y DIH en la práctica judicial ordinaria penal, aunque estos hagan parte del bloque de constitucionalidad¹⁴. La respuesta de muchos operadores del sistema es absurda, en el sentido de que esta normativa se aplica para resolver las acciones públicas, pero no en los procesos ordinarios, en los cuales, lo que en verdad importa es evitar que el capturado, a quien se le han violado los derechos fundamentales, quede en libertad cuando haya sido sorprendido en estado de flagrancia con 20 kilos de droga. Existen, por lo tanto, verdaderas limitaciones materiales, no solo formales o jurisprudenciales, para la aplicación de los estándares internacionales de justicia en Colombia.

b) Las reformas legislativas al Derecho penal y procesal penal son incontables (más de 29 desde el año 2001)¹⁵. De hecho, casi todas las reformas se han orientado a generar una pretendida e ilusoria “mayor seguridad nacional o global”, o, directamente a proveer de cierta seguridad pública subjetiva a los ciudadanos mediante leyes penales simbólicas¹⁶, que en realidad implementan delitos de escasa o poca lesividad, o introducen fenómenos de “neo-criminalización” en los que predominan tipos de peligro en abstracto, paratipicidades sin solución con tipos de sospecha, de “opinión” o de omisión de deberes abstractos.

Reformas legales que, de manera activa: (i) promueven la globalización de los bienes jurídicos y la mundialización de las víctimas, y (ii) acarrear modificaciones que introducen incrementos

El mismo, “La reforma del proceso penal”, *Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”*, núm. 26, Manuel Jaén Vallejo, Emilio Moreno y Bravo (coord.) y Ma Luisa Silva Castaño, Madrid, Dykinson, 2005.

¹⁴ Sobre el concepto, véase RICARDO POSADA MAYA, “El bloque de constitucionalidad y el sistema acusatorio”, en *Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales*, núm. 15, Escuela de Derecho, Alejandro Ordóñez Maldonado (Dir.), Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2008, págs. 7-40.

¹⁵ Véase JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, “Las recientes reformas penales en Colombia: Un ejemplo de irracionalidad legislativa”, en AA.VV.: *La política legislativa penal Iberoamericana en el cambio de siglo, Una perspectiva comparada (2000-2006)*, José Luis Díez Ripollés y Octavio García Pérez (coord.), Montevideo-Buenos Aires, Edisofer-BdeF, 2008, págs. 75-118.

¹⁶ Sobre el tema véase PETER-ALEXIS ALBRECHT, “El Derecho penal en la intervención de la política populista”, en AA.VV., *La insostenible situación del Derecho penal*, Estudios de Derecho Penal, núm. 15, Carlos María Romeo Casabona (dir.), Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, Granada, Comares, 2000, pág. 471 y ss.

punitivos desproporcionados, que desequilibran la estructura del Derecho penal liberal¹⁷, deslegalizan la justicia y politizan el proceso penal mediante el uso indebido del principio de oportunidad (instituto que, en nuestro medio, cada vez más es una expresión de que todo es negociable en la macrocriminalidad, mientras que todo es punible en la microcriminalidad). Sobre el particular, ZAFFARONI agrega que “[e]l ámbito de la pena sin condena, o sea, de la prisión preventiva, se amplía considerablemente y el juicio propiamente dicho tiende a suprimirse, reemplazado por la negociación, que no es más que una extorsión para que el vulnerable al poder punitivo acepte una pena bajo amenaza de imponerle otra mayor”¹⁸. Además, es evidente la explosión carcelaria¹⁹.

Es más, la CORTE CONSTITUCIONAL de Colombia ha declarado contrarios a la Constitución (inexequibles) elementos de estas reformas que, entre otras cosas, no han sido objeto de un debate público amplio e intenso. Entre dichas revocatorias se advierten aquellas que conllevan un aumento injustificado de los poderes de investigación y restricción de los derechos ciudadanos, por parte de las instituciones encargadas por la Constitución de la investigación²⁰; y la transferencia de poderes judiciales al ejecutivo (como a la Policía Nacional, en la Ley 1153 de 2007 de pequeñas causas, declarada inexequible por la Corte en sent. C-879 de 2008).

2. Objetivos indiscutibles de la agenda internacional en materia político-criminal, han sido las modificaciones normativas en materia de criminalidad internacional o transnacional (conceptos no necesariamente reductibles entre sí), relativas al terrorismo

¹⁷ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, “La Globalización y las Actuales Orientaciones de la Política Criminal”, en *Direito e Cidadania*, Año III, núm. 8, Praia – Cabo Verde, 1999-2000, págs. 78, Publicaciones Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional Universidad De Castilla La Mancha, <http://www.cienciaspenales.net> y <http://portal.uclm.es>, pág. 9/25.

¹⁸ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, “Globalización y crimen organizado”, en: <http://www.penal.org/pdf/Guadalajara-Zaffaroni.pdf>, http://www.penal.org/new/publications.php?Doc_zone=PUB&langage=es&Iddoc=396. En general, PABLO MILANESE, “La medida de seguridad y la “vuelta” a la inocuización en la sociedad de la inseguridad”, en <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,191,0,0,1,0> (página completa).

¹⁹ Sobre el tema cfr. JESÚS ANTONIO MUÑOZ GÓMEZ, “Reflexiones sobre la privatización carcelaria”, en *Derecho penal liberal y dignidad humana, Libro homenaje al Dr. Hernando Londoño Jiménez*, Fernando Velásquez (Coord.), Bogotá, Temis, 2005 pág. 433 y ss.

²⁰ Cfr. POSADA MAYA, “El bloque...”, ob. cit., págs. 7-40.

transnacional²¹ –Consejo de Seguridad de la ONU, resolución núm. 1373 del 2001–, lavado de activos, contrabando, comercio ilícito de bienes culturales y medio ambientales, trata de personas, genocidio, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra, cibercrímenes, migración ilegal y narcotráfico luego de los fatídicos sucesos del 11 de septiembre en EE.UU. y el 11 de marzo en España²².

3. La creciente implementación y cumplimiento de los mecanismos de cooperación judicial entre los Estados, fundamentalmente en materia de extradición, repatriación de presos, intercambio de información policiva y evidencia judicial en el ámbito de criminalidades altamente impunes y lesivas que atentan contra colectivos vulnerables. Lo que demuestra que tampoco los países centrales, por sí mismos, tienen la capacidad de combatir satisfactoriamente la gran criminalidad internacional.

Lo cierto del caso, es que la globalización en el contexto del Derecho penal latinoamericano y particularmente en el caso colombiano, ha supuesto en verdad un simple proceso de adecuación jurídica de los ordenamientos penales nacionales a las demandas de criminalización internacionales, so pena de sanciones económicas o aislamiento político²³. Pero ello no ha supuesto verdaderos procesos de mejor interrelación entre las sociedades latinoamericanas, a tal punto que el antiguo concepto de soberanía nacional, en el caso de Estados que propician políticas nacionalistas, ha sido el mejor aliado de la moderna delincuencia internacional.

TERCERO. También es perceptible la incidencia de los medios de comunicaciones masivas –locales y mundiales–, en la transformación del ámbito vital y del Derecho penal²⁴. No se puede desconocer que

²¹ Véase PORTILLA CONTRERAS, “Globalización...”, ob. cit., pág. 1/14.

²² En general: cfr. JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2001, pág. 25 y ss.; JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, “Prólogo a la ed. Española”, en *La insostenible situación del Derecho penal*, Estudios de Derecho penal, Carlos María Romeo Casabona (dir.), Granada, Instituto de ciencias criminales de Frankfurt y Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, 2002, pág. XI y ss.; BLANCA MENDOZA BUERGO, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Civitas, 2001, pág. 23 y ss.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política...*, ob. cit., pág. 37, cita núm. 57.

²³ Cfr. CARLOS J. SARMIENTO SOSA, “Algunas acotaciones sobre globalización y unificación del derecho en Iberoamérica”, en *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, núm. 17, (ene.-jun.) 2006, en http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num17/num17/Globalizaci%F3n%20y%20derecho.pdf, pág. 2 y ss.

²⁴ Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política...*, ob. cit., pág. 135.

en la era de la globalización, los medios de comunicación integran, de manera simbólica, los patrones de reacción social contra la micro y la macrocriminalidad, como exigencias difícilmente superables por las autoridades políticas y judiciales, quienes recrean, a su turno, respuestas jurídico-penales o administrativas simbólicas (de “sangre y hierro”), a través de las cuales se relativizan los derechos fundamentales de los ciudadanos, como la intimidad y la libertad personal. En verdad, se trata de la crisis del Estado policivo y el nacimiento del Estado neurótico.

El Derecho penal de la globalización es una forma de control social “aristocrático” en las sociedades modernas, que resulta más vulnerable en contextos locales a la influencia transformadora de los medios de comunicación, y a su estrategia de ocultamiento e inversión de la realidad, en particular, de los derechos constitucionales, que precisamente son entendidos como distorsiones corregibles del mercado. En este sentido, RODRÍGUEZ GARCÍA señala que “[h]oy en día algunos pocos juicios con relevancia pública son utilizados por los medios para influir en el actuar de los diferentes operadores jurídicos, en última instancia para lograr un beneficio empresarial mayor audiencia o número de ventas a un bajo coste, sin importar que con ello se estén sacrificando principios y garantías fundamentales en un Estado de Derecho. Por ello no debe extrañar que el tratamiento informativo de algunos casos dependa de quién controla los medios y qué juzgador es el encargado de dilucidar las controversias judiciales. Al final, se servirá a la carta, en directo, a diario, material judicial, suministrado por especialistas periodistas de investigación y expertos en Tribunales que hará que en ocasiones los ciudadanos se tengan que decantar entre el Poder Judicial o el poder de los medios de comunicación”²⁵.

Precisamente, en Colombia es notorio cómo la reacción social-comunicacional frente a la criminalidad exacerbada de manera continua y acrítica la demanda nacional de sanciones penales como la prisión perpetua o la pena de muerte, por razones que no necesariamente se compadecen con aquella racionalidad que se desprende del Derecho penal mínimo (Proporcionalidad, necesidad y razonabilidad). La política de reacción social penal ante la criminalidad ya se muestra

²⁵ NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA, “Globalización de la delincuencia versus globalización de la justicia penal: Una lucha desigual”, en *Revista Xurídica Galega*, 2000, págs. 48 y 49 <https://www.rexurga.es/pdf/COL200.pdf>, pág. 12 y 13/41.

efectiva con linchamientos sin juicio contra presuntos criminales, que finalmente resultan inocentes (primero las vallas de la infamia, luego los afiches de la vergüenza, etcétera)²⁶.

CUARTO. Además, desde el decenio de los noventa del s. XX es perceptible un incremento sustancial de los delitos en la parte especial de los estatutos punitivos, que suponen –paradójicamente– la protección del libre mercado y la intervención estatal en una economía neoliberal, que se desarrolla bajo la lógica del paso del capitalismo liberal fordiano a los esquemas capitalistas transnacionales o post-fordianos. Sistemas normativos que conforman lo que la doctrina llama el “nuevo derecho económico y de la tecnología”²⁷. Un esquema de intervención que, como es ampliamente conocido, es relacional.

En este sentido, por ejemplo, la inclusión de los delitos contra los trabajadores en algunos países europeos obedeció a la precarización y flexibilización de las condiciones del trabajo (delitos que protegen, en sentido transversal, la vida e integridad de los trabajadores y castigan el impago de las prestaciones sociales). Y así, en materia de delitos societarios, el orden económico-social, el perfeccionamiento de los delitos patrimoniales, la introducción de los cibercrímenes (a partir de la convención de Budapest a principios del milenio²⁸) y la protección de la seguridad –en todos los ámbitos conocidos–, como criterio rector de los nuevos modelos jurídicos de protección sistémica de la sociedad. Modelos que naturalmente son altamente represivos, y que en muchos casos relativizan el valor de la dignidad de la persona humana, para realzar los conceptos de seguridad y justicia (basta observar alguna decisión de la CORTE CONSTITUCIONAL de Colombia, en la que se pondera la dignidad personal, como aquella referida a la exequibilidad condicionada de las inspecciones corporales y otros mecanismos procesales de investigación²⁹).

²⁶ Sobre el tema cfr. JOSÉ LUIS PÉREZ TRIVIÑO, “Las Vallas de la Infamia: La vergüenza, la dignidad y los límites morales del castigo”, en *Temas de Derecho Penal*, RICARDO POSADA MAYA (coord.), 2008, Biblioteca Jurídica Uniandina, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, págs. 411-427

²⁷ En general, sobre el tema, cfr. LUIS GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pág. 118 y ss. Recientemente, el Congreso de Colombia expidió la ley num. 1273 del 05.01.2009, por medio de la cual se busca combatir la cibercriminalidad.

²⁸ Cfr. en <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/185.htm>

²⁹ Véase CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-822 de 2005, MP: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, exp. 5549. Sentencia en la que se “autoriza” al juez de garantías para ordenar acciones

Caso distinto es la protección del medio ambiente, que más allá de responder a la globalización absoluta, responde a la lógica de la globalización relativa o alternativa.

QUINTO. Se advierte un Derecho penal “fundamentalista” que agudiza diferencias y exacerba desigualdades sociales³⁰. En este sentido, la profesora M^a JOSÉ RODRÍGUEZ señala que “[l]a globalización, lejos de constituir una palanca de ampliación de estrategias penales de aplicación igualitaria, consagra la desigualdad, sobre todo como efecto de procesos de desregulación cuya consecuencia fundamental es la impunidad del poderoso en entornos débiles. Acorde con este nuevo orden social, en las importantes reformas del Derecho penal que se han llevado a cabo en nuestro país en los últimos años es posible observar una marcada tendencia a la neutralización de los “excluidos”, bien por su pertenencia a “sectores excluidos” o por su autoexclusión del sistema, manifestada en la repetición de su comportamiento delictivo”³¹.

SEXTO. Se observa un Derecho penal incapaz de controlar las relaciones sociales, precisamente, dada la inseguridad objetiva y subjetiva social que, justo es decirlo, propicia reacciones “pre-políticas” en los ciudadanos frente a la criminalidad (linchamientos, etcétera), y a la indefensión estatal frente a ciertos sujetos criminales que actúan en el marco de una interacción global compleja y diversa. La respuesta estatal –selectiva en el ejercicio del poder punitivo– para brindar seguridad, es la de un modelo punitivo que discrimina

que constituyen verdaderas violaciones materiales a la dignidad, en los términos del artículo 212 del C.P. Actividades que pueden adelantarse, inclusive, sin el consentimiento del procesado.

³⁰ Cfr. Sobre el tema: ROBERTO BERGALLI, “Sistema penal y exclusión social”, en <http://74.125.45.132/search?q=cache:A94tkJumUGUJ:www.defensapublica.org.ar/cartelera/articulo/Sistema-penal-y-exclusion-social.doc+globalizaci%C3%B3n+y+derecho+penal&hl=es&ct=clnk&cd=414&gl=co>; DENNIS CHÁVEZ DE PAZ, “Globalización, pobreza y violencia social en América latina”, en http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/tribuna/chavez_globpobviol.pdf; GABRIEL REGINO, “Globalización, neoliberalismo y control social. ¿Hacia donde se dirige el Derecho penal en México?”, en *Nómadas*, núm. 0, ISSN 1578-6730, 2003, Universidad Complutense de Madrid, nomadas@cps.ucm.es, <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/181/18100012.pdf> *Nómadas*; GUSTAVO JAVIER GONZÁLEZ FERRARI, “Globalización, minorías y control social”, en http://www.foresjusticia.org.ar/investigaciones/articulos/articulos_2003/Globalizacion%20minorias%20y%20control%20social.pdf.

³¹ M^a JOSÉ RODRÍGUEZ MESA, “Las razones del Derecho penal, Modelos de fundamentación y legitimación”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, pág. 5/10, RECPC 09-10 (2007)_ <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-10.pdf> ISSN 1695-0194.

y que termina afectado los procesos de justicia nacionales y sus garantías constitucionales. Por tal motivo, en estos esquemas, el Estado tiene la obligación primordial de cumplir las expectativas ciudadana, en especial, mantener a cualquier coste el orden social y la paz.

Para todos es conocida la actual dicotomía de los Derechos penales de múltiples velocidades (muy criticada por la doctrina), reforzada por construcciones funcionalistas radicales como el Derecho penal del [contra el] enemigo, que implican verdaderas reorganizaciones jurídicas (primordialmente en manos de cuerpos de policía autónomos o departamentos de seguridad del Estado), cuyo accionar se basa en modelos globales de excepción para la guerra, orientados a la punición ejemplar de grupos “peligrosos”, estereotipos criminales o sujetos típicos del derecho internacional, por la infracción de las reglas del nuevo orden mundial. Sistemas penales “para el enemigo”³² que también sirven para generar terror penal o alarma social (prevención general negativa intimidatoria o integradora en su versión autoritaria), con el propósito de reconstruir la sensación de solidaridad, seguridad subjetiva y evitar disensos políticos o infidelidades institucionales al derecho, inevitables naturalmente, cuando pululan la pobreza, la desigualdad y el desempleo. La interminable tensión entre garantías y lucha ideológica, simbólica y efectiva contra la criminalidad extra-social.

Existen ejemplos de sobra. Basta mencionar los estatutos contraven- cionales de los últimos 15 años, los estatutos ordinarios y extraordinarios de guerra, y la ley de justicia y paz en Colombia; la “PATRIOT ACT.” (HR. 3162) y los sistemas de prevención del terrorismo

³² Sobre el tema, cfr. BERND SCHÜNEMANN, “¿Derecho penal del enemigo? Crítica a las insoportables tendencias erosivas en la realidad de la administración de justicia penal y de su insoportable desatención teórica”, en AA.VV.: *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Manuel Cancio Melia y Carlos Gómez-Jara Díez (coord.), 2 vol., Edisofer y BDF, 2006, págs. 963-984; ALEJANDRO APONTE CARDONA, *Guerra y derecho penal del enemigo, reflexión crítica sobre el eficientísimo penal de enemigo*, Bogotá, Ibáñez, 2006 EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *El enemigo en el Derecho penal*, Bogotá, Ibáñez – Universidad Santo Tomás, 2006, págs. 22 y ss., 32 y ss.; LUIS GRACIA MARTÍN, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo””, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 07-02* (2005) <http://criminnet.ugr.es/recpc /07/recpc07-02.pdf> _ ISSN 1695-0194; EDUARDO DEMETRIO CRESPO, “El “derecho penal del enemigo” darf nicht sein!. Sobre la ilegitimidad del llamado “derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad”, en *ZIS, Toledo/Köln*, http://www.zis-online.com/dat/artikel/2006_9_67.pdf

en los Estados Unidos³³; y las medidas anti-migrantes en la comunidad Europea (ley de expulsión de ilegales, llamada “Directiva Retorno”), que convierten los migrantes en “chivos expiatorios” de las medidas contra-subjetivas estatales. Naturalmente, son desigualdades sociales que obedecen a ciertas tendencias macrorregionales o multidimensionales en el ámbito de la globalización de la sanción, dirigidas a la incapacitación de los sectores sociales no integrados y que ahora también se consideran no integrables al mercado, que tienen particular fuerza en situaciones de crisis económica.

II. PARTE

La globalización no es un “Dogma”, y por ello, no es un procedimiento inevitable, irrefutable o irreversible. En realidad, la globalización es una ideología dominante, cuyos efectos negativos deben ser evitados cuando comportan formas de participación peligrosas para los seres humanos. En términos generales, existen dos claras tendencias –que no son expresiones políticas uniformes– que rechazan los códigos dominantes y tradicionales de la mundialización. Ambas tendencias sostienen que los procesos económicos no pueden ser impulsados y controlados por las empresas multinacionales y las élites sociales dominantes. Los procesos económicos deben ser abiertos y flexibles en términos sociales³⁴.

³³ Cfr. HR 3162 RDS, 107th CONGRESS, 1st Session, H. R. 3162, IN THE SENATE OF THE UNITED STATES, October 24, 2001, <http://epic.org/privacy/terrorism/hr3162.html>. Un estudio completo del tema en: JOHN A. E. VERVAELE, *La legislación antiterrorista en Estados Unidos, ¿Inter arma silent leges?*, Con prólogo de Edmundo S. Hendler, Buenos Aires, del Puerto, 2007.

³⁴ Sobre el tema, véase ALBERTO ARROYO PICARD, “Alternativas a la globalización neoliberal”, Ponencia en el seminario El Mercosur que queremos, Asunción, 17 y 18 junio 2005, en <http://www.rqic.alternatives.ca/forum/arroyomercosur.pdf> Ponencia Seminario; JOSÉ LUIS CORAGGIO, “Problematicando la economía solidaria y la globalización alternativa”, en <http://www.coraggioeconomia.org/jlc/archivos%20para%20descargar/QuebecJLC.pdf>; KANDE MUTSAKU KAMILAMBA y MARIANA CASTRO ÁLVAREZ, “The NGOs of Development in the South: Neo-liberalism’s Instruments or Popular Alternatives? A Critical Approach to the Third Sector”, en *Politics and Social Movements in an Hegemonic World: Lessons from Africa, Asia and Latin America*. Boron, Atilio A.; Lechini, Gladys. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Junio. 2005, págs. 259-274. Acceso al texto completo: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/sursur/politics/Castro.rtf>; JAIME A. PRECIADO CORONADO y OLIVER D. ZAZUETA VALDEZ, “Anti-globalización, desglobalización, otra globalización”, 2003, en: <http://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/antiglobalizacion%20o%20desglobalizacion.pdf>.

La primera tendencia, basada en los modelos económicos neokeynesianos, plantea regulaciones para corregir o disminuir los efectos desfavorables de la globalización, como una cierta expresión del neoliberalismo económico. Esta postura insiste en “gobernar la globalización” para la humanización del sistema económico, respecto a los modelos de contractualización de las relaciones económicas. Un ejemplo básico de dicho sistema sería el actual fundamento constitucional en materia de salud, que media entre las necesidades del sistema y los derechos fundamentales de los asociados, bajo el principio de solidaridad. En términos generales, dichos modelos buscan priorizar la política exterior con las necesidades de la población mayoritaria nacional. En palabras de CALAME, “[...] el desafío es muy distinto si no se trata solamente de oponerse, sino también de construir un mundo diferente y afirmar que otro mundo y otra mundialización no sólo son posibles sino indispensables, si para la humanidad es ésta una cuestión de supervivencia, dado el *impasse* evidente que atraviesan los actuales modelos de desarrollo en los aspectos ecológico y social y considerando el hecho de que las regulaciones interestatales son incapaces de garantizar la paz y la justicia”³⁵.

La segunda tendencia, más radical, afirma la completa incompatibilidad de la globalización con el desarrollo humano sostenible, mediante una fuerte crítica de la lógica intrínseca del sistema económico mundial, basado en el libre mercado neoliberal. Para esta postura, la forma de participación del hombre en el comercio y los mercados deben cambiar –sustancialmente– de eje: del capital financiero al capital humano. Es decir, se trata de alcanzar un mercado personalista que satisfaga las necesidades, aspiraciones y el bienestar del hombre (social).

Por tal motivo, es necesario realizar una aproximación al tema del Derecho penal en la era de la globalización, desde aquella famosa frase: “Otro mundo es posible y es posible otro Derecho penal”, para señalar cuál acercamiento, desde lo local, permite fortalecer un Derecho penal liberal mundializado.

Una postura que plantea el fenómeno de la globalización como un proceso que limita las libertades en las interrelaciones humanas, y

³⁵ Cfr. PIERRE CALAME, “Desde la coalición de los anti-globalización hasta la consolidación de una alianza para otra mundialización”, en http://www.alliance21.org/lille/es/resultats/docs/Coalitionantimondial_janv02ES.pdf, pág. 2/7; DÍAZ MIER, “Precisando...”, ob. cit., págs. 13 y ss.

que parte de una lectura de un Derecho penal que reacciona violenta e irracionalmente (también denominado como Derecho penal salvaje), en términos coyunturales y cómo *prima ratio*, frente a una economía que, a pesar de la amplia desregulación y liberalización de las barreras proteccionistas nacionales, estructuralmente crecerá lentamente como consecuencia de la desaceleración y la polarización de las economías, esencialmente negativas y depresivas, lo que acarreará un incremento espectacular del desempleo, el descenso general de los niveles de vida, las crecientes dificultades para la producción de productos primarios en la empresa red, y una redistribución cada vez más asimétrica, desigual e injusta de los “costos de la crisis” económica en términos de oportunidades sociales. Lo cual, como está ampliamente documentado, también supondrá un aumento del desplazamiento interno, una quiebra aún mayor de la clase media y un aumento progresivo de la criminalidad individual y organizada³⁶.

En términos generales, aquél “otro Derecho penal”, locución que utilizaremos como referencia del Derecho penal en la globalización alternativa, tendría las siguientes características:

PRIMERO. Este otro Derecho penal no tiende a ser un derecho global o universal, pues la primera conclusión de la globalización alternativa es que la globalización realmente tiene significados, matices, lecturas y experiencias diferentes en las diversas regiones del planeta (la globalización fomenta pluralidades: Declaración de Copenhague 2000, ONU³⁷). Precisamente, en una sociedad definida como policéntrica, fragmentada y multicultural, las reglas se derivan de una multiplicidad de productores de derecho. Por ello, el Derecho penal de la globalización alternativa debería tener –como lo ha sugerido cierto sector antiuniversalista de la dogmática penal moderna– diversos significados regionales o locales, como fenómeno de control y poder político que resulta. Ello se debe a que cada país tiende, de manera progresiva, a apropiarse y a significar de diversa manera el Derecho penal como control social, según sus necesidades políticas e históricas.

³⁶ Sobre el fenómeno de la delincuencia organizada que afecta a la comunidad mundial, véase ROBERTO ANDRÉS OCHOA ROMERO, “Reflexiones en torno al concepto de delincuencia organizada y sobre algunas organizaciones criminales actuales”, en *Derecho Penal Contemporáneo*, núm. 21 (oct.-dic.), Bogotá, Legis, 2007, pág. 63 y ss.

³⁷ Cfr. en http://www.inclusion-ia.org/espa%F1ol/Norm/conferencias_cumbres.htm

Un ejemplo muy interesante de la regionalización de los derechos, incluso en el marco notable de la globalización de los derechos humanos, consiste en la marcada diferencia entre los sistemas de protección de derechos humanos entre Europa y América. Naturalmente, debido a sus distintos problemas, ideologías, idiosincrasias, economías y recursos, etcétera. Ello no significa que no existan importantes esfuerzos para acercar la labor de las cortes internacionales de derechos humanos y convertirlas en agentes de verdaderos sistemas globales de protección de los derechos humanos. Téngase en cuenta que la internacionalización y la globalización, en este ámbito, tienen una verdadera relación de intensidad o de grado. Este supuesto también es especialmente notorio en la mundialización del derecho internacional humanitario (dih), por cuenta del Estatuto de Roma³⁸.

En consecuencia, el Derecho penal solo puede ser verdaderamente global si existen órganos supranacionales capaces de garantizar su aplicación mundializada, sobre la base de la cesión consensuada y recíproca de la soberanía nacional, la unificación de fuerzas políticas y recursos contra la criminalidad. No obstante, este “otro derecho” debe reconocer, sin excluir la dinámica internacional contra la criminalidad, las diferencias, asimetrías y la diversidad de posibilidades y recursos entre los países; lo que supone afirmar que la conexión del Derecho penal mundial, sólo existe por la subsistencia de diversos sistemas regionales de derecho sancionador, que representan diversas tendencias macrorregionales o multidimensionales en el ámbito de la globalización de la sanción³⁹.

SEGUNDO. El Derecho penal no podrá ser verdaderamente global o universal, mientras las legislaciones internacionales y los sistemas de justicia internacionales: (i) sean generales e imprevisibles en sus actuaciones; (ii) no mejoren su operatividad y superen los

³⁸ Sobre el tema, véase HERNANDO BARRETO ARDILA, “Globalización del derecho internacional humanitario: Penalización de infracciones y violaciones graves al dih en el derecho interno colombiano”, en *El vuelo de Ícaro*, 1, 2001, págs. 191-210, <http://www.ligaprodederechoshumanos.org/icaro/barreto.pdf>. En Colombia, cfr. Ley 742 del 05.08.2002, que ratifica el estatuto de Roma.

³⁹ Cfr. ELIZABETH SALMÓN, “La globalización de la justicia internacional: Hacia un nuevo orden público internacional”, en *Actualidad Internacional-IESC* núm. 1/2007, pág. 97 y ss. <http://www.iesc.org.pe/actualidad1/justiciainternaiconal.pdf>; MATÍAS BAILONE, “El derecho penal en el camino de la armonización: la experiencia europea y latinoamericana”, <http://www.ilecip.org/pdf/Ilecip.Rev.003-c01.pdf>, pág. 5/10 y ss.

problemas graves de fragmentariedad que rodean su competencia. Particularmente en materia de intervención de las víctimas; (iii) no sean el resultado de una verdadera universalidad, sin excepciones de legitimidad o reservas; (iv) superen la carencia de autonomía efectiva en términos económicos y políticos; y finalmente, (v) obtengan cohesión jurisprudencial en el sentido de aclarar la dilución de las fuentes de derecho que los rigen.

El Derecho penal internacional debe suponer más que simples recomendaciones enviadas a los Estados para promulgar determinados preceptos penales. Por ello es necesaria una reforma estructural para hacer frente común a la globalización: un verdadero sistema internacional reconocido por los Estados, para la solución de los problemas criminales que escapan a su control efectivo. Es necesario evitar que los países hegemónicos neutralicen las acciones de la justicia internacional penal. Sólo ello garantizaría la exigencia de una Justicia accesible, trasparente y moderna; respetuosa de la dignidad de la persona y que supere los retos actuales de los derechos humanos⁴⁰.

TERCERO. Este otro Derecho penal supone entender la globalización como un proceso complejo, que no debería oponerse a la idea de justicia local, es decir, a un Derecho penal nacional fortalecido, que evolucione ante nuevos contextos y desafíos⁴¹. Ello pasa por restablecer la confianza en el Estado de derecho y del Estado en el Derecho, en las instituciones y en la administración de justicia, hoy tan golpeada.

Precisamente, la verdadera globalización del Derecho penal implicaría construir un sistema legal que no propicie la absorción jerárquica del sistema nacional por el sistema jurídico internacional, sino que permita una adecuada relación dialógica cooperativa y complementaria entre ambos, para que los esfuerzos nacionales, orientados al control de la criminalidad, se puedan desarrollar según

⁴⁰ MA. EUGENIA RODRÍGUEZ PALOP, *Desafíos actuales a los derechos humanos: la violencia de género, la inmigración y los medios de comunicación*, Madrid, Dykinson, 2006. <http://site.ebrary.com/lib/bibliotecauniandessp/docDetail.action?docID=10124241&p00=globalizaci%C3%B3n%20y%20derecho%20penal>

⁴¹ En general, véase ANDRÉ-NOËL ROTH DEUBEL, "Globalización, Derecho y Justicia: El Estado y las políticas públicas entre justicia formal y justicia material", en *VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Panamá, 28-31 Oct. 2003, <http://www.ijj.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/CLAD/CLAD%20VIII/documentos/roth.pdf>

una política criminal equilibrada y sostenible a largo plazo (es decir, no coyuntural o insubstancial). En el Derecho penal internacional (como incipiente fenómeno del Derecho penal global), el contexto local y el mundial son completamente interdependientes. Ejemplo de ello fue la investigación de la Fiscalía internacional en Darfur. La Fiscalía, sin cooperación interna, se vio incapacitada para realizar una investigación integral que le permitiera desarrollar su competencia de manera adecuada.

CUARTO. Un Derecho penal de estas características sólo puede contribuir a una sociedad más justa, cuando exista una verdadera política criminal (política social + política penal) que (i) controle el poder del Estado y busque el equilibrio entre la modernidad, la democracia representativa y los derechos humanos; (ii) garantice efectivamente la separación de poderes; (iii) fomente la democratización de las instituciones económicas; (iv) favorezca un libre mercado equitativo, con base en el desarrollo humano y social sostenible; (v) promueva los sistemas universales de salud y calidad de vida; (vi) controle el flujo de información; (vii) proteja los recursos energéticos, la identidad cultural y la interculturalidad, las identidades nacionales, el medio ambiente y los derechos integrales de las víctimas⁴².

Naturalmente, ello también supone aceptar que el antiguo concepto del monopolio de la fuerza, derivado de la soberanía, como consecuencia de las nuevas morfologías criminales y la privatización de la seguridad, cede ante nociones de solidaridad y prevención regional, local y urbana. Espacios donde el disenso y el consenso son la clave para reinterpretar el concepto de soberanía⁴³. De hecho, la soberanía sólo debería interpretarse en clave de mejor protección para la población de un país, sin entorpecer los mecanismos regionales de protección ante la macrocriminalidad. El Derecho penal alternativo implica asumir un concepto de Estado

⁴² Cfr. ALFONSO DE JULIOS-CAMPUZANO, *La globalización ilustrada: ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo*, Madrid, Dykinson, 2004, pág. 20. <http://site.ebrary.com/lib/bibliotecauniandessp/docDetail.action?docID=10056277&p00=globalizaci%C3%B3n+y+derecho+penal>; JAVIER DIVAR, *Globalización y democracia*, Madrid, Dykinson, 2006. <http://site.ebrary.com/lib/bibliotecauniandessp/docDetail.action?docID=10121605&p00=globalizaci%C3%B3n+y+derecho+penal>

⁴³ Véase IVÁN OROZCO ABAD, "Soberanía interior y garantismo: sobre la guerra y el derecho en Colombia", en *Garantismo y Derecho penal*, Juan Oberto Sotomayor (coord.), Bogotá, Temis, 2006, págs. 37-58; DANILO ZOLO, *Los señores de la paz: una crítica del globalismo jurídico*, Madrid, Dykinson, 2006, pág. 47 y ss. 113, <http://site.ebrary.com/lib/bibliotecauniandessp/docDetail.action?docID=10127303&p00=globalizaci%C3%B3n+y+derecho+penal>

esencialmente dinámico y “político” en términos de poderes regulatorios de las condiciones económicas y sociales, aunque permanentemente limitado por poderes transnacionales.

QUINTO. Además, la altermundialización y su Derecho penal tendrían como eje central el principio de igualdad real en materia económica, jurídica, social, cultural y política, y la protección efectiva de la biodiversidad y los derechos individuales y sociales de las minorías. Se trata de evitar un contractualismo puro en las relaciones humanas⁴⁴, algo difícil de alcanzar, cuando las reformas económicas del Estado vulneran la igualdad de oportunidades de las clases sociales, la educación, la seguridad, la salud y el trabajo. Por ello, en esta lógica, el Derecho penal no puede quedar reducido a un instrumento formal de control, mediante el cual los sujetos resultan marginados del sistema económico y social.

En cualquier caso, hoy más que nunca parece lejana la posibilidad construir un Derecho penal liberal, sobre la base de procesos de globalización que, en verdad, no implican una nueva era de riqueza y crecimiento sostenible, ni tampoco suponen nuevas oportunidades para los ciudadanos de los países “del viejo y el nuevo mundo”, pues no hay duda que las reglas de una posible hegemonía transnacional, capaz de dotar de estabilidad al mundo, incluso a la región, han desaparecido con la crisis financiera internacional.

Finalmente, es claro que la privatización de la seguridad hará que el Derecho penal no sea muy útil para los sistemas de dominación que plantea la modernidad y el mercado, sobre todo si el pesimismo vaticina, quizás, una vuelta al capitalismo manchesteriano (capitalismo salvaje), la pérdida de poder de los ciudadanos y la sociedad civil, la dictadura del capital, la desestatización, la despolitización y el cambio de una democracia representativa populista por una democracia corporativista. Es decir, en el futuro ya no se hablará del Derecho penal de la globalización, sino del Derecho penal de las corporaciones, precisamente, por el traslado de las decisiones políticas de los Estados Fallidos a las corporaciones multinacionales, que serían los verdaderos ciudadanos globales⁴⁵.

⁴⁴ Véase RICHARD L. HARRIS, “Alternativas latinoamericanas frente a la globalización y el capitalismo”, en *Nueva Sociedad*, núm. 214, (mar.-abr.), 2008, ISSN: 0251-3552, <http://www.nuso.org/upload/articulos/35061.pdf>

⁴⁵ LORENZO MORILLAS CUEVA, “Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 04-06 (2002), <http://criminet.ugr>.

Hoy, por ejemplo, se plantea el futuro reemplazo de la pena de prisión por la inhabilitación cibernética. Sanción que, incluso, podría ser equiparada a una muerte civil. Un cambio político en el desplazamiento estatal del poder del control social formal, que comienza su dualidad existencial con la transterritorialidad o ciberterritorialidad que supone, por ejemplo, el fenómeno de la cibercriminalidad. Ambas realidades moldearán el Derecho penal del futuro⁴⁶.

III PARTE

Como colofón de lo dicho hasta ahora se puede afirmar lo siguiente:

1. El Derecho penal es un sistema de control social formalizado, que a lo sumo puede ser calificado como internacional, pues aun no es un sistema jurídico globalizado o mundializado, a pesar de las etiquetas o nombres de las corporaciones que representan este supuesto orden sancionador. En el ámbito del Derecho penal todavía son y serán los Estados nacionales quienes ejercerán el control sobre la criminalidad, incluso internacional o transnacional. Ello supone, más bien, una ampliación del principio de jurisdicción universal sobre la base de la aplicación del Derecho penal nacional, y una mayor aplicación de los mecanismos de cooperación judicial transnacionales o multinacionales.
2. La discusión del Derecho penal en la era de la globalización, no se puede estancar en la discusión –no tan nueva– del Derecho penal del enemigo, la corrupción o neo-corrupción y el crimen organizado. Esta reducción del fenómeno es muy peligrosa para las sociedades latinoamericanas, pues esconde el verdadero trasfondo del asunto y le impide a los actores ser proactivos, propiciar la discusión y producir una verdadera transformación del Derecho penal regional.
3. Las instancias políticas no pueden evitar la responsabilidad social de la criminalidad, y atribuir toda la culpa de ésta a los distintos procesos de globalización. Esto se aplica tanto a los países

es/recpc/recpc_04-06.html o http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-06.pdf ISSN 1695-0194

⁴⁶ ERNESTO GRÜN, “La globalización del Derecho: Un fenómeno sistémico y cibernético”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 2, 1998-1999, págs. 11-17, [http://www.filosofiyaderecho.com/rtfd/ numero2/2-2.pdf](http://www.filosofiyaderecho.com/rtfd/numero2/2-2.pdf)

industrializados como a las Economías en desarrollo. De igual manera, es muy peligrosa la postura de otros Estados de la región, cuando ignoran los alcances de grupos terroristas localizados como, por ejemplo: las FARC o el ELN.

4. El gran desafío del Derecho penal en los próximos años consiste en lograr armonizar la globalización de la sanción con la democracia representativa y los derechos humanos. Ello requiere nuevos pactos sociales y ambiciosos diseños institucionales para alcanzar un Derecho penal latinoamericano más democrático, colectivo y permanente. Un Derecho penal que, con garantías, responda eficazmente contra la regionalización del crimen.

5. Finalmente, es mejor reclamar más globalización en materia de derechos y libertades, justicia y seguridad. Sin embargo, para ello es necesario: (a) Entender que la justicia no es tanto un problema de descongestión, rapidez y eficacia, como de equidad e igualdad. (b) Es necesario mejorar y legitimar a la administración de justicia, pues su percepción negativa afecta los derechos de la sociedad civil. (c) Es necesario plantear la vuelta a las leyes penales estatutarias. El Derecho penal no puede quedar en manos de la politiquería reformista y mediática. Y (d) es necesario fomentar nuevos mecanismos de cooperación en la investigación y la represión de los delitos internacionales.

IV. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Manuel Cancio Melia y Carlos Gómez-Jara Díez (coord.), 2 vol., Edisofer y BDF, 2006.

ALBRECHT, PETER-ALEXIS: "El Derecho penal en la intervención de la política populista", en AA.VV., *La insostenible situación del Derecho penal, Estudios de Derecho Penal*, núm. 15, Carlos María Romeo Casabona (dir.), Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, Granada, Comares, 2000, pág. 471 y ss.

APONTE CARDONA, ALEJANDRO: *Guerra y derecho penal del enemigo, reflexión crítica sobre el eficientísimo penal de enemigo*, Bogotá, Ibáñez, 2006.

ARROYO PICARD, ALBERTO: "Alternativas a la globalización neoliberal", Ponencia en el seminario *El Mercosur que queremos*, Asunción, 17 y 18 junio 2005, en <http://www.rqic.alternatives.ca/forum/arroyomercosur.pdf>

BAILONE, MATÍAS: "El derecho penal en el camino de la armonización: la experiencia europea y latinoamericana", <http://www.ilecip.org/pdf/Ilecip.Rev.003-c01.pdf>.

BARRETO ARDILA, HERNANDO: "Globalización del derecho internacional humanitario: Penalización de infracciones y violaciones graves al dih en el derecho interno colombiano", en *El vuelo de Ícaro*, 1, 2001, págs. 191-210, <http://www.ligapro derechoshumanos.org/icaro/barreto.pdf>.

BECK, ULRICH: *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, trad. de Bernardo Moreno y Ma. Rosa Borrás, Barcelona, Paidós, 1999.

BERGALLI, ROBERTO: "Relaciones entre control social y globalización: Fordismo y disciplina. Post-fordismo y control punitivo", en *Sociologías*, Porto Alegre, año 7, núm. 13, ene.-jun. 2005, 180, pág. 180-211, <http://www.scielo.br/pdf/soc/n13/23561.pdf>, pág. 24/33; [Http://www.eco.unlpam.edu.ar /Tteoricos/Sociologia/Bergalli%20control%20social.pdf](Http://www.eco.unlpam.edu.ar/Tteoricos/Sociologia/Bergalli%20control%20social.pdf)

----- "Sistema penal y exclusión social", en <http://74.125.45.132/search?q=cache:A94tkJumUGUJ:www.defensapublica.org.ar/cartelera/articulo/Sistema-penal-y-exclusion-social.doc+globali+zacion%C3%B3n+y+derecho+penal&hl=es&ct=clnk&cd=414&gl=co>

CALAME, PIERRE: "Desde la coalición de los anti-globalización hasta la consolidación de una alianza para otra mundialización", en <http://www.alliance21.org/lille/es/resultats/docs/Coalitionantimondialjanv02ES.pdf>

CHAMPO SÁNCHEZ, NIMROD MIHAEL: "El Derecho penal frente a la globalización", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, NS, año xxxix, núm. 46 (may.-Ago.), 2006, pág. 405-428. <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex116/BMD11604.pdf>, pág. 13/24.

CHÁVEZ DE PAZ, DENNIS: "Globalización, pobreza y violencia social en América latina", en http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/tribuna/chavez_globpobviol.pdf

CONFERENCIA DE COPENHAGUE (2000) en http://www.inclusion-ia.org/espaa%F10l/Norm/conferencias_cumbres.htm

CONVENCIÓN CONTRA EL CIBERCRIMEN, Budapest. <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/185.htm>

CORAGGIO, JOSÉ LUIS: "Problematizando la economía solidaria y la globalización alternativa", en <http://www.coraggioeconomia.org/jlc/archivos%20para%20descargar/QuebecJLC.pdf>

DE JULIOS-CAMPUZANO, ALFONSO: *La globalización ilustrada: ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo*, Madrid, Dykinson, 2004. <http://site.ebrary.com/lib/bibliotecauniandessp/docDetail.action?docID=10056277&p00=globalizaci%C3%B3n+y+derecho+penal>

DEMETRIO CRESPO, EDUARDO: "El "derecho penal del enemigo" darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado "derecho penal del enemigo" y la idea de seguridad", en ZIS, Toledo/Köln, http://www.zis-online.com/dat/artikel/2006_9_67.pdf

DIEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUÍS: *La política criminal en la encrucijada, Estudios y debates en derecho penal*, J.M. Silva Sánchez (dir.), núm. 3, Montevideo-Buenos Aires, BdF, 2007.

DIVAR, JAVIER: *Globalización y democracia*, Madrid, Dykinson, 2006. <http://site.ebrary.com/lib/bibliotecauniandessp/docDetail.action?docID=10121605&p00=globalizaci%C3%B3n+>

GHERSI, ENRIQUE: "Globalización de la justicia", en *Libertas*, núm. 36-3, Buenos Aires, Eseade, 2002. <http://site.ebrary.com/lib/bibliotecauniandessp/docDetail.action?DocID=10060225&p00=globalizaci%C3%B3n+y+derecho+penal>

DÍAZ MIER, MIGUEL ÁNGEL: "Precisando el concepto de globalización económica", en https://portal.uah.es/portal/page/portal/GP_EPD/PG-MA-ASIG/PG-ASIG-36208/TAB42351/Precisando%20el%20Concepto%20de%20Globalizaci%C3%B3n%20Ec..pdf

GONZÁLEZ FERRARI, GUSTAVO JAVIER: "Globalización, minorías y control social", en http://www.foresjusticia.org.ar/investigaciones/articulos/articulos_2003/Globalizacion%20minorias%20y%20control%20social.pdf.

GRACIA MARTÍN, LUIS: "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho penal del enemigo", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-02 (2005) _ [http://criminet.ugr.es/recpc _](http://criminet.ugr.es/recpc_) ISSN 1695-0194

-----: *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pág. 118 y ss.

GRÜN, ERNESTO: "La globalización del Derecho: Un fenómeno sistémico y cibernético", en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 2, 1998-1999, págs. 11-17, <http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero2/2-2.pdf>

HARRIS, RICHARD L.: "Alternativas latinoamericanas frente a la globalización y el capitalismo", en *Nueva Sociedad*, núm. 214, (mar.-abr.), 2008, ISSN: 0251-3552, www.nuso.org/. http://www.nuso.org/upload/articulos/3506_1.pdf

HR 3162 RDS, 107th CONGRESS, 1st Session, H. R. 3162, IN THE SENATE OF THE UNITED STATES, October 24, 2001. <http://epic.org/privacy/terrorism/hr3162.html>

JESÚS MARÍA, SILVA SÁNCHEZ: "Prólogo a la ed. Española", en *La insostenible situación del Derecho penal, Estudios de Derecho penal*, Carlos María Romeo Casabona (Dir.), Granada, Instituto de ciencias criminales de Frankfurt y Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, 2002, pág. XI y ss;

JESÚS MARÍA, SILVA SÁNCHEZ: *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2001.

LERNER SIGAL, BERTHA: "Un panorama general de la globalización: génesis, evolución y perspectivas", *Red RIPS*, vol. 1, año 1, 2006, pág. 11-40. <http://site.ebrary.com/lib/bibliotecauniandessp/docDetail.action?docID=10127346&p00=globalizaci%C3%B3n+y+derecho+penal>

MARTEAU, JUAN FÉLIX: "¿Cuáles son las nuevas características del Estado globalizado?", Entrevista (Criminólogo, docente, Universidad de Buenos Aires), en *Derecho Penal Online* <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=28,138,0,0,1,0>

MENDOZA BREAMAUNTZ, EMMA: *Globalización, internacionalización del delito y seguridad*, en <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1628/16.pdf>

MENDOZA BUERGO, BLANCA: *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Civitas, 2001.

MILANESE, PABLO: "La medida de seguridad y la "vuelta" a la inocuización en la sociedad de la inseguridad", en <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,191,0,0,1,0>

MORILLAS CUEVA, LORENZO: "Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro", en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC* 04-06 (2002) _ http://criminet.ugr.es/recpc_ISSN1695-0194

MUÑOZ GÓMEZ, JESÚS ANTONIO: "Reflexiones sobre la privatización carcelaria", en *Derecho penal liberal y dignidad humana, Libro homenaje al Dr. Hernando Londoño Jiménez*, Fernando Velásquez (Coord.), Bogotá, Temis, 2005 pág. 433 y ss.

MUTSAKU KAMILAMBA, KANDE: *La globalización desde el punto de vista de la periferia*, México, Tecnológico de Monterrey-Porrúa, 2002.

MUTSAKU KAMILAMBA, KANDE y CASTRO ÁLVAREZ, MARIANA: "The NGOs of Development in the South: Neo-liberalism's Instruments or Popular Alternatives? A Critical Approach to the Third Sector", en *Politics and Social*

Movements in an Hegemonic World: Lessons from Africa, Asia and Latin America. Boron, Atilio A.; Lechini, Gladys. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Junio. 2005, págs. 259-274. Acceso al texto completo: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/sursur/politics/Castro.rtf>

NAVARRO DOLMESTCH, ROBERTO: "Los efectos en el sistema chileno de fuentes del derecho penal de la incorporación de los tratados internacionales y del fenómeno de la globalización", en *Ius et Praxis*, año 10, núm. 1, Talca, Universidad de Talca: Red Ius et Praxis, 2006, págs. 77-111 <http://site.ebrary.com/lib/bibliotecauniandessp/docDetail.action?docID=10109395&p00=globalizaci%C3%B3n+y+derecho+penal>

OCHOA ROMERO, ANDRÉS: "Reflexiones en torno al concepto de delincuencia organizada y sobre algunas organizaciones criminales actuales", en *Derecho Penal Contemporáneo*, núm. 21 (oct.-dic.), Bogotá, Legis, 2007, pág. 63 y ss.

OROZCO ABAD, IVÁN: "Soberanía interior y garantismo: sobre la guerra y el derecho en Colombia", en *Garantismo y Derecho penal*, Juan Oberto Sotomayor (coord.), Bogotá, Temis, 2006, págs. 37-58.

PÉREZ CURCI, JUAN IGNACIO: "La globalización y sus consecuencias en el nuevo orden jurídico internacional", en <http://www.uca.edu.ar/esp/secfderecho/subs-leynatural/esp/docs-articulos/pdf/perez-curci-02.pdf>

PÉREZ TRIVIÑO, JOSÉ LUIS: "Las Vallas de la Infamia": La vergüenza, la dignidad y los límites morales del castigo", en *Temas de Derecho Penal*, Ricardo Posada Maya (coord.), 2008, Biblioteca Jurídica Uniandina, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, págs. 411-427.

PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO: "Globalización del antiterrorismo: El retorno del Derecho Penal al estado de naturaleza", en *Viento Sur*, núm. 83, nov. 2005. www.vientosur.info/articulos_abiertos/vientosur83-globalizacion-antiterrorismo.pdf, pág. 1/14.

POSADA MAYA, RICARDO: "El bloque de constitucionalidad y el sistema acusatorio", en *Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales*, núm. 15, Escuela de Derecho, Alejandro Ordóñez Maldonado (dir.), Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2008, págs. 7-40.

PRECIADO CORONADO, JAIME A. y ZAZUETA VALDEZ, OLIVER D.: "Anti-globalización, desglobalización, otra globalización", 2003, en: <http://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/antiglobalizacion%20o%20desglobalizacion.pdf>

REGINO, GABRIEL: "Globalización, neoliberalismo y control social. ¿Hacia dónde se dirige el Derecho penal en México?", en *Nómadas*, núm. 0, ISSN

1578-6730, 2003, Universidad Complutense de Madrid, nomadas@cps.ucm.es, <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/181/18100012.pdf> Nómadas;

REYES, GIOVANNI E.: "Teoría de la globalización: bases fundamentales", en *Nómadas*, (ene.-jun.) núm. 3, Red Nómadas, 2006. <http://site.ebrary.com/lib/bibliotecauniandessp/docDetail.action?docID=10127737&p00=globalizaci%C3%B3n+>

RIQUERT, MARCELO ALFREDO: "Política Criminal y Globalización del Derecho Penal", en http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/globalizacion.dpenal.pdf

RODRÍGUEZ GARCÍA, NICOLÁS: "Globalización de la delincuencia versus globalización de la justicia penal: Una lucha desigual", en *Revista Xurídica Galega*, 2000, <https://www.rexurga.es/pdf/COL200.pdf>.

RODRÍGUEZ MESA, M^a JOSÉ: "Las razones del Derecho penal. Modelos de fundamentación y legitimación", en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 09-10 (2007) _ http://criminet.ugr.es/recpc_ISSN_1695-0194.

RODRÍGUEZ, GABRIELA: "Derecho Internacional y Globalización", en *Isonomía*, núm. 11 (oct. 1999), http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/0136165311346283208_8024/isonomia_11/isonomia11_02.pdf

RODRÍGUEZ PALOP, MA. EUGENIA: *Desafíos actuales a los derechos humanos: la violencia de género, la inmigración y los medios de comunicación*, Madrid, Dykinson, 2006. <http://site.ebrary.com/lib/bibliotecauniandessp/docDetail.action?docID=10124241&p00=globalizaci%C3%B3n%20y%20derecho%20penal>

ROTH DEUBEL, ANDRÉ-NOËL: "Globalización, Derecho y Justicia: El Estado y las políticas públicas entre justicia formal y justicia material", en *viii Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Panamá, 28-31 Oct. 2003, <http://www.ij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/CLAD/CLAD%20VIII/documentos/roth.pdf>

SALMÓN, ELIZABETH: "La globalización de la justicia internacional: Hacia un nuevo orden público internacional", en *Actualidad Internacional-IESC* núm. 1/2007, pág. 97 y ss. http://www.iesc.org.pe/actualidad1/justicia_internaiconal.pdf

SARASQUETA, ANTÓN: *Una visión global de la globalización*, Navarra, EUNSA, 2004, <http://site.ebrary.com/lib/bibliotecauniandessp/docDetail.action?docID=10061307&p00=globalizaci%C3%B3n%20y%20derecho%20penal>

SARMIENTO SOSA, CARLOS J.: "Algunas acotaciones sobre globalización y unificación del derecho en Iberoamérica", en *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, núm. 17, ene.-jun. 2006, en http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num17/num17/Globalizaci%F3n%20y%20derecho.pdf

SCHÜNEMANN BERND: "¿Crisis del procedimiento penal? ¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?", en *Temas actuales y permanentes de Derecho Penal después del milenio*, Madrid, Tecnos, 2002, pág. 288 y ss.

-----: "¿Derecho penal del enemigo? Crítica a las insoportables tendencias erosivas en la realidad de la administración de justicia penal y de su insoportable desatención teórica", en AA.VV.: *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Manuel Cancio Melia y Carlos Gómez-Jara Díez (coord.), 2 vol., Edisofer y BDF, 2006, págs. 963-984.

-----: "La reforma del proceso penal", *Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa"*, núm. 26, Manuel Jaén Vallejo, Emilio Moreno y Bravo (coord.) y M^a Luisa Silva Castaño, Madrid, Dykinson, 2005.

SILVA SERNAQUÉ, ALFONSO: "Crisis del neoliberalismo: ¿Cambios en el Derecho penal?, vigencia de una tesis", I. Congreso Internacional "Derecho, filosofía, economía, sociología, psicología y educación en un mundo global", 29 al 31 de octubre de 2008, en http://www.hostos.edu/downloads/documento_prof._silva.pdf

SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO: "Las recientes reformas penales en Colombia: Un ejemplo de irracionalidad legislativa", en AA.VV.: *La política legislativa penal Iberoamericana en el cambio de siglo, Una perspectiva comparada (2000-2006)*, José Luis Díez Ripollés y Octavio García Pérez (coord.), Montevideo-Buenos Aires, Edisofer-BdeF, 2008, págs.75-118

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: "Del funcionalismo normativista al derecho penal de la integración", en *Cuadernos de Derecho Penal*, núm. 1.º, Fernando Velásquez Velásquez (dir.), Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2009, págs. 7-34.

-----: "Globalización y Derecho penal", en [http://www.unifr.ch/ddp1/derecho penal/articulos/pdf/13agosto07/velasquez_global.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derecho%20penal/articulos/pdf/13agosto07/velasquez_global.pdf)

VERVAELE, JOHN A. E.: *La legislación antiterrorista en Estados Unidos, ¿Inter arma silent leges?*, Con prólogo de Edmundo S. Hendler, Buenos Aires, del Puerto, 2007.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL: *El enemigo en el Derecho penal*, Bogotá, Ibáñez – Universidad Santo Tomás, 2006.

“Globalización y crimen organizado”, en: <http://www.penal.org/pdf/Guadalajara-Zaffaroni.pdf>, http://www.penal.org/new/publications.php?Doc_zone=PUB&langage=es &Iddoc =396.

----- “La Globalización y las Actuales Orientaciones de la Política Criminal”, en *Direito e Cidadania*, Año III, núm. 8, Praia – Cabo Verde, 1999-2000, págs. 71-96, Publicaciones Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional Universidad De Castilla La Mancha, <http://www.cienciaspenales.net>

ZOLO, DANILO: *Los señores de la paz: una crítica del globalismo jurídico*, Madrid, Dykinson, 2006, pág. 47 y ss. 113 (soberanía) <http://site.ebrary.com/lib/bibliotecauniandessp/docDetail.action?docID=10127303&p00=globalizaci%C3%B3n+y+derecho+penal>

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA: *Política criminal*, Madrid, Cólax, 2001.

JUSTICIA TRANSICIONAL: SU CONTENIDO Y SIGNIFICADO. UNA BREVE APROXIMACIÓN AL CASO COLOMBIANO

DANIEL SANDOVAL AMADOR
ANDREA NACIRA MATUS GIRALDO
JULIO CÉSAR TULENA SALOM
PAOLA DANIELA TRIANA GONZÁLEZ*

Resumen

La noción de Justicia Transicional se ha configurado durante los últimos años a partir del deseo de sociedades en crisis de reconstruir la confianza social, de reparar un sistema de justicia fracturado y de cimentar un régimen de gobierno con valores democráticos. El valor principal de la Justicia Transicional es el paradigma entre la paz y la justicia: no como la satisfacción de una justicia necesariamente criminal, sino de otras formas de la misma. Esta también supone una transformación política, consistente en el cambio de régimen o en la transición del conflicto, de tal manera que la justicia y la paz se unan hacia un futuro más pacífico, verdadero y democrático. La evolución del concepto y los sucesos más recientes muestran que, a menudo, es necesario realizar una combinación de acciones. Son diversos los actores implicados y disímiles las líneas de interpretación que muestran un interés creciente en considerar aspectos de Justicia Transicional en el contexto de situaciones de postconflicto. El siguiente trabajo busca precisar ese concepto y profundiza en la reflexión de cara a saber si existe o no un proceso de transición en Colombia según los paradigmas nacionales e internacionales de interpretación.

Palabras Clave: Justicia Internacional, Justicia Transicional, Derecho a la Justicia, Derecho a la Verdad y Derecho a la Reparación integral, Garantías de no Repetición, Víctimas, Grupos Armados Ilegales, Ley de Justicia y Paz, Una justicia transicional para Colombia, Justicia Punitiva, Perdones Responzabilizantes.

* Estudiantes egresados de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, adscritos al Semillero de Investigación en Derecho Penal Internacional, “Grupo de Investigación en Ciencias Penales y criminológicas «Emiro Sandoval Huertas»”, con la dirección del Profesor FERNANDO VELÁSQUEZ V., y la coordinación del Profesor CHRISTIAN WOLFFHÜGEL G.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los fines últimos de las sociedades, sin importar su período histórico, social y político, es la coexistencia. Una convivencia que garantice a cada uno de sus miembros el pleno desarrollo, su independencia y su seguridad en un marco de respeto sin que importe la orientación religiosa, de género y política. El fin último del Estado de Derecho es, básicamente, garantizar y permitir la pluralidad mediante el ejercicio y el desarrollo democrático. La mayoría de veces los diferentes enfoques históricos –algunos académicos y otros que por carencia de metodología y rigurosidad no lo son, pero no por ello carentes de validez– parecieran mostrar que la Historia es la historia del conflicto. Y es bajo el anterior contexto donde aparecen diferentes herramientas jurídicas que hacen honor y gala a todo lo que constituye el inmenso tejido social, a la capacidad de las sociedades de recomponerse digna y, ante todo, justamente. Todo lo anterior hace referencia, pues, a la “justicia transicional”, un instrumento complejo llamado a asumir nuevos retos de cara al logro de la paz social al interior de las sociedades en conflicto.

Precisamente, es esta coyuntura en la vida republicana y contemporánea de Colombia donde se incorpora una herramienta ágil, moderna y, ante todo, socializadora como es la Ley 975 de 2005 que se apoya hábilmente en elementos jurídicos, políticos (Constitución de 1991) inmersos en principios universalmente aceptados en el ámbito internacional y reglado en *los derechos humanos*. Este nuevo marco jurídico no se constituye simplemente en un nuevo paradigma de resolución de conflictos sino que, a la luz de las diferentes experiencias aplicadas, podría permitir un sólido camino hacia la construcción de una sociedad inmersa durante décadas en un amplio conflicto; no sólo por su tamaño, sino por la gran cantidad de matices y actores partícipes de él. Es así como ahora, a la luz de la correcta pero difícil aplicación de la *justicia transicional*, podría vislumbrarse una solución al final de este enorme y casi infinito espiral de violencia en Colombia.

Y no podía ser de otra manera, pues las mayores resoluciones de conflictos a lo largo de la historia de la humanidad han derivado de consensos, en algo llamado “un acuerdo sobre lo fundamental”¹

¹ Cfr. CENDALES, JUAN: “La vía suiza del Acuerdo sobre lo fundamental”. En: Colombialink. 5 de febrero de 2009. [en línea]. (2009). [consultado el 1 de mar. 2009]. Disponible en: http://www.colombialink.com/01_INDEX/index_personajes/politica/gomez_hurtado.html

–¡recuérdese al inolado líder, el Dr. ÁLVARO GÓMEZ HURTADO–, que confluyen en el respeto y el mantenimiento de los *derechos humanos*; es por ello que existe una convicción, validada por la comunidad internacional, que está más allá de un periodo determinado, acorde con la cual se reivindica la universalidad del Derecho y su carácter de herramienta para la solución pacífica de los conflictos.

En esencia, este moderno instrumento conocido como *la justicia transicional* es incluyente, porque en él convergen no sólo los más importantes elementos de cohesión social sino que legitima la resolución del conflicto en términos de ley. Sin embargo, es importante precisar el alcance de este mecanismo porque, si bien la justicia es elemento fundamental del mismo, existe una importante arista que es la verdad, en sí misma reparadora, que se constituye en un componente intangible –al mismo tiempo muypreciado pero antagónico, como lo es el mismo daño causado– y que, por ello, no puede ser cuantificada. La trascendencia de esta herramienta es tal que, de su mano, el resarcimiento de la comunidad, debe permitir la erradicación de los elementos disfuncionales y potenciar, finalmente, la tranquilidad que les permitirá a los asociados seguir adelante en su proyecto de convivencia de cara a lograr la prosperidad y la armonía.

Así las cosas, con ese punto de partida, en esta exposición se pretende plasmar una visión objetiva y, por tanto, desinteresada sobre la materia en cuestión que además de ser una referencia académica, ilustre al lector sobre esta herramienta que puede y podría ser el camino que conduzca a la modernidad política y social de Colombia en el siglo XXI. Desde luego, más que su aplicación, es su entendimiento contextual lo que ha de permitir sobrepasar toda frontera que, sin duda, resulta todavía difícil de sortear, debido a los obstáculos que están a la vuelta de cada día. La verdadera recomposición es, entonces, alimentada coherentemente, de tal manera que la justicia prevalezca para no cometer ningún atropello. Es en este lienzo, donde los caminos nuevamente se hacen seguros y dignos, permitiendo la humanización de lo que se había desintegrado: la sociedad civil.

Ahora, y como se manifestó anteriormente, la correcta administración y la debida aplicación de este instrumento, puede fortalecer a la democracia misma, premisa fundamental de un sistema de gobierno liberal y pluralista, donde se podrá restablecer la confianza de la sociedad en sus instituciones, legitimando al sistema. Construyendo

una sociedad civil partícipe y deliberante y, sobre todo, amparada en el Derecho y en la justicia.

II. LA JUSTICIA TRANSICIONAL

A. Noción. Para algunos² esta es una clase de justicia que se caracteriza por sus respuestas originales para enfrentar las violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario en épocas de conflicto y posteriores a este; su objetivo es promover la reconciliación nacional, la justicia, la paz, la reparación a las víctimas, las reformas institucionales necesarias para que las tragedias sociales y humanitarias no se repitan en el futuro, etc. Así mismo, opinan otros³, alude a las medidas jurídicas excepcionales que se aplican para facilitar la transición de un contexto de violencia o limitación de las libertades civiles a un escenario de ausencia de violencia y plena implantación de la democracia; no obstante lo anterior, se dice⁴ que también abarca situaciones de procesos de paz dentro de un conflicto en curso y/o de una democracia formal. Se trata, entonces, de procesos a través de los cuales se realizan transformaciones radicales de un orden social y político, bien sea por el paso de un régimen dictatorial a uno democrático, o bien por la finalización de un conflicto interno armado y la consiguiente consecución de la paz⁵; así, entonces, “*se entiende como el esfuerzo por*

² Cfr. CÁCERES, HERNANDO, Director del proyecto de Misión de Observación Internacional Phnom Penh, Camboya. Juriste Internationaliste de Terrain Université d’ Aix Marseille III Fundación Dignidad y Desarrollo. s.l. [en línea]. [consultado mayo 15 2007]. Disponible en < http://www.semana.com/wf_InfoArticulo.aspx?IdArt=74983 >.

³ Ver: COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. “*Consideraciones sobre justicia transicional y sobre la ley de Justicia y Paz aprobada por el Congreso colombiano*”, Bogotá: Congreso de la República de Colombia, 22 de junio de 2005. [en línea]. [consultado 29 septiembre 2007]. Disponible en internet <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/jtcat.html>.

⁴ Cfr. AMBOS, KAI: *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, Bogotá, Edit. Temis, 2008, pág. 8.

⁵ Cfr. UPRIMNY YEPES, RODRIGO; SAFFON, MARIA PAULA: “*¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia. Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación en Colombia*”. En: *Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DJS)*. [en línea]. Bogotá: DeJusticia-Antropos, (2006). [consultado el 2 de feb. 2008]. Disponible en: http://www.revistafuturos.info/download/down_15/justiciatransicional.pdf. En el mismo sentido, “*La justicia transicional es la justicia que se provee en el tránsito de una sociedad autoritaria a una sociedad democrática o a la finalización de un conflicto armado*”. Cfr. CUERVO R., JORGE; BECHARA GÓMEZ, EDUARDO y HINESTROZA ARENAS, VERÓNICA: *Justicia transicional: modelos y experiencias internacionales: estándares internacionales de verdad, justicia y reparación. la aplicación de la ley 975 de 2005 o ley de “justicia y paz”*, 1ª Edición, Bogotá: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 15.

*construir paz sostenible tras un período de conflicto, violencia masiva o violación sistémica de los derechos humanos*⁶.

En este marco, los procesos de Justicia Transicional se caracterizan, de una parte, por implicar en la mayoría de los casos, negociaciones políticas entre los diferentes actores, tendentes a lograr acuerdos suficientemente satisfactorios para todas las partes como para que estas decidan aceptar la transición. La Justicia Transicional –se identifica, dice la doctrina⁷, con los tiempos del iluminismo, que potencian nuevos periodos de paz y de cohesión social como acaeció en las revoluciones francesa o americana o en los períodos de post-guerra del siglo XX–; y, por otro lado, estos procesos se ven regidos por las exigencias jurídicas de justicia impuestas desde el plano internacional, que se concretan en el imperativo de individualizar y castigar a los responsables –más importantes– de crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos en la etapa previa a la transición⁸. Lo anterior implica enfrentar grandes dilemas originados en la compleja necesidad de equilibrar los puntales contrapuestos de justicia y paz, por lo que es imperioso confrontar las demandas de justicia con la realidad de tal manera que ésta pueda ser alcanzada en el corto, mediano y a largo plazo⁹.

Desde luego, la Justicia Transicional enuncia un enfoque diferente al convencional y tiene como principal objetivo no sólo lograr la paz como fundamento esencial para la convivencia ciudadana, la democracia y la reconciliación desde el punto de vista político y

⁶ Cfr. ROMERO, MAURICIO y VAN ZYL, PAÚL: *Serie Justicia Transicional: Verdad, memoria y reconstrucción: Promoviendo la justicia transicional en sociedades post-conflicto*, segundo tomo, 1ª edición, Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), 2008, pág. 14.

⁷ Cfr. TEITEL, RUTI G.: *Transitional Justice*, 1ª edición, New York, Oxford University Press, 2000, págs. 3–11.

⁸ Cfr. GALLARDO RODRÍGUEZ, JOSÉ FRANCISCO: *The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*, Macmillan Reference USA, 2004. México: Universidad Autónoma de México, 2004 Vol. 3, pág. 1045-1047. Reproduced with permission. Transitional justice refers to a field of activity and inquiry focused on how societies address legacies of past human rights abuses, mass atrocity, or other forms of severe social trauma, including genocide or civil war, in order to build a more democratic, just, or peaceful future.

⁹ Cfr. ROMERO, MAURICIO y VAN ZYL, PAÚL: *Serie Justicia Transicional: Verdad, memoria y reconstrucción: Promoviendo la justicia transicional en sociedades post-conflicto*. En: Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), [en línea]. Texto original en inglés, Cap. 10. Primera Edición: tres de ago. (2004). [consultado el 23 de feb. 2009]. Disponible en: www.dcaf.ch/_docs/Yearbook2005/Chapter10.pdf

social, sino que también es una opción para poder transformar una sociedad violenta en una organización comunitaria pacífica¹⁰.

Este proceso político y social produce sus efectos dentro de cada uno de los Estados que sufren el flagelo de la violencia, logrando las transiciones de períodos violentos o de opresiones hasta alcanzar la paz, la democracia, el estado de derecho y el respeto de los derechos individuales y colectivos. Por esta razón, como se ha dicho, *“La justicia transicional contribuye a la superación del conflicto en la medida en que se logre conciliar las exigencias de justicia, verdad y reparación en un horizonte de reconciliación y de sostenibilidad de los acuerdos de paz o de consolidación democrática”*¹¹.

Ahora bien, sentadas así las bases en cuanto a su contenido, vale la pena resaltar ahora los principales objetivos de la Justicia Transicional¹²: (1) debe abordar e intentar remediar, las divisiones que surgen en la sociedad como resultado de las violaciones a los derechos humanos; así mismo, (2) procura cerrar y curar las heridas de los individuos y de la sociedad, particularmente a través de la búsqueda de la verdad; igualmente, (3) ha de proveer de justicia a las víctimas y responsabilizar a los culpables; también, (4) le

¹⁰ Cfr. BICKFORD, LOUIS: *Enciclopedia MacMillan del Genocidio y Crímenes de lesa humanidad*. En: Centro Internacional para la Justicia Transicional. [en línea]. New York: 2004. [consultado 15 noviembre. 2008]. Disponible en < <http://www.ictj.org/es/tj/> >. En material de justicia transicional conviene tener en cuenta el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), no solo por la gran calidad de sus trabajos sino además porque ha hecho análisis específicos del caso colombiano.< <http://www.ictj.org/en/index.html> >. El Centro Internacional para la Justicia transicional (ICTJ) asiste a países que buscan establecer responsabilidades por atrocidades masivas o abusos de derechos humanos. El (ICTJ) trabaja en sociedades que emergen de regímenes represivos o conflictos armados, así como en democracias consolidadas en las cuales injusticias históricas o el abuso sistémico siguen sin resolverse. Para promover la justicia, la paz, y la reconciliación, los oficiales del gobierno y abogados no gubernamentales consideran una variedad de acercamientos a la justicia transicional incluyendo respuestas judiciales y no judiciales a los crímenes contra los derechos humanos. El (ICTJ) asiste al desarrollo de acercamientos integrados, comprensivos, y localizados a la justicia transicional, abarcando cinco elementos dominantes: el desarrollo de estrategias para juzgar a responsables; la documentación de violaciones a través de vías no judiciales tales como comisiones de la verdad; la reforma de instituciones abusivas; la provisión de reparaciones a las víctimas; y la promoción de la reconciliación.

¹¹ Cfr. CUERVO R.; BECHARA GÓMEZ e HINESTROZA ARENAS, Op. cit., pág. 15.

¹² Cfr. NARAGHI, PAMPELL, KAYS LISA: “Justicia de Transición y Reconciliación. Seguridad Inclusiva, Paz Perdurable: Caja de Herramientas para la Promoción y la Acción”, en: Documento traducido del inglés por Verónica Torrecillas. [en línea]. (2004). [consultado el 25 jul. 2008]. Disponible en: www.huntalternatives.org/download/147_spanish_transitionaljustice.pdf

incumbe crear un registro histórico preciso para la sociedad. De igual forma, (5), se obliga a restaurar el estado de derecho; a la par, (6), se compromete a reformar las instituciones para promover la democratización y los derechos humanos y garantizar que no se repitan violaciones a los derechos humanos; y, finalmente, (7) ha de promover la convivencia y la paz perdurable.

De la mano con lo anterior existen cuatro valores fundamentales¹³ en desarrollo de estos objetivos, que si bien parecen encontrarse en polos opuestos de la escala de valores tradicionales, su meta es poner fin a los círculos que perpetúan la guerra: la violencia y las violaciones a los derechos humanos. En primer lugar, aparece el concepto de justicia, ligado inexorablemente a referentes legales de orden internacional, como lo es sancionar a los responsables de las graves violaciones. En segundo lugar, irrumpe el concepto transicional, que, desde luego, se refiere a una verdadera transformación política, como el cambio sustancial de un régimen de orden autoritario o represivo a uno electoral o democrático, o una transición derivada de la etapa del conflicto armado a uno de paz y estabilidad. No obstante, los procesos de transición son entendidos como fenómenos extensos y largos, pues existe también un énfasis en los patrones mundiales de ciertos momentos históricos que han dotado de significado el concepto en examen y han perfilado objetivos de esta construcción. Por ejemplo, téngase en cuenta los procesos vividos en Chile (1990), Timor Oriental (2001), Guatemala (1994), Polonia (1997), Sierra Leona (1999) y Sudáfrica (1994). En tercer y cuarto lugar, se presentan los conceptos de verdad e historia, de ahí que el volver a visitar y enfrentar el pasado sea entendido como el modo de avanzar hacia el futuro¹⁴; se señala, entonces, que un objetivo paradójico de un proceso de transición es deshacer la historia. La finalidad es, entonces, rehacer el significado social de conflictos pasados, en particular de las derrotas, en un intento por reconstruir sus efectos presentes y futuros¹⁵.

¹³ *Ibíd.*, pág. 2-3.

¹⁴ Cfr. FUKUYAMA, FRANCIS: "El futuro después del fin de la historia" en: Mesa Redonda; Transcripción editada y traducida al castellano de la reunión realizada en el Centro de Estudios Públicos el 13 de noviembre de 1992. [en línea]. Spring, (1993). Universidad de Chile, MA, pág. 1-2. [consultado el 30 de may. 2008]. Disponible en: http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_917.html

¹⁵ Cfr. TIETEL, RUTI G.: *Genealogía de la Justicia Transicional*. Título original: "Transitional Justice Genealogy". Publicado en Harvard Human Rights Journal, [en línea]. Spring, (2003), Cambridge, MA, pág. 19. [consultado el 30 de may. 2008]. Disponible en: www.cdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Teitel_Genealogia.pdf

En esta línea de argumentación, es necesario hacer alusión a las condiciones y las directrices de la Justicia Transicional, las cuales emergen del Derecho Internacional, de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Penal Internacional, fortalecidos y complementados por el Derecho Público Interno. A partir de tales referentes, son cuatro las obligaciones inderogables que, a su turno, constituyen los parámetros básicos de la Justicia Transicional: la justicia, la verdad, la reparación y las garantías de no repetición.

En primer término, está la obligación atingente a la satisfacción del *derecho a la justicia*, que consiste en el imperativo que corresponde al Estado de investigar, juzgar y condenar a los responsables de violaciones de los derechos humanos. En este punto, es de suma importancia la referencia al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, los Convenios de Ginebra de 1949 con sus respectivos Protocolos Adicionales, y la jurisdicción de la Corte Penal Internacional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁶.

Bajo todo este marco de normas internacionales subyacen cinco deberes que componen, en conjunto, la exigencia de la justicia en un modelo transicional, el cual se basa en el principio de que las personas que han cometido violaciones a los derechos humanos, o que han ordenado a otros que lo hagan, deberían ser castigados en tribunales de justicia o, al menos, deberían confesar sus actos y pedir perdón en público. Inicialmente, esta debe responsabilizar a los perpetradores por sus acciones pasadas; así mismo, prevenir futuros delitos; también, contrarrestar una cultura de la impunidad. Además, debe crear un ambiente en el cual se pueda esperar de manera realista la convivencia entre perpetradores y víctimas; y, por último, tiene que fomentar el respeto en todos los procesos judiciales de las reglas del debido proceso¹⁷.

¹⁶ Cfr. UPRIMNY YEPES, RODRIGO; SAFFON, MARIA PAULA: *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia. Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación en Colombia*, En: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DJS). [en línea]. Bogotá: DeJusticia-Antropos, (2006). [consultado el 2 de feb. 2008]. Disponible en: http://www.revistafuturos.info/download/down_15/justiciatransicional.pdf

¹⁷ Cfr. NARAGHI, PAMPELL, KAYS, Op. cit., pág. 2.

En segundo término, emana la obligación relativa al *derecho a la verdad* que afecta individualmente a la víctima, pero que tiene que ver también con la verdad colectiva sobre las violaciones masivas y las atrocidades llevadas a cabo en los conflictos, que le interesa y compete a la sociedad en general de cara a la superación del conflicto. Sobre este derecho, autores como UPRIMNY Y SAFFON¹⁸ dedican suficientes líneas a criticar las controversias sobre las distintas variables de verdad y los disímiles mecanismos de reconstrucción de la misma, a las cuales se remite al lector; de todas maneras, no se debe perder de vista que el análisis del derecho a la verdad está muy ligado con la realidad colombiana.

En tercer término, surge como obligación significativa y adscrita al proceso transicional el *derecho a la reparación integral* que consiste, *grosso modo*, en medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, disposiciones que plantean retos como lo son definir conceptos y objetivos claros, asumir dilemas financieros, responder en una forma justa a números masivos de víctimas y a la barbarie de las violaciones, atender nociones de género y otras disparidades y fortalecer la dignidad de las víctimas a través de una relación entre las reparaciones con sistemas de búsqueda de la verdad, el reconocimiento y la reforma institucional¹⁹.

Finalmente, aparece la exigencia alusiva a la adopción de reformas institucionales y de mecanismos que garanticen la no repetición de daños y atrocidades²⁰.

Así las cosas, es relevante, pues, entender que la fórmula adoptada por la ley colombiana en cuya virtud se persigue la verdad, la justicia y la reparación no es una simple particularidad del proceso de transición que aquí se vive, sino que constituye el núcleo básico del esquema universal aplicable en todo escenario de Justicia Transicional. Pero tal proyecto quedaría incompleto si no se especificaran los mecanismos judiciales de garantía de los derechos de las víctimas. A este respecto son dos los niveles en los que se encuentran tales mecanismos: De un lado, residen los mecanismos

¹⁸ Cfr. UPRIMNY YEPES; SAFFON, Op. cit.

¹⁹ Ver: *Reparaciones*. En: CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL, [en línea]. New York. (2004). [consultado 15 noviembre. 2008]. Disponible en: <http://www.ictj.org/es/tj/782.html>.

²⁰ Cfr. UPRIMNY YEPES; SAFFON, Op. cit., pág. 62-63.

nacionales de protección judicial, que son los relacionados con la justicia ordinaria, los cuales incluyen la jurisdicción penal y las llamadas acciones de revisión. Por otro lado, en el ámbito internacional, son cuatro los mecanismos disponibles para la defensa, protección y restablecimiento de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación: la jurisdicción universal, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, los órganos que supervisan los tratados internacionales de Derechos humanos y la Corte Penal Internacional.

Si bien es cierto que la doctrina manifiesta su escepticismo frente a las múltiples dificultades que reporta el cumplimiento de estas obligaciones derivadas de la realización de las exigencias de verdad, justicia y reparación, también lo es que ella plantea cómo en aras de alcanzar la paz, estos obstáculos no son fatalmente insalvables y que, en todo caso, el respeto por los derechos humanos constituye el horizonte en el cual converge la posibilidad de salvar la tensión entre exigencias de justicia y el deseo de un orden social estable y duradero que acoja en su seno los distintos valores en disputa. De esta forma, el concepto Justicia Transicional, desde su finalidad, *“...abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación”*²¹. Se concibe, entonces, que los mecanismos de la Justicia Transicional enfrentan la herencia de violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario durante la transición de una sociedad que se recupera de un conflicto o un régimen autoritario. Esa embestida tiene características precisas en tanto que los arreglos judiciales, que se dan o no a sí mismas las sociedades en transición a la democracia, se establecen para garantizar la moralidad de su vuelta o su avance a la normalidad²².

Ahora bien, a pesar de tener en cuenta las condiciones y parámetros de la Justicia Transicional establecidos por los diferentes organismos, instituciones o entidades internacionales *“no existe una sociedad que*

²¹ Ver: SECRETARÍA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (SGNU). *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos: Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas*, [en línea]. New York, 3 de agosto de (2004), Pág. 6. [consultado el 23 ago. 2008]. Disponible en: http://www.revistafuturos.info/documentos/docu_f7/est_justicia.htm

²² Cfr. VALENCIA VILLA, HERNANDO: *Diccionario de Derechos Humanos*, Madrid: España, 2003.

haya logrado encontrar el equilibrio perfecto entre estas exigencias éticas y políticas”²³. Esto, debido a que dicho equilibrio “depende de cada sociedad, de los actores que hacen parte del proceso, de la correlación de fuerza que confluyen en torno del proceso, de la fortaleza de las instituciones, de la madurez política de la sociedad civil, del contexto internacional”²⁴. En ese sentido, resulta muy difícil la aplicación en conjunto de los cuatro pilares fundamentales de la Justicia Transicional, habida cuenta de que los Estados afectados por el flagelo de la violencia son autónomos para darle mayor o menor importancia a cualquiera de las columnas fundamentales de la Justicia Transicional, siempre y cuando, desde luego, cumplan con las finalidades perseguidas de todo proceso de transición tales como el cumplimiento de la reconciliación de toda la población civil, la paz y la democracia.

Ahora bien, en este estadio de la discusión es menester ocuparse de los ámbitos de implementación, esto es, se trata de precisar cómo se aplica la Justicia Transicional en los Estados a partir de las condiciones en las que se requiere de los mecanismos judiciales. Tal como lo expone la doctrina²⁵, en primer lugar, la Justicia Transicional surge como un conjunto de mecanismos judiciales y extrajudiciales encaminados a la reparación de las víctimas; así mismo, aquélla emerge como respuesta legal frente a periodos de cambio de régimen político; y, finalmente, esta se encargará de la normalización y expansión de tiempos de guerra a tiempos de transición.

B. Los mecanismos de Justicia Transicional. Las experiencias internacionales han creado un amplio espectro de mecanismos para la justicia en procesos de transición. Sin embargo, queda claro que la primera característica que tiene la Justicia Transicional, en cuanto a sus mecanismos, es su carácter judicial²⁶, por constituir la aplicación de penas y el cumplimiento de acuerdos jurisdiccionales

²³ Cfr. DE GREIFF, PABLO: “Elementos de un programa de reparaciones”. En: *Cuadernos del conflicto; Justicia, Verdad y Reparación en Medio del Conflicto*. [en línea]. Bogotá: Legis, Semana, Fundación para la paz. Abril (2005). Pág. 9. [consultado el 20 de agosto 2008]. Disponible en: http://www.ideaspaz.org/publicaciones/download/cuaderno_conflicto.pdf

²⁴ Cfr. CUERVO R., BECHARA GÓMEZ Y HINESTROZA ARENAS, Op. cit. pág. 16.

²⁵ Cfr. ARDILA, DORYS: “Justicia transicional: Principios básicos. Los Derechos de las Víctimas en Procesos de Paz o de Transición a la Democracia”. En: *Instituto Latinoamericanos de Servicios Legales Alternativos*. (ILSA). [en línea]. (2006). [consultado 17 febrero 2007]. Disponible en: www.pangea.org/unescopau/img/programas/derecho/justicia/doc004.pdf

²⁶ Ibid. pág. 2.

para el tratamiento de las violaciones a los derechos humanos y/o al Derecho Internacional Humanitario, que aún siendo emanados o creados por la institucionalidad judicial, pretenden llegar a procesos de reconciliación, transformación, fortalecimiento del tejido social, y educación en valores para la convivencia y la paz.

Al respecto, las diferentes maneras u orientaciones a seguir pueden agruparse en muchas categorías, dependiendo de los propósitos a alcanzar: la justicia, la verdad, la reparación de las víctimas, la reforma institucional y el olvido o la memoria²⁷. Así, entre las principales medidas que se suelen adoptar bajo el concepto de justicia transicional, se encuentran las siguientes²⁸: los procesos judiciales, bien en tribunales nacionales o internacionales, así como los mecanismos de justicia transnacional –procesos civiles y penales en tribunales extranjeros–, los mecanismos de justicia tradicionales, las comisiones de la verdad²⁹, la investigación de antecedentes en la administración pública, las reparaciones, las peticiones públicas de perdón³⁰, los monumentos y conmemoraciones y la desmovilización, el desarme y la reintegración, entre otros.

²⁷ Cfr. GLOPPEN, SIRI, “Reconciliation and Democratisation: Outlining the Research Field”, Report R 2002: 5, Chr. Michelsen Institute Development Studies and Human Rights, Noruega, [en línea]. (2002). [consultado 1 abr. 2008]. Disponible en: < <http://www.cmi.no/publications/file/reconciliation-and-democratisation> >.

²⁸ Cfr. LEEBAW, BRONWYN, “Transitional Justice, Conflict and Democratic Change: International interventions and domestic reconciliation”, [en línea] s.l.: s.n. (2005). [consultado 1 abr. 2008] Disponible en: < <http://www.apsanet.org/imgtest/TaskForceDiffIneqLebaw.pdf> >.

²⁹ “Las Comisiones de la Verdad son organismos de investigación, creados para ayudar a los Estados que han enfrentado graves situaciones de violencia política o guerra interna, a enfrentarse críticamente con su pasado, a fin de superar las profundas crisis y traumas generados por la violencia y evitar que tales hechos se repitan en un futuro. Las comisiones brindan a las víctimas una voz en el discurso público y sus testimonios pueden contribuir a refutar las mentiras oficiales y los mitos relativos a las violaciones de los derechos humanos”. Y se consideran como la institución más importante de la última y más reciente aplicación de justicia transicional necesaria en los conflictos actuales. Véase: NESIAH, VASUKI: “Comisiones de la Verdad y Género: Principios, políticas y Procedimientos”. En: *Serie Justicia de Género*, Centro Internacional para la Justicia Transicional. [en línea]. Julio (2006). [consultado el 5 de sept. 2008]. Disponible en: <http://www.ictj.org/es/news/pubs/index.html>; ROMERO y VAN ZYL, Op. cit., pág. 19.

³⁰ Cfr. ARDILA, Op. cit.

C. Los niveles de la Justicia Transicional³¹. La Justicia Transicional puede desenvolverse en cuatro planos diferentes³²: de una parte, aparece el nivel individual en el que los actores del proceso de transición operan fundamentalmente a través de los roles de las víctimas o de los victimarios, lo que los ubica en uno u otro extremo de los efectos de los mecanismos de Justicia Transicional³³. Por otra parte, reside la cota de los Estados-nación, que se ocupa de definir los acuerdos y disposiciones que son entendidos como necesarios para que las partes involucradas en el conflicto faciliten la transición efectiva hacia la democracia. Además, el Derecho Internacional Público establece la obligación a los Estados de esclarecer, castigar y reparar las violaciones graves a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, lo que supone una tensión compleja entre esos dos propósitos, como ocurre, por ejemplo, con las leyes de indulto a excombatientes –bien discutibles, por cierto– que se utilizan para facilitar la entrega de armas y la desmovilización, pero que tienen límites en su aplicación debido al imperativo de justicia y a la prevención de la impunidad³⁴. De la misma forma, existe, como un tercer nivel, el atinente a los actores corporativos, entre los que se cuentan las organizaciones –partidos políticos o iglesias–, las empresas económicas, las asociaciones profesionales y las entidades administrativas de orden territorial; estos actores pueden desempeñar el papel de víctimas o victimarios de las violaciones, aunque es mucho más frecuente encontrarlos cumpliendo tareas de facilitadores o veedores de los procesos de negociación o acuerdos³⁵. Por último, el cuarto estrato se refiere a las instituciones supranacionales, en el que opera la justicia internacional cuando en el ámbito nacional no existe ni la capacidad ni la voluntad política para enjuiciar a los perpetradores de crímenes nucleares. Corresponden a este ámbito los tribunales internacionales ad-hoc –el Tribunal de Crímenes de Guerra de Núrnberg, el Tribunal Internacional de Crímenes de Guerra para el Lejano Oriente o los recientes tribunales ad hoc para la ex

³¹ Cfr. ARDILA, Op. cit.

³² Cfr. ELSTER, JOHN: “Rendición de Cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica”. Cambridge, Reino Unido. En: Traducción: Zaidenweg Ezequiel; *Closing the books. Transitional justice in historical perspective*. [en línea]. Buenos Aires, (2004). [consultado el 5 nov. 2008]. Disponible en: <http://www.katzeditores.com/fichaLibro.asp?IDL=28>

³³ *Ibíd.* También pueden ejercer otros roles como auxiliadores de uno u otro grupo, neutrales, líderes de la resistencia y defensores del proceso mismo de justicia transicional o promotores de derechos humanos, pero ELSTER, JOHN (2006) los identifica como agentes de la justicia transicional, no como niveles.

³⁴ Cfr. ARDILA, Op. cit., pág. 3.

³⁵ *Ibíd.*

Yugoslavia, Ruanda y Burundi– y la figura de tribunal permanente a la que corresponde la Corte Penal Internacional, resultado del acuerdo logrado en Roma el día 17 de julio del año 1998³⁶.

De esta manera, es necesario subrayar que los diferentes conceptos como el acercamiento a la definición de víctima, las modalidades de la reparación, las categorías de derechos infringidos, etc., así como las reflexiones sobre justicia en transición, se entienden mejor cuando nos situamos en el contexto político de la transición, que incluye, por supuesto, las características del régimen predecesor, así como las contingencias de carácter político, jurídico y social³⁷.

D. La Justicia Transicional como un concepto contemporáneo.

Los procesos adelantados ante el Tribunal de Nürnberg, Tokio y Japón al finalizar la Segunda Guerra Mundial, se consideran como la fuente y el origen del concepto moderno de Justicia Transicional³⁸. No obstante, es posible que hayan ocurrido casos con anterioridad, por ejemplo, en Grecia, después de la derrota contra Esparta en el año 404 a. C. y la consecuente restauración democrática del año 403 a. C.³⁹. Durante la década de los años ochenta en el siglo XX, los procesos de juzgamiento de los antiguos miembros de las juntas militares en América del Sur, como lo son Chile y Argentina, contribuyeron en la evolución de la idea de Justicia Transicional. Esta tenía una interpretación dentro de un concepto universal de los Derechos Humanos dirigida, principalmente, hacia los actores pasivos que son las víctimas y a la impartición de justicia. En los años noventa hubo una evolución de este concepto que pasó de ser un tema propiamente jurídico a ser considerado como uno de los aspectos clave en los procesos de democratización. Esto permitió desarrollar el término de Justicia Transicional al añadirle nuevos mecanismos, como las Comisiones de la Verdad en los casos de Argentina, Chile y Sudáfrica, entre otras⁴⁰.

³⁶ *Ibíd.*

³⁷ Cfr. TIETEL, "Transitional Justice Genealogy", *Op. cit.*, pág. 9.

³⁸ Cfr. MACMILLAN: *The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*. Estados Unidos de America: s.n. 2004, Vol. 3, pág. 1045-1047.

³⁹ Cfr. ELSTER, *Op. cit.*

⁴⁰ Cfr. AGUILAR, PALOMA: "La Justicia Transicional en los Casos Español, Argentino y Chileno", Estudio Talleres 10. En: *Enfoques Alternativos Para Superar El Pasado. Conferencia Internacional Paz y Justicia*, [en línea]. Nüremberg, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología Universidad Nacional de Educación a Distancia (Madrid, Spain) págs. 11-20, junio (2007). [Consultado 25 Ene. 2009]. Disponible en: <http://www.peace-justice-conference.info/download/WS%2010%20P%20Aguilar%2020Spanish%20Version%20.pdf>

Así mismo, la guerra por la división de Yugoslavia en los Balcanes y Ruanda, junto a la posterior creación de tribunales penales internacionales para tratar las violaciones masivas de derechos humanos ocurridas en dichos países, han supuesto la incorporación del Derecho Internacional al campo de la Justicia Transicional⁴¹. La Organización de las Naciones Unidas (ONU), en un informe del Secretario General sobre este asunto, presentado al Consejo de Seguridad en el 2004, recomienda a la comunidad internacional tener una perspectiva de la Justicia Transicional con una multiplicidad de enfoques, integrándolos y convirtiéndolos en complementarios⁴². Así, entonces, tener en cuenta únicamente medidas de tipo judicial en un contexto de post-conflicto puede llevar a una consecuencia contraria a lo que se busca, amén de que impide el logro de los propósitos de paz y democracia para el territorio.

En este sentido, el concepto moderno de Justicia Transicional se refiere principalmente a los mecanismos judiciales y de otro orden que se adoptan en Estados en los que se han presentado graves violaciones a los derechos humanos. Su finalidad es lograr la reconciliación y la justicia entre las partes enfrentadas y garantizar el desarrollo de una paz duradera y de una sociedad democrática⁴³. Europa, por ejemplo, lugar donde se sitúa el origen de la Justicia Transicional en la era contemporánea, no permanece al margen de las actuales iniciativas sobre la lucha contra la impunidad al promover la utilización de las distintas estrategias que se pueden adoptar bajo el concepto de Justicia Transicional, en Estados donde el Derecho y el respeto por la vida humana no existía en absoluto o no de forma ecuaníme⁴⁴. Si bien cada nación y cada sociedad civil debe elegir y determinar de qué forma ha de integrar un pasado de violaciones de derechos humanos, la Unión Europea en este campo, en su política exterior y de seguridad común, tiene siempre en cuenta este factor como un elemento decisivo para integrar a su

⁴¹ Cfr. LEEBAW, Op. cit.

⁴² Cfr. ONU (2004): "Reporte del Secretario-General, El Estado de Derecho y la Justicia Transicional en las sociedades en conflicto y postconflicto (The Rule of Law and 18 Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies)", 3 de Agosto de 2004, UN. Doc S/2004/616. [en línea]. [consultado 3 mar. 2008]. Disponible en: <http://www.ipu.org/splz-e/unga07/law.pdf>

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Cfr. AVELLO, MARÍA: "Esfuerzos europeos en: Justicia Transicional", En: *Fundación para las Relaciones Internacionales y el Dialogo Exterior*. (FRIDE).[en línea]. Documento de Trabajo 58. Mayo (2008), págs. 4-8. [consultado el 15 ago. 2008]. Disponible en: www.fride.org/publicacion/484/esfuerzos-europeos-en-justicia-transicional

estrategia de prevención y de resolución de conflictos, algo que aún no sucede de forma literal⁴⁵.

Por esta razón la Justicia Transicional, aplicada desde tribunales penales nacionales e internacionales o a través de otras medidas que busquen estabilizar una sociedad en su camino hacia la paz y la democracia, ha de entenderse como parte de un proceso político. Esto significa que la justicia transicional no puede concebirse como una estrategia aislada, sino como un conjunto de mecanismos dentro del propósito fundamental de construir sociedades estables, democráticas, en paz y modernas⁴⁶.

No obstante, el hondo y constante significado del modelo de Nürnberg en Europa implica que mediante la definición actual del Estado de derecho, en patrones universales, este se haya convertido en el patrón clásico del proceso de transición por excelencia, mediante el cual se enmarcan todos los debates posteriores sobre Justicia Transicional. Mientras la política de justicia en esta etapa, sencillamente asumió la legitimidad de castigar implacablemente los abusos del pasado y de los derechos humanos, en una siguiente etapa de la era contemporánea se caracterizó por una tensión progresiva entre el castigo y la amnistía con el advenimiento de dilemas propios de los períodos de cambio político entre diversos y nuevos países, luego de la caída de la Unión Soviética o de la posguerra fría⁴⁷.

Sin embargo, adviértase, durante las dos últimas décadas la región latinoamericana ha experimentado un modelo en virtud del cual los procesos de transición se identifican por fuertes demandas y cambios políticos, al tenor de los cuales se demanda que el Estado no sólo se arroge responsabilidades y asuma su participación en los abusos sino que ceda en torno a la necesidad de imponer absoluta de justicia a los victimarios (el paradigma entre la paz y la justicia), con tal de obtener algo de reparación a las víctimas y, por supuesto, lograr la satisfacción de los elementos propios de la Justicia Transicional reconocidos internacionalmente⁴⁸. De esta manera, pues, se logra entender la razón por la cual se afirma que la noción de Justicia Transicional es un concepto contemporáneo.

⁴⁵ *Ibíd.* Este comentario se centra en la justicia transicional en el marco de la Unión Europea (UE) y de los Estados miembros.

⁴⁶ Cfr. AVELLO, *Op. cit.*

⁴⁷ Cfr. TIETEL, "Transitional Justice Genealogy", *Op. cit.*

⁴⁸ *Ibíd.*, págs. 22 y ss.

E. Los elementos de Justicia Transicional. *Grosso modo*, sus componentes son los que a continuación se señalan:

1. *Los Derechos de las Víctimas.* Según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se entiende por víctimas todas las personas que *“individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembro”*⁴⁹. Esta noción reclama y exige que las violaciones a los Derechos Humanos hechas por particulares o por agentes del Estado, con la participación u omisión de estos últimos, sean debidamente reparadas. Esa reparación, al tenor de los estándares internacionales, es un derecho que va más allá de una sencilla indemnización que, por supuesto, busca establecer lo que es digno de la persona que ha sido objeto de una agresión o violación, así como también traer de nuevo la confianza de esa persona y de su círculo familiar a los lazos de sociabilidad y, a su vez, restaurar esa confianza a las instituciones u organismos encargadas de garantizar todos los derechos⁵⁰ de suerte que, como se ha dicho, *“la responsabilidad del Estado se plantea cuando éste no cumple su obligación primaria de respetar y hacer respetar derechos humanos internacionalmente reconocidos. Dicha obligación incluye el deber de garantía, que se refiere al deber jurídico de prevenir las violaciones de los Derechos Humanos, de investigar seriamente las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponer las sanciones pertinentes y el deber de proporcionar reparación a las víctimas”*⁵¹.

⁴⁹ Ver: OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, adoptado por la asamblea general de la ONU. [en línea] Resolución 40/34, de 29 de noviembre (1985). Párr. 1. [consultado 23 ago. 2008]. Disponible en: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h_comp49_sp.htm

⁵⁰ Cfr. ALTO COMISIONADO DE LA ONU PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR), EL CENTRO INTERNACIONAL DE JUSTICIA TRANSICIONAL, EL CONSEJO NORUEGO PARA REFUGIADOS Y EL CENTRO POR EL DESARROLLO DE LA VIVIENDA Y CONTRA LOS DESALOJOS, COHRE. *SEMINARIO INTERNACIONAL SOBRE VÍCTIMAS Y REPARACIÓN. En el marco de la celebración de la Semana de Naciones Unidas*, el miércoles 22 de octubre se llevó a cabo el Seminario Internacional, Víctimas y Reparación, Reparación Integral; Desde Un Enfoque De Derechos; Biblioteca Virgilio Barco.[en línea]. Octubre 22 de (2008). [consultado el 25 oct. 2008]. Disponible en: <http://www.nacionesunidas.org.co/index.shtml?apc=ii-1--&x=55924>

⁵¹ Cfr. Reparaciones en la Transición Peruana. *Programa Integral de Reparaciones*. [en línea]. N°. 1 (2002). [consultado 20 ene. 2009]. Disponible en <http://www.derechos.org/nizkor/peru/libros/cv/ix/22.pdf>

Naturalmente, téngase en cuenta, no existe una sola doctrina sobre justicia Transicional que describa cuáles son los elementos que se constituyen como requisitos esenciales de aquella. Sin embargo, a partir de las diferentes manifestaciones de la misma se han erigido unos mínimos que deben ser tenidos en cuenta por todos los Estados y por las instituciones u organismos internacionales encargados de administrarla⁵² que, como ya se ha señalado, se concretan en los siguientes principios básicos o elementales⁵³: el derecho a la verdad, el derecho a la justicia, el derecho a la reparación y las garantías de no repetición; ocupémonos de cada uno de ellos.

a. El derecho a la verdad. Esta prerrogativa, han dicho connotados expositores, *“tiene una dimensión individual y una dimensión colectiva. En el aspecto individual es el derecho de la víctima a conocer qué fue lo que pasó, por qué se dieron los hechos, cuáles fueron las motivaciones de quienes cometieron las violaciones; y de haber constituido la violación en una desaparición forzada, que se entregue el cuerpo o los restos de la víctima. Pero también tienen una dimensión colectiva que es el derecho que tiene la sociedad en su conjunto de saber qué pasó, de entender cómo fue posible una situación de violencia que afectó el mínimo de convivencia, sobre todo con el fin de tomar medidas hacia el futuro para tratar de evitar que este tipo de situaciones se vuelva a repetir”*⁵⁴. Además, se reconoce que este derecho es una garantía individual fundamental que forma parte del derecho a la justicia y que consiste en el libre acceso de la víctima al conocimiento cabal de la realidad material del abuso o del crimen, como paso previo para el castigo y la reparación⁵⁵.

Ahora bien, de un lado, y como garantía individual, este derecho implica que la víctima, desde un plano particular, debe saber quiénes fueron los responsables de las conductas desquiciadoras del orden social, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, las motivaciones de los mismos, el destino de

⁵² Cfr. BOTERO MARINO, CATALINA Y RESTREPO SALDARRIAGA, ESTEBAN: “Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia”, en *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional*, Angelika Rettberg (comp.), Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Ciencia Política, Centro de Estudios Socioculturales e internacionales –ceso-, 2005.

⁵³ *Ibíd.*, págs. 9-10. El documento se conoce como los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario” –aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005.

⁵⁴ Cfr. CUERVO R.; BECHARA GÓMEZ e HINESTROZA ARENAS, págs. 25-26.

⁵⁵ VALENCIA VILLA, Op. cit., pág. 426.

las personas en los casos de desapariciones forzadas o asesinatos y el estado de las investigaciones oficiales⁵⁶.

Por otro lado, desde el plano colectivo, el derecho a la verdad implica que la sociedad en su conjunto conozca la verdad de lo ocurrido así como las razones y circunstancias en las que los delitos aberrantes llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro⁵⁷, esto es, a repetirse. Esto último está relacionado con el deber de recordar, elemento característico de este derecho, pues si no se reconoce la necesidad de acordarse de lo sucedido se tiende a desconocer la importancia del legado histórico. Por lo mismo, se ha afirmado con toda razón, que *“Es importante no sólo hacer saber ampliamente que han ocurrido violaciones de los derechos humanos, sino también que los gobiernos, los ciudadanos y los perpetradores reconozcan la injusticia de tales abusos. El establecimiento de una verdad oficial acerca de un pasado brutal puede ayudar a inocular a las futuras generaciones contra el revisionismo y empoderar a los ciudadanos para que reconozcan y opongan resistencia a un retorno de las prácticas abusivas”*⁵⁸.

b. El derecho a la justicia. Esta prerrogativa es entendida como un bastión que incluye la investigación, la sanción y la reparación. Aborda, igualmente, la distribución de jurisdicción entre la justicia nacional, la extranjera y la internacional, toda vez que normalmente los tribunales nacionales tienen jurisdicción sobre las violaciones de Derechos Humanos, pero la Corte Penal Internacional la tiene cuando la nacional no ofrece garantías de independencia e imparcialidad o esté funcionalmente incapacitada para actuar⁵⁹. Desde luego, la Justicia opera a condición de que se reconozcan sus derechos de las víctimas y haya castigo a los perpetradores de los atentados criminales, aunque eso no signifique acudir a la ley del talión: ojo por ojo, diente por diente, mano por mano⁶⁰. En otras palabras, se trata de que las víctimas puedan acceder a recursos efectivos y dignos para hacer valer sus derechos vulnerados.

⁵⁶ HUERTAS DÍAZ, OMAR; MEDINA, ROBERTO; CHACÓN TRIANA, NATALIA; CÁCERES TOVAR, VÍCTOR MANUEL: *El Derecho a la Reparación Para las Víctimas de Violaciones a Los Derechos Humanos*. Esta obra forma parte del acervo de la biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM [en línea]. [consultado 1 mayo. 2008]. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juicio/cont/3/cnt/cnt12.pdf>

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Cfr. ROMERO y VAN ZYL: “Serie Justicia Transicional”, Segundo Tomo, Op. cit., pág. 14.

⁵⁹ Cfr. HUERTAS DÍAZ; MEDINA, Op. cit., pág. 164.

⁶⁰ Cfr. ROSS, CLARKE; GALUH, WANDITA; SAMSIDAR: “Considering victims. The Aceh Peace Process from a Transitional Justice Perspective”, January 2008, En: *The International Center for Transitional Justice*. [En línea]. [consultado 5 mar. 2008]. Disponible en: <http://www.ictj.org/es/news/pubs/index.html>

En síntesis, este derecho contiene al menos cinco requisitos para ser cumplido: “a). El deber de sancionar a quienes hayan cometido graves violaciones de los derechos humanos; b). El deber del Estado de investigar todos los asuntos relacionados con graves violaciones de los Derechos Humanos; c). El derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo; d). El deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso; y, e). El deber de imponer penas adecuadas a los responsables”⁶¹. Por tanto, se trata de buscar vías que impidan la impunidad en todo su sentido, por cuanto los organismos internacionales como las Naciones Unidas, procuran que los ordenamientos internos de los países adopten ciertas medidas que sirvan como marco jurídico de actuación de las autoridades judiciales encargadas de investigar y sancionar las violaciones de los Derechos Humanos⁶².

c. El derecho a la reparación. Gracias a esta potestad las víctimas pueden solicitar y obtener, mediante el ejercicio de acciones y recursos eficaces, medidas individuales de restitución, indemnización y rehabilitación, de alcance general y garantías de no repetición de las violaciones de las normas internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario⁶³.

De manera general, en el derecho a obtener una reparación como mecanismo de una Justicia Transicional se reconocen las siguientes medidas. En primer lugar, la de *restitución*, que se refiere a los actos que buscan devolver a la víctima –en la medida de lo posible– a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de Derechos Humanos o a la transgresión grave del Derecho Internacional Humanitario, por ejemplo, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los Derechos Humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración a su empleo y la devolución de sus bienes⁶⁴. En segundo lugar, aparece la *rehabilitación* cuyo cometido medular es recuperar a todas las personas por medio de una segura atención médica y psicológica, y brindarles las garantías pertinentes

⁶¹ Cfr. BOTERO y RESTREPO SALDARRIAGA, Op. cit.

⁶² Cfr. ONU (2004). Reporte del Secretario-General, Op. cit.

⁶³ Cfr. HUERTAS DÍAZ; MEDINA; CHACÓN TRIANA; CÁCERES TOVAR, Op. cit.

⁶⁴ Cfr. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS: *INSTRUMENTOS DEL ESTADO DE DERECHO PARA SOCIEDADES QUE HAN SALIDO DE UN CONFLICTO, Programas de reparaciones*. NACIONES UNIDAS, Nueva York y Ginebra. [en línea]. (2008). [consultado 15 abr. 2008]. Disponible en: www.ohchr.org/Documents/Publications/ReparationsProgrammesSP.pdf

en la prestación de servicios sociales y jurídicos necesarios para lograr ese fin⁶⁵. Igualmente, en tercer lugar, se encuentran los mecanismos referidos a la *indemnización* –también entendidos como de compensación– que en términos generales se dan “...en aquellos casos donde la violación fue de tal entidad (homicidios, violaciones sexuales, desapariciones, torturas) que es imposible recuperar la situación inicial”⁶⁶ e implica, además, la indemnización por los daños causados –los gastos en que se incurrió con ocasión del hecho (daño emergente), la pérdida de oportunidades de ingreso de la víctima (lucro cesante)–; además, debe cubrir el llamado daño inmaterial que incluye el dolor y la aflicción por la violación del derecho, la pérdida del ser querido y, lo que la jurisprudencia ha dado en llamar alteración de las condiciones, el daño de la vida en relación y/o daño fisiológico⁶⁷. Así mismo, en cuarto lugar, en relación con la satisfacción y las garantías de no repetición, se incluyen varias medidas que apuntan a una reparación simbólica y otras orientadas a la prevención de violaciones o transgresiones, que buscan crear las condiciones idóneas para evitar la reiteración de las mismas.

En síntesis, pues, se plantea el deber del Estado de adoptar mecanismos como los siguientes⁶⁸: la verificación de los hechos y la publicidad de la verdad, la cesación de las violaciones, la declaración oficial o la decisión judicial de reparación de la dignidad, de la reputación y de otros derechos de las víctimas, la enseñanza y la difusión de la verdad histórica y la disculpa y el reconocimiento público de los hechos y de las responsabilidades, las conmemoraciones y los homenajes a las víctimas, entre otros mecanismos que persiguen esos cometidos.

d. El Derecho a tener garantías de no repetición. Se trata, sin duda, de otra categoría que incluye las reformas institucionales encaminadas al control civil de las fuerzas armadas y de seguridad, el refuerzo de la independencia judicial, la protección de los trabajadores de derechos humanos, la capacitación en derechos

⁶⁵ *Ibid.*, pág. 7.

⁶⁶ Cfr. CUERVO R.; BECHARA GÓMEZ e HINESTROZA ARENAS, pág. 28.

⁶⁷ *Ibid.*, pág. 29.

⁶⁸ Cfr. FRÜHLING, MICHAEL: “Intervención del Señor Director de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral en casos de graves violaciones a los derechos humanos” [en línea]. (10 de feb. 2004). [consultado 11 ago. 2008]. Disponible en: <http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/ponencias.php3?cod=35&cat=24>

humanos, la promoción de las normas internacionales de derechos humanos en el servicio público, el cumplimiento de la ley, los medios de comunicación, la industria y los servicios psicológicos y sociales⁶⁹. Al mismo tiempo, esta medida tiene el propósito de cubrir la reparación individual de la víctima al establecer acciones que logren que las infracciones cometidas no vuelvan a ocurrir y tiene su fundamento primordial en resoluciones sugeridas por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, conocidas como los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas, en los cuales se expresa que son tres tipos de acciones frente a dichas garantías de no repetición de violaciones de Derechos Humanos:

Por un lado, la disolución de los grupos armados, lo que supone planes integrales de reinserción en la sociedad; de otro lado, la depuración de la legislación para impedir que pueda justificarse la creación de estos grupos paramilitares. Y, finalmente, la separación del servicio activo como medida administrativa y no sancionatoria de los miembros de la fuerza pública y de los servidores públicos en general involucrados en el apoyo a la creación y operación de los grupos al margen de la ley. Así las cosas, el Estado se encuentra en la obligación de disponer de mecanismos para garantizar la restitución de los derechos como forma de reparación integral⁷⁰.

No obstante, sobre esta interpretación de los elementos que hacen parte de la justicia transicional y sobre el tema que nos compete, debe recordarse que mediante la sentencia C-370 del 2006, en relación con la llamada “Ley de Justicia y Paz”⁷¹, la Corte Constitucional de Colombia declaró ajustada a la Carta gran parte de la polémica Ley 975 del 2005, aunque también condicionó la exequibilidad de algunos artículos a condición de que se interpretaran acorde con estándares internacionales, para el caso los de verdad, justicia y reparación

⁶⁹ Cfr. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Op. cit.

⁷⁰ Cfr. CUERVO R.; BECHARA GÓMEZ y HINESTROZA ARENAS, pág. 29.

⁷¹ El marco jurídico además lo conforma, entre otros, el decreto reglamentario de la ley 975 de 2005, decreto 4760 de 2005, la ley 782 de 2002 o la ley de orden público, que ha facilitado la desmovilización del mayor número de miembros de las autodefensas que no han incurrido en crímenes de lesa humanidad y que no tenían un rango importante dentro de esa organización, y que en estricto sentido constituye una amnistía velada por cuanto el desmovilizado por la ley 782 de 2002 no tiene que contribuir ni con la justicia, ni con la verdad, ni con la reparación.

que, valga decir, no se han cumplido en toda su dimensión⁷². Así mismo, recuérdese, ese organismo introdujo importantes pautas hermenéuticas de cara a la Ley de Justicia y Paz⁷³.

Naturalmente, esta postura hermenéutica promueve, entre otros propósitos, que no se oculte información y alienta para que las confesiones sean veraces y completas. Consecuentemente, la decisión de la Corte constituye una herramienta esencial para que el marco legal pueda ser implementado en concordancia con las obligaciones internacionales del Estado⁷⁴.

Desde luego, debe también recordarse que al momento de presentarse a consideración del Congreso de la República el Proyecto de Ley 044 de 2008 o “Ley de víctimas” se interpretó⁷⁵ –de manera infundada– que sólo las personas que sufrieran daños por los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley podían ser consideradas víctimas; hecho que, amén de ir en contra de postulados internacionales, deja por fuera a las víctimas de crímenes cometidos por agentes del Estado quienes “a pesar de encontrarse en una situación de debilidad similar y de tener la misma necesidad de obtener justicia, verdad, reparación y garantías de no repetición en relación con los crímenes de los que han sido víctimas, no son consideradas beneficiarias de los derechos otorgados a las demás víctimas del conflicto armado, por el simple hecho de que la identidad de sus victimarios es distinta”⁷⁶.

⁷² Cfr. WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ, CHRISTIAN: “La ley de justicia y paz y el Derecho penal internacional. Algunos aspectos problemáticos”, pág. 15 -26. En: *Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas* No. 14 Enero – junio 2008, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda.

⁷³ Cfr. HUMAN RIGHTS WATCH, “Corte corrige defectos en la ley de desmovilización. Fallo Constitucional exige la confesión veraz de los paramilitares (Washington, 19 de Mayo de 2006)”, [en línea]. [consultado 23 ago. 2008]. Disponible en: http://www.acnur.org/index.php?id_pag=5115

⁷⁴ Cfr. LASSO LOZANO, LUIS MANUEL: “COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia”. [en línea]OEA/Ser/L/V/II.125. Doc. 15. 1º Agosto 2006. Original: Español [consultado 23 ago.2008]. Disponible en: www.semana.com/documents/Doc-1303_2006814.doc

⁷⁵ Ver: Debate en la cámara de representantes comisión constitucional primera, de octubre 3 de 2008, Proyecto de ley 044 de 2008. [en línea]. (2008). [consultado el 1 nov. 2008]. disponible en: http://direccion.camara.gov.co/camara/site/artic/20080221/asocfile/resumen_semanal_no_13_14_10_2008_17_10_2008_1.doc

⁷⁶ Cfr. UPRIMNY YEPES, RODRIGO: “Argucias jurídicas contra las víctimas”. En: Ponencia para Primer debate al Proyecto de Ley 044 de 2008 Cámara, 157 de 2007 Senado “Por la cual se dictan medidas de Protección a las Víctimas de la Violencia”, 10 Nov. (2008) - 8:29 pm. [consultado el 19 feb. 2009]. Disponible en: <http://www.elespectador.com/columna89531-argucias-juridicas-contra-victimas>

F. Los modelos de procesos de Justicia Transicional. La mayoría de Estados se han visto en la necesidad de asumir una actitud responsable al reconocer que se tiene que introducir en su ordenamiento jurídico y en las políticas de sus instituciones, el cumplimiento de los estándares internacionales en lo que hace referencia a los derechos que tienen las personas que son víctimas de los actos u omisiones de autoridades estatales, así como de particulares o agentes del mismo Estado.

Es por ello legítimo que las sociedades que busquen superar un conflicto armado, o trascender las consecuencias nefastas de una guerra, pretendan la reconciliación nacional para volver en la armonía de los beneficios de una paz estable y duradera, empleando para ello mecanismos de Justicia Transicional. Así pues, como señalan los expertos, se procura *“que sean investigados, juzgados y sancionados, de modo satisfactorio, los delitos graves conforme al Derecho Internacional cometidos por miembros de organizaciones armadas ilegales...que puedan recibir beneficios de orden procesal aquellos integrantes de organizaciones armadas al margen de la ley que hagan una contribución efectiva a las aspiraciones de cuantos se esfuerzan por dejar atrás la conflictividad violenta, recuperar la convivencia pacífica y gozar de un orden justo”*⁷⁷.

Ahora bien, la mayoría de los procesos de transición alrededor del mundo se han identificado cada vez más, por la mayor responsabilidad de los Estados en la garantía de los Derechos Humanos de las víctimas. Esto ha llevado a que, aunque es muy precario y complejo encontrar un procedimiento único que ponga en igual medida los derechos de las víctimas con la búsqueda de la paz, sea pertinente la formulación de unos parámetros mínimos que pretendan hacer cumplir a los actores del conflicto con el objeto de legitimar política y jurídicamente los procesos de negociación.

A ello, debe añadirse que durante los últimos años se ha visto una proliferación de diferentes enfoques en cuanto a los tipos de justicia transicional, así como de sus finalidades más elementales, los cuales abarcan desde la verdad pura y las fórmulas de reconciliación hasta diversas aproximaciones integradas, combinando juicios internacionales o internacionalizados con formas alternativas de justicia. Muchos de estos fenómenos han sido examinados en estudios de casos individuales. Sin embargo, se han hecho pocos

⁷⁷ Cfr. FRÜHLING, Op. cit.

intentos por unir las piezas del rompecabezas y analizar los méritos y problemas de las distintas opciones que ofrece la Justicia Transicional⁷⁸.

Al respecto, la doctrina⁷⁹ alude a cuatro modelos de Justicia Transicional. En primer término, las transiciones punitivas, que son un ejemplo de los distintos patrones de Justicia Transicional que ofrece la historia reciente como mecanismo particular para enfrentar las tensiones entre justicia y paz. Estas transacciones, dice UPRIMNY, hacen parte de los modelos radicales; así mismo, se caracterizan por un triunfo militar de una de las partes del conflicto armado que instaure los tribunales encargados de juzgar los crímenes cometidos durante el conflicto⁸⁰.

En segundo término, aparecen los perdones amnésicos, patrón o modelo que se caracteriza porque el Estado busca un acuerdo con los grupos armados que se encuentren en la negociación al decretar un perdón y olvido de los crímenes cometidos por sobre toda la sociedad en general, dejando por fuera del proceso de transición cualquier posibilidad para que las víctimas sean compensadas en sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral⁸¹. Además, en tercer lugar, están los llamados perdones compensadores que, adicionalmente, contienen algunas medidas muy pequeñas de reparación, por lo cual apuntan a dejar a un lado los derechos de las víctimas, es decir, a mayor grado de reparación, menor grado de justicia, a mayor grado de verdad, menor grado de justicia; y, a mayor grado de verdad y justicia, menor grado de reparación⁸².

Finalmente, en cuarto término, están los perdones responsabilizantes, que parecen ser el modelo más adecuado para cualquier proceso real de transición, pues este esquema genera no sólo algunas dinámicas

⁷⁸ Cfr. STAHN, CARSTEN: "La Geometría de la Justicia Transicional: Opciones de Diseño Institucional", en: Rettberg, Angélica: *Entre el Perdón y El Paredón, Preguntas y Dilemas de la Justicia Transicional*. Capítulo 4, [en línea] Uniandes, Cesó, Ediciones Uniandes, Bogotá; International Development Research Centre, Canadá. Primera Edición, (2005). [consultado 28 jul. 2008]. Disponible en: <http://www.docstoc.com/docs/3263228/La-geometr%C3%ADa-de-la-justicia-transicional-opciones-de-dise%C3%B1o>

⁷⁹ Cfr. UPRIMNY YEPES, RODRIGO: "Las Enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano". [en línea]. Dejusticia. Bogotá: s.n. (2006), págs. 19-25. [consultado 8 jun. 2008]. Disponible en: http://www.es.wikipedia.org/wiki/Transiciones_punitivas

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Cfr. UPRIMNY YEPES, Op. cit., págs. 2-4.

⁸² Ibid.

de perdón para miembros de los grupos armados sino que busca darle mayor importancia a los derechos de las víctimas⁸³.

Ahora, desde otra perspectiva⁸⁴ se plantea una situación en la cual es materialmente imposible lograr una justicia completa. El resultado más probable sería una solución parcial que castigaría a un grupo de criminales y compensaría a un grupo pequeño de víctimas, lo que resultaría en una violación del principio básico de igualdad ante la ley. Desde este ángulo, el problema de la Justicia Transicional es un dilema técnico-jurídico centrado en el conjunto de procesos interrelacionados de enjuiciamiento, rendición de cuentas, difusión de la verdad, reparación de los daños sufridos por las víctimas y adopción de reformas institucionales que se producen como consecuencia de la sustitución de un régimen político autocrático⁸⁵.

Para otros⁸⁶, el problema de la Justicia Transicional no es necesariamente el de cómo lograr resultados a partir de los reclamos morales de la sociedad, sino el de cómo preservar los principios del respectivo proceso y la independencia del poder judicial al enfrentarse a casos numerosos sobre los cuales puede existir poco material probatorio o para juzgar aquellos eventos en los que puede existir un insuficiente marco legal. En el caso argentino, por ejemplo, hay quienes entienden que las transiciones democráticas crean una ventana de oportunidad y una cantidad fija de capital moral que puede usarse para fines limitados, es como una respuesta de política gubernamental a un complejo de expectativas⁸⁷. Ahora bien, el problema es ¿cómo satisfacer o cómo re-orientar las expectativas públicas?, la justicia penal ejercida contra los violadores del pasado se ve en esta versión como una necesidad superlativa entre otras demandas democráticas⁸⁸.

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ Cfr. ELSTER, Op. cit.

⁸⁵ *Ibíd.*, pág 2.

⁸⁶ Cfr. GONZÁLEZ CUEVA, EDUARDO, M.A. Soc. New School of Social Resarch, Coordinador para los países del Sur de la Coalición de ONG's por la Corte Penal Internacional. "Perspectivas Teóricas de la Justicia Transicional". New School of Social Resarch. [en línea] Ed. Nueva York (2000). [consultado 1 sept. 2008]. Disponible en: www.derechoshumanosypaz.org/pdf/Gonzalez_Perspectivas_teoricas.pdf

⁸⁷ Cfr. ACKERMAN, BRUCE: *The Future of Liberal Revolution*. Yale University Press. [en línea] 1992. [consultado 28 ago. 2008]. Disponible en: <http://yalepress.yale.edu/yupbooks/book.asp?isbn=9780300053968>

⁸⁸ Cfr. GONZÁLEZ CUEVA, Op. cit.

Lo que resulta claro es que el problema de la Justicia Transicional es visto desde varias esferas⁸⁹, para tal efecto basta recordar transiciones basadas en justicia histórica. Es más, hay quienes entienden⁹⁰ que en la Justicia Transicional no se trata simplemente de luchar con los aspectos traumáticos y negativos que en una sociedad dejan regímenes represivos o perversos, o conflictos armados internos, sino que se busca liderar procesos de transición, guiándose por valores, principios y procedimientos propios de un régimen democrático y que, en efecto, la guía de respuesta está anclada en medidas políticas, como lo son las sanciones criminales o no criminales, el reconocimiento del pasado, las comisiones de la verdad y las medidas reparativas⁹¹.

Ahora bien, de acuerdo con lo dicho, los procesos de Justicia Transicional se desenvuelven según el contexto o el escenario donde se lleven a cabo; sin embargo, queda claro que los mecanismos de justicia que se deban aplicar en cualquier proceso de transición deben ceñirse a los principios y normas internacionales⁹².

Aquí conviene detenerse un momento con el fin de esbozar qué modelo es el que debe adscribirse al problema colombiano. En primer lugar, debe quedar claro que ética y jurídicamente la aplicación de modelos radicales de Justicia Transicional –que pretenden castigar a todos los responsables de crímenes de guerra o de lesa humanidad o los basados en el perdón y el olvido general de los crímenes– no es posible. Así mismo, en segundo lugar, es inaceptable para Colombia un modelo basado en un perdón general a los responsables, con medidas de reparación a las víctimas y de recuperación de la verdad. Así pues, la premisa de la cual se debe partir es la de los perdones

⁸⁹ Cfr. TEITEL, RUTI G.: *Transitional Justice*, New York: Oxford University Press. [en línea]. (2000). [consultado 15 ago. 2008]. Disponible en: [http://books.google.com.co/books?hl=es&lr=&id=KMIEBKigShEC&oi=fnd&pg=PP6&dq=RUTI+G.+Teitel.+ \(2000\).+Transitional+Justice,+New+York:+Oxford+University+Press&ots=7dKkLMm0jZ&sig=ISE84zsBkmUlvokYYc8t78cQtm0](http://books.google.com.co/books?hl=es&lr=&id=KMIEBKigShEC&oi=fnd&pg=PP6&dq=RUTI+G.+Teitel.+ (2000).+Transitional+Justice,+New+York:+Oxford+University+Press&ots=7dKkLMm0jZ&sig=ISE84zsBkmUlvokYYc8t78cQtm0)

⁹⁰ Cfr. GAMBOA TAPIAS, CAMILA: "Justicia transicional: dilemas y remedios para lidiar con el pasado; Introducción". En: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá (Colombia), [en línea]. 7 (Número especial): 21-40, agosto de 2005. [consultado 5 nov. 2008]. Disponible en: http://www.cijus.uniandes.edu.co/proyectos/cd_justicia/ficha1/notas/3a.pdf

⁹¹ *Ibid.*, pág. 23.

⁹² Cfr. GAMBOA TAPIAS, CAMILA: "Comentarios a la publicación de la Comisión Colombiana de Juristas sobre los Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones", en: *Boletín de Justicia Transicional*. [en línea]. (2005). [consultado 5 nov. 2008]. Disponible en: http://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/boletin_transicional/documentos/Comentario_Principios_impunidad.pdf

responsabilizantes⁹³, es decir, una fórmula de negociación que tome, seriamente, en cuenta los derechos de las víctimas y los deberes del Estado de establecer la verdad, reparar a las víctimas y sancionar a los responsables. En este modelo, a diferencia de los comparados sobre el proceso de transición, el perdón debe ser particular, específico y regido por el principio de proporcionalidad frente a la necesidad de alcanzar la paz y la reconciliación. Este patrón debe ser el producto, necesariamente, de un amplio consenso.

III. LA JUSTICIA TRANSICIONAL: EL CASO COLOMBIANO

En primer lugar, de un lado, es imperioso advertir que no es tarea fácil encontrar y llevar a la práctica un modelo que satisfaga las exigencias jurídicas, éticas y políticas en el contexto patrio, en aras de que la sociedad acepte, olvide y, a su turno, se repare a las víctimas. De cara al proceso de transición que se vive en Colombia, se evidencia que la existencia de un ordenamiento jurídico *per se* no constituye todavía un elemento fuerte como mecanismo para la reparación progresiva de las víctimas de un conflicto armado. No es sólo la Ley la que da la respuesta adecuada a los actores principales de un proceso transicional como son las víctimas, por ello, con toda razón, se afirma que el fin es el de *“equilibrar las exigencias especiales y contrapuestas de justicia y paz que surgen en contextos de transición. Estas exigencias se concretan, de un lado, en los imperativos éticos y jurídicos nacionales e internacionales que consagran los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición de las víctimas de crímenes atroces cometidos en el régimen anterior a la transición. Y de otro lado, en la necesidad política de lograr la paz mediante el ofrecimiento de beneficios jurídicos que resulten atractivos para que los victimarios decidan dejar atrás dicho régimen”*⁹⁴.

⁹³ Cfr. LASSO, LUIS MANUEL, UPRIMMY YEPES, RODRIGO; SAFFON SANÍN, MARÍA PAULA: *Recomendaciones Sobre Verdad, Justicia y Reparación En El Conflicto Armado Colombiano*. Foro Constitucional Iberoamericano. Universidad de Antioquia, [en línea]. (2004). [consultado el 25 jul. 2008]. Disponible en: www.uc3m.es/uc3m/inst/mgp/jci/revista-06art-col1.htm - 52

⁹⁴ Cfr. UPRIMMY YEPES, RODRIGO Y SAFFON MARÍA PAULA: *Desplazamiento Forzado y Justicia Transicional en Colombia*. En: Estudio sectorial; Estudio que fue encomendado con el objetivo de que se realizaran un análisis y una evaluación de la respuesta institucional de la política gubernamental en materia de justicia transicional frente al fenómeno del desplazamiento forzado en Colombia. [en línea], págs. 3-4 (2008). [consultado el 23 ene. 2009]. Disponible en : http://www.dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos_publicacion&field=archivo&id=31

Por otro lado, en segundo lugar, en materia de justicia transicional, la ley 975 del 2005, como un instrumento dentro del marco jurídico de las negociaciones de paz entre el gobierno y los grupos paramilitares, buscó lograr un equilibrio entre las exigencias de justicia y paz, mediante la generosa concesión de beneficios penales a los actores armados que decidieran movilizarse, a cambio de importantes declaraciones de principio que reconocían los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición⁹⁵. La ley fue, sin embargo, objeto de críticas por diversos sectores, tales como la sociedad civil y la comunidad internacional porque estas declaraciones de principio no venían acompañadas de mecanismos adecuados para la debida protección de los derechos de las víctimas y, por tanto, corrían el grave riesgo de quedarse en mera retórica⁹⁶, hecho que se corrobora a medida que pasan los días⁹⁷; por ejemplo, las versiones libres suponen un auténtico caudal de información que es muy relevante para la garantía del derecho a la justicia y del derecho a la verdad. Pero, junto a ello, se presenta también la utilización de las versiones libres para intentar justificar los crímenes más atroces por parte de los jefes paramilitares así como las amenazas y extorsiones a las víctimas para que no acudan a ofrecer sus testimonios⁹⁸. Por ello, hay quienes se oponen a la implantación de la ley como instrumento jurídico, al sostener que *“La ley aprobada por el Congreso y sancionada por el Gobierno, no servirá para traer una verdadera paz en Colombia. Permitirá que los jefes de las autodefensas reciban beneficios judiciales y entreguen parte de las estructuras armadas que tienen, pero deja de lado un principio fundamental: la verdad. Sin verdad no hay justicia y tampoco reparación.*

⁹⁵ Cfr. UPRIMMY YEPES Y SAFFON: *Desplazamiento Forzado y Justicia Transicional en Colombia*, Op. cit. pág. 3.

⁹⁶ Cfr. DRURY, JAMES: *Al crítica “ley de justicia y paz”*, en : BBC MUNDO AMÉRICA LATINA. [en línea]. Martes, 26 de abril de (2005)-18:37 GMT. [consultado 23 septiembre 2007]. Disponible en <http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_4487000/4487231.stm>. “Amnistía Internacional advirtió al gobierno de Colombia que la aprobación de la “ley de justicia y paz” podría concederle impunidad a los violadores de derechos humanos. No hay garantías de un proceso judicial que asegure que las personas acusadas sean traídas ante la justicia, que puedan interrogarlas. La ley no garantiza el derecho de las víctimas de los abusos de derechos humanos a la verdad y la reparación”.

⁹⁷ Cfr. WOLFFHUGEL GUTIÉRREZ, Op. cit., pág. 15 y ss.

⁹⁸ Cfr. Alianza de Organizaciones Sociales y Afines, Comité de Impulso del Encuentro de Víctimas, Confluencia por la Democracia y contra la Guerra. LINEAMIENTOS PARA UNA POLÍTICA PÚBLICA GARANTISTA DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS. En: artículo 10. [en línea], págs. 7-11 (2007). [consultado el 10 de feb. 2009]. Disponible en: <http://www.viva.org.co/cajavirtual/svc0085/download.php?archivo=articulo10>

No hay un esclarecimiento de los hechos, lo cual es fundamental para que la aplicación de la ley tenga todas las garantías⁹⁹; por ello, muy difícilmente podría garantizarse, mediante la aplicación de la Ley 975, el desmonte del fenómeno del paramilitarismo y, con él, la no repetición de las atrocidades cometidas en su vigencia¹⁰⁰. Aunado a ello, otro obstáculo que desafía al actual proceso de desmovilización es el desmantelamiento total de las autodefensas armadas conocidas como fuerzas paramilitares, con un desmedido poder económico, político y social en vastas regiones de Colombia. La restauración de las tierras de las que han sido impetuosamente despojados miles de desplazados internos es uno de los hechos críticos de este proceso, junto con los indiscutibles lazos con las redes del narcotráfico.

Ahora bien, todo este conjunto de preocupaciones parece encender las alarmas por fuera de las fronteras nacionales; así lo refleja la visita hecha al país por el Fiscal de la CPI, Luis Moreno Ocampo, durante la última semana del mes de agosto del 2008¹⁰¹. Por lo anterior, es claro que la CPI, como última jurisdicción, se convierte en un tribunal subsidiario al derecho nacional que opera cuando las autoridades civiles y de justicia locales no logran investigar a plenitud y, sobre todo, castigar los crímenes de lesa humanidad y evitar que el sistema jurídico nacional permita la impunidad en todos los casos¹⁰².

⁹⁹ Cfr. PARDO, RAFAEL: "La ley de Justicia y Paz ¿Traerá una verdadera paz?", Senador de la República de Colombia y ex Ministro de Defensa. En: *Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior*. [en línea]. 13 de oct. (2005). [consultado el 23 de ago. 2008]. Disponible en: www.fride.org/publicacion/105/la-ley-de-justicia-y-paz-traera-una-verdadera-paz

¹⁰⁰ UPRIMMY YEPES y SAFFON, Op.cit.

¹⁰¹ El día martes 26 de agosto de 2008 el Fiscal General de la Nación asistió la visita oficial del fiscal de la Corte Penal Internacional para la región, Luis Moreno Ocampo y del juez de la Audiencia Nacional Española Baltasar Garzón, quienes no podían soportar el olor y miraban aterrados en el sitio de Turbo, en el Urabá Antioqueño, donde presenciaron la exhumación de 22 muertos del conflicto colombiano. El principio del hallazgo fueron las coordenadas que aportó el ex jefe del bloque Bananero de las AUC "Éver Veloza", alias -HH-, ante la unidad de Justicia y paz. Garzón y Moreno se pararon a un lado de la fosa y vieron una dentadura postiza, varios fémures, radios, cúbitos y jirones de ropa, botas de caucho aun intactas, después de 23 años enterradas. El Fiscal Iguarán repuso muchas veces que, en medio de la tarea, se acercan deudos de desaparecidos e identifican a sus seres queridos hasta por una prenda; añadió que "aquí estamos desenterrando la verdad" y que "de esta verdad surge la justicia".

¹⁰² Según el Fiscal General de la Nación, hasta ahora van 1.400 versiones de "exparas" y han confesado 2.700 hechos. Para seguir desenterrando la verdad, El juez Garzón propuso la repatriación temporal de los exjefes "paras" que ahora se encuentran en las celdas de E.U.

Algo que se considera pertinente es aceptar que, en el país, los actores del conflicto son múltiples, pero tampoco se pueden dilucidar los hechos como un problema exclusivamente de orden público. No se trata de determinar si los buenos tienen que señalar a los malos y si los vencidos (si existieran) serán juzgados y castigados por vencedores que pretenden un borrón y cuenta nueva de todo lo sucedido sin importar el impacto social que rodean estos crímenes y que explican el porqué de ellos. No es observar la justicia y la restitución como un menoscabo de la sociedad aguantando las peticiones de las víctimas como algo cotidiano, sino caer en la cuenta de que las desmovilizaciones y juzgamiento son parte del proceso y de que son el Estado y sus instituciones las que tienen que brindar y ayudar a garantizar los mecanismos de ese proceso de transición, de mirar a las víctimas y a la sociedad entera como principales receptores de dicha justicia como un deber legal e institucional y no como el samaritano que acude en ayuda de la sociedad desamparada por su situación de indefensión.

Así las cosas, con respecto a la reflexión que nos compete, esto es, acerca de la viabilidad de un proceso de transición en el caso colombiano, nos atrevemos a afirmar que el principal objetivo que persigue un gobierno en un proceso de paz con una organización armada al margen de la ley es garantizar la desaparición de esa organización y desmontarla, en lo máximo posible, así como todos los efectos que haya generado en la sociedad la existencia de un conflicto con la misma. Si bien la eliminación total de las acciones ilegales va acompañada de que los integrantes de la organización puedan convertirse en ciudadanos corrientes, es necesario que las víctimas de sus actividades armadas conozcan la verdad de los hechos ocurridos y puedan ser reparados por los efectos negativos que hayan sufrido.

Es por esta razón que el caso colombiano no se ajusta *stricto sensu* a los parámetros de transición, toda vez que el conflicto armado ha manifestado una sorprendente resistencia y capacidad de transformación, al mismo tiempo que –como bien se ha dicho– “*el país luce un sostenido, variado y sombrío registro de crímenes y violaciones de Derechos Humanos vinculados con su extendido conflicto armado*”¹⁰³.

¹⁰³ Cfr. AMNISTÍA INTERNACIONAL. (2004). [en línea]. Colombia. Informe 2004. [consultado 7 abril 2007]. Disponible en <<http://web.amnesty.org/report2004/col-summary-esl>>

Por ello, acertadamente, se ha señalado¹⁰⁴ que un proceso de justicia en transición se realiza en una mejor medida si ha concluido el conflicto armado como tal, cosa que como bien se sabe no sucede en el caso colombiano.

En todo caso se debe reflexionar acerca del carácter que tiene el conflicto, su alta complejidad que, desde luego, lo convierte en un caso especial. Así mismo, el número de actores armados implicados y la fragmentación interna de estos grupos, sumado al financiamiento obtenido del narcotráfico, indican que el acuerdo de paz y el proceso de transición probablemente tendrán lugar por diversas etapas, tal como se evidencia en las negociaciones actuales con los grupos paramilitares¹⁰⁵ y, de seguro, ha de llevarse a cabo con los demás actores armados incluidos los grupos guerrilleros.

Lo anterior, amén de otros aspectos, hace difícil la aplicación de las lecciones básicas extraídas de otras experiencias¹⁰⁶, entre ellas, la recomendación de un cese total de las hostilidades como condición para el inicio de negociaciones o de los procesos de desmovilización, reintegración, justicia y reconciliación¹⁰⁷. Los procesos de Justicia Transicional y reconciliación están bajo la influencia de numerosos factores entre los que se hallan el impacto del conflicto, los términos de su resolución, los recursos disponibles, el nivel de voluntad política y de consenso existente, la capacidad institucional, las normas culturales, etc.¹⁰⁸. En esa línea de análisis, bien se ha señalado que *“los intereses de los diversos actores se encuentran contrapuestos y a veces son irreconciliables. Por ejemplo, por un lado, las víctimas poseen exigencias morales no negociables relacionadas con la necesidad de verdad y justicia por las violaciones acaecidas y, por otro, los perpetradores no*

¹⁰⁴ Cfr. DE GREIFF, Op. cit., págs. 9-10.

¹⁰⁵ *Ibid.*, pág. 21-22.

¹⁰⁶ Dichas experiencias entre las naciones que han hecho tránsito hacia regímenes democráticos desde hace más de cincuenta años, no sólo sirven para mostrar los riesgos y tropiezos propios de la justicia transicional, sino que han generado un rico y complejo material de estudio y reflexión que ha ido, con el paso de los años, desarrollando y consolidando un discurso en el ámbito teórico, y una normatividad y jurisprudencia internacional y nacional con unos estándares que permitan garantizar el cumplimiento de los derechos a la justicia, la verdad y la reparación. Cfr. GAMBOA TAPIAS: “Justicia transicional”. Op. cit.

¹⁰⁷ Cfr. MELTZER, JUDY: “Justicia Transicional y Reconciliación en Colombia luego del Conflicto Armado: Consideraciones para una Posible Cooperación Canadiense”. En: *Documento de Política*. Fundación Canadiense para las Américas. (FOCAL). [en línea] jul. (2004). Pág. 20. [consultado el 20 de feb. 2009]. Disponible en: www.focal.ca/pdf/colombia04_sp.pdf

¹⁰⁸ Cfr. ROMERO y VAN ZYL, Op. cit., nota 9.

están dispuestos a que se lleven a cabo enjuiciamientos contra ellos”¹⁰⁹. Es por ello que ninguna sociedad –como se ha señalado¹¹⁰– ha esclarecido completamente todas las violaciones de los derechos humanos cometidas en un régimen autoritario o en desarrollo de un conflicto armado.

En este orden de ideas, Colombia debe tratar de aplicar su propio modelo institucional de Justicia Transicional; sin embargo, como se observa, “a la vez que el contexto específico sí importa y que cada país tiene que definir sus propias metas y caminos, lo cierto es que hay ciertos limitantes y oportunidades externas así como modelos que conviene, por lo menos, comprender y, si se considera conveniente, emular. En ese orden de ideas, lo importante no es cuán autónomos, cuán originales somos sino cuán efectivos en hallar soluciones para la superación del conflicto armado por medio de los mecanismos de la Justicia Transicional”¹¹¹. Es por ello que las inquietudes y los debates en torno a la Justicia Transicional son de gran importancia para este país, toda vez que aún se encuentran grandes vacíos en las probabilidades de tener una paz duradera en el futuro por medio de los mecanismos de dicho tipo de justicia¹¹².

Así las cosas, en este estadio de la discusión, bien vale la pena plantear los siguientes cuestionamientos: ¿Cuáles son las condiciones de modo, tiempo y lugar para que la Justicia Transicional tenga aplicación en Colombia?; ¿Hasta dónde la Ley de justicia y paz sirve como instrumento formal para una Justicia Transicional en Colombia y si tiene efectos en el futuro y cómo lo acredita las instituciones judiciales de Colombia?; ¿Qué es y qué no es la justicia transicional?; ¿Quiénes son las víctimas, quiénes los victimarios?; ¿A quiénes se les otorgan las responsabilidades?; ¿A quién y cuándo se castiga? ¿Cómo se establece la verdad sobre lo acontecido y cómo se abordará su esclarecimiento? ¿Cómo han respondido otras

¹⁰⁹ Cfr. SALMÓN G., ELIZABETH: “El papel sancionador del DIH: ¿limitaciones a las posibilidades de reconciliación?”. En: *Algunas reflexiones sobre DIH y justicia transicional: lecciones de la experiencia latinoamericana*, *International Review of the Red Cross*. [en línea]. Junio de 2006, N° 862 de la versión original, pág. 5. [consultado el 2 de feb. de 2009]. Disponible en: [www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/6yckry/\\$File/ricr_862_Salmon.pdf](http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/6yckry/$File/ricr_862_Salmon.pdf)

¹¹⁰ Cfr. DE GREIFF, Op. cit. págs. 10-11.

¹¹¹ Cfr. RETTBERG, ANGELIKA: “Reflexiones introductorias sobre la relación entre construcción de paz y justicia transicional”. En: *Entre el Perdón y El Paredón, Preguntas y Dilemas de la Justicia Transicional*. [en línea]. [consultado 21 noviembre 2008]. Uniandes, Cesó, Ediciones Uniandes, Bogotá; International Development Research Center, Canadá. Primera Edición, 2005. 394 páginas. Disponible en: http://www.idrc.ca/en/ev-84570-201-1-DO_TOPIC.html

¹¹² Cfr. RETTBERG, Op. cit. págs. 2-10.

sociedades a estas preguntas?; ¿Cuánto y cómo incide el contexto en la respuesta a estas preguntas?; ¿Cuáles son las diferentes opciones de diseño institucional?; y, finalmente, ¿Qué sabemos sobre la efectividad de las diferentes soluciones en otros países que han transitado de la guerra a la paz y que han marcado el camino de la Justicia Transicional?

Los estudiosos de la justicia transicional están lejos de alcanzar un consenso acerca de las respuestas a estas preguntas; así, para unos lo primordial es castigar a los victimarios con toda severidad¹¹³; para otros, es relevante la naturaleza contextualizada de la Justicia Transicional, marcada por los temas en juego, el número y los intereses de los actores, la disponibilidad de recursos y el poder relativo —especialmente la capacidad de sabotaje u obstrucción— de los diferentes grupos en el momento de la transición¹¹⁴. En fin, hay académicos que han hecho énfasis en la necesidad de abordar las necesidades de las víctimas como base necesaria de procesos estables de reconciliación¹¹⁵.

Es por esto que cada sociedad, nación y pueblo, debe en realidad saber elegir su propio curso. La Justicia Transicional nos enseña, sin embargo, que las elecciones operadas por una sociedad serán ciertamente más eficaces si están basadas en un examen meticuloso de las experiencias previas tanto nacionales como internacionales.

IV. CONCLUSIONES

Así las cosas, llegados a esta instancia de la discusión, debe decirse que la Justicia Transicional es una disciplina de estudio reciente, por lo mismo es necesario evaluar el impacto de sus mecanismos en el caso colombiano para que las políticas futuras en este ámbito tengan las mejores oportunidades de alcanzar los objetivos trazados; así, entonces, se evidencia la extensión de la Justicia Transicional como

¹¹³ Cfr. FRÍES, LORENA y otros. “El Proceso de Justicia Transicional y el Derecho a la Reparación por Violencia Sexual Como Tortura en Chile”. En: *SIN TREGUA Políticas de reparación para mujeres víctimas de violencia sexual durante dictaduras y conflictos armados*. [En línea] abril. (2008), CHILE. Pág. 68. [consultado el 5 de ago. 2008]. Disponible en: http://www.dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos_publicacion&field=archivo&id=146

¹¹⁴ Cfr. ELSTER, Op. cit.

¹¹⁵ Cfr. ACORN, ANNALISE (2004). *Compulsory Compassion: A Critique of Restorative Justice*. Vancouver, BC: UBC Press.; BARKAN, ELAZAR (2001). *The Guilt of Nations: Restitution and Negotiating Historical Injustices*. Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press.

una disciplina que está claramente asegurada en los escenarios académicos.

En consecuencia, de un lado, es necesario –y debe ser objeto de otro análisis– estudiar de manera empírica el impacto real de los mecanismos de Justicia Transicional en sociedades como la nuestra, habida cuenta de que sólo con una experiencia tan particular, como el caso colombiano, se identifica la manera como estos mecanismos hacen efectivos sus propósitos.

Por otro lado, de cara al modelo patrio, el proceso de Justicia Transicional debe involucrar a toda la sociedad civil, pues se trata, por supuesto, de un consenso social; el proceso de transición en el país debe ser responsable con las víctimas, de tal forma que la sociedad no debe verlas como culpables de los hechos, sino que debe reconocerles los derechos integrales a la reparación¹¹⁶, a la justicia y a la verdad. Desde luego esto es apenas comprensible, toda vez que lo contrario genera protuberantes rutas de impunidad que, obvio es decirlo, *“pueden contribuir a que la violencia, en lugar de detenerse, se transforme en bandidismo, pandillas, mafias locales, abuso policial y otros fenómenos”*¹¹⁷. A más de lo anterior, el escenario en relación con las víctimas aparece múltiples aristas, por ejemplo: ¿Cómo enfrentar problemas como los atinentes al despojo que sufrieron los campesinos propietarios y poseedores de siete millones de hectáreas?; igualmente, y según el último informe de Cohdes, ¿Qué mecanismos implantar para erradicar el desplazamiento forzado, que ha crecido el 41%?¹¹⁸ Esta problemática ha suscitado el surgimiento de una serie de mecanismos con los cuales se busca combatirla como, por ejemplo, la propuesta de una denominada Ley de víctimas que –no obstante– ha sido duramente criticada sin que su suerte en el Congreso de la República esté todavía asegurada.

De esta forma, teniendo en cuenta lo anterior, se pueden asentar las siguientes premisas a manera de conclusión de nuestra investigación: En primer lugar, no existe un modelo único de implementación

¹¹⁶ Cfr. CIURLIZZA, JAVIER, Director en Colombia del Centro Internacional de Justicia Transicional. Véase en: <http://www.ictj.org/colombia>.

¹¹⁷ Cfr. Informativo ICTJ Colombia y las Américas - No.3 | Julio 2008. “Después de las liberaciones: ¿cuáles son los restos de la justicia transicional en Colombia?” Noticias ICTJ Colombia. [en línea]. [consultado noviembre 1 2008]. Disponible en: <http://www.ictjcolombia.org/informativoJul08/editorialLiberaciones.html>.

¹¹⁸ Cfr. OROZCO TASCÓN, CECILIA, reportera de EL ESPECTADOR, al dar el informe de desplazamiento en Colombia, octubre de 2008.

de procesos de Justicia Transicional que pueda ser empleado para el caso colombiano; en segundo lugar, para que pueda emerger la Justicia Transicional en Colombia es necesario dar por terminado el conflicto armado actual, cosa que en nuestra realidad es poco probable que se logre en el corto plazo.

En tercer lugar, debe decirse que el éxito de la transición –una vez culminado el conflicto armado– y de la sostenibilidad de la paz se verá marcado por la capacidad de participación de las organizaciones de la sociedad civil colombiana en los procesos de justicia y reconciliación; así mismo, en cuarto lugar, el marco jurídico diseñado como una política pública de Justicia Transicional debe cobijar a todos los grupos armados ilegales y la satisfacción de la verdad, la justicia, la reparación y garantías de no repetición sobre todo el conjunto de la sociedad civil y no sobre un sector de la población.

En quinto lugar, es importante resaltar que la falta de solidez de las instituciones judiciales colombianas puede limitar el alcance de la Justicia Transicional durante el actual proceso; además, en sexto lugar, los actores internacionales tienen también un importante papel que desempeñar para que, como testigos y veedores, verifiquen que los mecanismos de Justicia Transicional se desarrollen paulatinamente con el tiempo en el territorio nacional, así como evitar que los crímenes atroces queden impunes.

De igual forma, en séptimo lugar, se deben erigir instituciones acompañantes cuando se ponen en marcha estos procesos como lo son las comisiones de la verdad. En fin, en octavo y último, la justicia y la reconciliación duradera serán imposibles de alcanzar sin una reforma significativa y eficaz en el escenario actual de la política estatal de desmovilizaciones, para lo cual se requiere que la nación viva un auténtico proceso de transformación política como lo sugiere la noción de Justicia Transicional.

V. BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR, PALOMA, “La Justicia Transicional en los Casos Español, Argentino y Chileno”, Estudio Talleres 10. En: *Enfoques Alternativos Para Superar El Pasado. Conferencia Internacional Paz y Justicia*, [en línea], Nürnberg, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología Universidad Nacional de Educación a

Distancia (Madrid, Spain) págs. 11-20, junio (2007). [Consultado 25 Ene. 2009]. Disponible en:<http://www.peace-justice-conference.info/download/WS%2010%20P%20Aguilar%20-%20Spanish%20Version%20.pdf>

ACKERMAN, BRUCE: *The Future of Liberal Revolution*. Yale University Press. [en línea] 1992. [consultado 28 ago. 2008]. Disponible en:<http://yalepress.yale.edu/yupbooks/book.asp?isbn=9780300053968>

AMBOS, KAI: *El Marco Jurídico de la Justicia de Transición*, Bogotá, Edit. Temis, 2008.

ARDILA, DORYS: *JUSTICIA TRANSICIONAL: PRINCIPIOS BASICOS. Los Derechos de las Víctimas en Procesos de Paz o de Transición a la Democracia*. En: Instituto Latinoamericanos de Servicios Legales Alternativos. (ILSA). [en línea]. (2006). [consultado 17 febrero 2007]. Disponible en:www.pangea.org/unescopau/img/programas/derecho/justicia/doc004.pdf

AVELLO, MARÍA: “Esfuerzos europeos en: Justicia Transicional”. En: Fundación para las Relaciones Internacionales y el Dialogo Exterior. (FRIDE).[en línea]. Documento de Trabajo 58. Mayo (2008). Págs. 4-8. [consultado el 15 ago. 2008]. Disponible en: www.fride.org/publicacion/484/esfuerzos-europeos-en-justicia-transicional

BELL, CHRISTINE, CAMPBELL, COLM, AND NÍ AOLÁIN, FIONNUALA, (2004), “Justice Discourses in Transition”, *Social and Legal Studies*, 13, 305-328. This article, sets out some of the theoretical conceptualization of the connection between conflict, transitional justice, and the rule of law, which underpins the creation of the TJI.

BELL, CHRISTINE, CAMPBELL, COLM, AND NÍ AOLÁIN, FIONNUALA (forthcoming 2006), ‘*The Battle for Transitional Justice: Hegemony, International Law, and Iraq*’ (In a new collection edited by Kieran McEvoy to be published by Oxford University Press).

BOTERO MARINO, CATALINA Y RESTREPO SALDARRIAGA, Esteban: “Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia”, en *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional*, Angelika Rettberg (comp.), Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Ciencia Política, Centro de Estudios Socioculturales e internacionales –ceso-, 2005.

CÁCERES, HERNANDO, Director del proyecto de Misión de Observación Internacional Phnom Penh, Camboya. Juriste Internationaliste de Terrain Université d’Aix Marseille III. Fundación Dignidad y Desarrollo. s. l. [en línea]. [consultado may. 15 2007]. Disponible en http://www.semana.com/wf_InfoArticulo.aspx?IdArt=74983

CAMPBELL, COLM, HARVEY, COLIN, AND NÍ AOLÁIN, FIONNUALA (2003), ‘The Frontiers of Legal Analysis: Reframing the Transition in Northern Ireland’, *Modern Law Review*, 66, 317-45. The authors examine the nature and legal implications of the Belfast / Good Friday Agreement in international context. [en línea]. (2005). [consultado el 15 de ago. De 2008]. Disponible en: <http://www.transitionaljustice.ulster.ac.uk/publications/>

CAMPBELL, COLM AND NÍ AOLÁIN, FIONNUALA. 'The Paradox of Transition in Conflicted Democracies', *Human Rights Quarterly*, 27, 172, [en línea]. (2005). [consultado el 15 de ago. De 2008]. Disponible en: <http://www.transitionaljustice.ulster.ac.uk/publications/>

CIURLIZZA, JAVIER: "Bienvenida sea la ley de víctimas". En: *Revista Semana* (7/04/08), [en línea]. (2008). [consultado el 23 de ago. De 2008]. Disponible en: http://www.semana.com/wf_InfoArticulo.aspx?idArt=113011

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. "Consideraciones sobre justicia transicional y sobre la ley de Justicia y Paz aprobada por el Congreso colombiano". Bogotá: Congreso de la República de Colombia, 22 de junio de 2005. [en línea], [consultado 29 septiembre 2007]. Disponible en < www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/jtcat.html >.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia. OEA/Ser/L/V/II.125. Doc. 15, 1º Agosto 2006.

CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C-370 de 2006, Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de de dos mil seis (2006).

CUERVO R., JORGE; BECHARA GÓMEZ, EDUARDO Y HINESTROZA ARENAS, VERÓNICA: *Justicia transicional: modelos y experiencias internacionales: Estándares internacionales de verdad, justicia y reparación. La aplicación de la Ley 975 de 2005 o ley de "justicia y paz"*. Primera edición: diciembre de 2007. Bogotá: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2007.

DE GREIFF, PABLO: "Elementos de un programa de reparaciones". En: *Cuadernos del conflicto; Justicia, Verdad y Reparación en Medio del Conflicto*. [en línea]. Bogotá: legis, Semana, Fundación para la paz. Abril (2005), pág. 9., [consultado el 20 de ago. 2008]. Disponible en: http://www.ideaspaz.org/publicaciones/download/cuaderno_conflicto.pdf

DICCIONARY, Transitional Justice meaning, *The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity* (Macmillan Reference USA, 2004), vol. 3, págs. 1045-1047. Reproduced with permission.

ELSTER, JOHN: "Rendición de Cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica". Cambridge, Reino Unido. En: Traducción: Zaidenweg Ezequiel; *Closing the books. Transitional justice in historical perspective*. [en línea]. Buenos Aires, (2004). [consultado el 5 nov. 2008]. Disponible en: <http://www.katzeditores.com/fichaLibro.asp?IDL=28>

FREEMAN, PAR MARK y DOROTHEE, MAROTINE : *QU'EST-CE QUE LA JUSTICE TRANSITIONNELLE?* 1, 19 November 2007, Ed. International Center for Transitional Justice, 2007.

FUKUYAMA, FRANCIS: "El futuro después del fin de la Historia". En: Mesa Redonda; Transcripción editada y traducida al castellano de la reunión realizada en el

Centro de Estudios Públicos el 13 de noviembre de 1992, [en línea]. Spring, (1993). Universidad de Chile, MA, pág. 1-2. [consultado el 30 de may. 2008]. Disponible en: http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_917.html

GALLARDO RODRÍGUEZ, JOSÉ FRANCISCO: *The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*, Macmillan Reference USA, 2004. México: Universidad Autónoma de México, 2004 Vol. 3, pág. 1045-1047.

GAMBOA TAPIAS, CAMILA: "Justicia transicional: dilemas y remedios para lidiar con el pasado; Introducción". En: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá (Colombia), [en línea]. 7 (Número especial): 21-40, agosto de 2005. [consultado 5 nov. 2008]. Disponible en: http://www.cijus.uniandes.edu.co/proyectos/cd_justicia/ficha1/notas/3a.pdf

GAMBOA TAPIAS, CAMILA: "Comentarios a la publicación de la Comisión Colombiana de Juristas sobre los Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones", en: *Boletín de Justicia Transicional*, [en línea]. (2005). [consultado 5 nov. 2008]. Disponible en: http://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/boletin_transicional/documentos/Comentario_Principios_impunidad.pdf

GLOPPEN, SIRI: "Reconciliation and Democratisation: Outlining the Research Field", Report R 2002: 5, Chr. Michelsen Institute Development Studies and Human Rights, Noruega, [en línea]. (2002). [consultado 1 abr. 2008]. Disponible en: <http://www.cmi.no/publications/file/reconciliation-and-democratisation>

GONZÁLEZ CUEVA, EDUARDO: M.A. Soc. New School of Social Research, Coordinador para los países del Sur de la Coalición de ONG's por la Corte Penal Internacional. "Perspectivas Teóricas de la Justicia Transicional". New School of Social Research, [en línea] Ed. Nueva York (2000). [consultado 1 sept. 2008]. Disponible en: www.derechoshumanosypaz.org/pdf/Gonzalez_Perspectivas_teoricas.pdf

HAMILTON, MICHAEL: "Transitional Justice in an Age of Legal Pluralism" in 36th Study Session, International Institute of Human Rights (Rene Cassin Centre) Bruylant Publishers (forthcoming).

HUERTAS DÍAZ, OMAR; MEDINA, ROBERTO; CHACÓN TRIANA NATALIA; CÁCERES TOVAR, VÍCTOR MANUEL: *El Derecho a la Reparación Para las Víctimas de Violaciones a Los Derechos Humanos*. Esta obra forma parte del acervo de la biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM [en línea]. [consultado 1 mayo. 2008]. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juicio/cont/3/cnt/cnt12.pdf>

Ley 975 de 2005. La ley, aprobada el 22 de junio, fue sancionada por el Presidente de la República el 25 de julio, *Diario Oficial* N° 45.980, de 25 de julio de 2005.

LEEBAW, BRONWYN: "Transitional Justice, Conflict and Democratic Change: International interventions and domestic reconciliation", [en línea] s.l.: s.n. (2005). [consultado 1 abr. 2008] Disponible en <http://www.apsanet.org/imgtest/TaskForceDiffIneqLebaw.pdf>

MACMILLAN: *The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*. Estados Unidos de América: s.n. 2004, Vol. 3, Pág. 1045-1047.

MELTZER, JUDY: "Justicia Transicional y Reconciliación en Colombia luego del Conflicto Armado: Consideraciones para una Posible Cooperación Canadiense". En: *Documento de Política*. Fundación Canadiense para las Américas. (FOCAL). [en línea] jul. (2004). Pág. 20. [consultado el 20 de feb. 2009]. Disponible en: www.focal.ca/pdf/colombia04_sp.pdf

MÉNDEZ, JUAN: (1997). "In Defense of Transitional Justice", en *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, A. James McAdams (ed.), Notre Dame and London: University of Notre Dame Press.

NARAGHI ANDERLINI, SANAM; PAMPELL CONAWAY, CAMILLE; KAYS LISA: "Justicia de Transición y Reconciliación. Seguridad Inclusiva, Paz Perdurable: Caja de Herramientas para la Promoción y la Acción". En: Documento traducido del inglés por Verónica Torrecillas. [en línea]. (2004). [consultado el 25 jul. 2008]. Disponible en: www.huntalternatives.org/download/147_spanish_transitionaljustice.pdf

NESIAH, VASUKI: "Comisiones de la Verdad y Género: Principios, políticas y Procedimientos". En: *Serie Justicia de Género*, Centro Internacional para la Justicia Transicional. [en línea]. Julio (2006). [consultado el 5 de sept. 2008]. Disponible en: <http://www.ictj.org/es/news/pubs/index.html>

ONU (2004). "Reporte del Secretario-General, El Estado de Derecho y la Justicia Transicional en las sociedades en conflicto y postconflicto (The Rule of Law and 18 Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies)", 3 de Agosto de 2004, UN. Doc S/2004/616. [en línea]. [consultado 3 mar. 2008]. Disponible en :<http://www.ipu.org/splz-e/unga07/law.pdf> The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies Report of the Secretary-General United Nations S/2004/616* Security Council Distr.: General 23 August 2004 Original: English.

PACHÓN, SONIA: Voces: *En Nombre de las Víctimas de la Guerra. Ruta Pacífica de las Mujeres*. Ruta Risaralda. Boletín Enero de 2005.

PARDO, RAFAEL: "La ley de Justicia y Paz ¿Traerá una verdadera paz?". En: Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior, [en línea]. 13 de oct. (2005). [consultado el 23 de ago. 2008]. Disponible en: www.fride.org/publicacion/105/la-ley-de-justicia-y-paz-traera-una-verdadera-paz.

PAREDES, CÉSAR: "Al gobierno no le gusta la ley de Cristo", En: *Revista Semana*, 17 de junio de 2008. [en línea]. (2008). [consultado el 23 ago. 2008]. Disponible en: www.semana.com/wf_InfoArticulo.aspx?idArt=112784

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Instituto de Estudios del Ministerio Público. En: *Guía de la Participación Ciudadana. La mejor aliada de su libertad y sus derechos*. [en línea]. (2005). [consultado 25 ago. 2008]. Disponible en:http://pgn-ms-10.procuraduria.gov.co/html/sitio_guia/html/participemos_verdadjus.html

REPARACIONES: en: *Centro Internacional para la Justicia Transicional*. [en línea]. New York. (2004). [consultado 15 noviembre. 2008]. Disponible en: <http://www.ictj.org/es/tj/782.html>

RESTREPO S., CARLOS OLIMPO: “La reconciliación va más allá de acuerdos”. En: periódico, *El Colombiano*, Medellín, (Dom. 1 de jun. 2008), pág. 14^a. [en línea]. (2008). [consultado el 25 de jul. 2008]. Disponible en: http://www.inforiente.info/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=7323

RETTBERG ANGÉLICA: “Entre el Perdón y El Paredón, Preguntas y Dilemas de la Justicia Transicional”. Uniandes, Cesó, Ediciones Uniandes, Bogotá; International Development Research Centre, Canadá. Primera Edición, 2005. 394 páginas. Disponible en: www.idrc.ca/en/ev-84570-201-1-DO_TOPIC.html–<http://postconflicto.uniandes.edu.co/>

ROMERO, MAURICIO Y VAN ZYL, PAÚL: *Serie Justicia Transicional: Verdad, memoria y reconstrucción: Promoviendo la justicia transicional en sociedades post-conflicto*. Segundo Tomo. Primera Edición: 2008. Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), s.f.

ROMERO, MAURICIO Y VAN ZYL, PAÚL: *Serie Justicia Transicional: Verdad, memoria y reconstrucción: Promoviendo la justicia transicional en sociedades post-conflicto*, en: Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), [en línea]. Texto original en inglés, Cap. 10. Primera Edición: 3 de ago. (2004). [consultado el 23 de feb. 2009]. Disponible en: www.dcaf.ch/_docs/Yearbook2005/Chapter10.pdf

ROSS, CLARKE; GALUH, WANDITA; SAMSIDAR: *Considering victims. The Aceh Peace Process from a Transitional Justice Perspective*, January 2008, en: The International Center for Transitional Justice, [En línea]. [consultado 5 mar. 2008]. Disponible en: <http://www.ictj.org/es/news/pubs/index.html>

SALMÓN G., ELIZABETH: “El papel sancionador del DIH: ¿Limitaciones a las posibilidades de reconciliación?”, en: “Algunas reflexiones sobre DIH y justicia transicional: lecciones de la experiencia latinoamericana”, *International Review of the Red Cross*. [en línea]. Junio de 2006, N° 862 de la versión original, pág. 5. [consultado el 2 de feb. de 2009]. Disponible en: [www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/6yckry/\\$File/ricr_862_Salmon.pdf](http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/6yckry/$File/ricr_862_Salmon.pdf)

SECRETARÍA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (SGNU): “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos: Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas”, [en línea]. NEW YORK. 3 de agosto de (2004), Pág. 6. [consultado el 23 ago. 2008]. Disponible en: http://www.revistafuturos.info/documentos/docu_f7/est_justicia.htm

STAHN, CARSTEN: “La Geometría de la Justicia Transicional: Opciones de Diseño Institucional” En: Rettberg, Angélica: *Entre el Perdón y El Paredón, Preguntas y Dilemas de la Justicia Transicional*, Capítulo 4, [en línea] Uniandes, Cesó, Ediciones Uniandes, Bogotá; International Development Research Centre, Canadá. Primera Edición, (2005), [consultado 28 jul. 2008].

Disponible en: <http://www.docstoc.com/docs/3263228/La-geometr%C3%ADa-de-la-justicia-transicional-opciones-de-dise%C3%B1o>

The President and Fellows of Harvard College and Harvard Human Rights Journal. Spring 2003, Cambridge, MA, págs. 69-94.

TIEDEL, RUTI G: *Genealogía de la Justicia Transicional*. Título original: "Transitional Justice Genealogy". Publicado en Harvard Human Rights Journal, [en línea]. Spring, (2003), Cambridge, MA, pág. 19. [consultado el 30 de may. 2008]. Disponible en: www.cdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Teitel_Genealogia.pdf

TIEDEL, RUTI G: *Transitional Justice*, New York: Oxford University Press. [en línea]. (2000). [consultado 15 ago. 2008]. Disponible en: <http://books.google.com.co/books?hl=es&lr=&id=KMIEBKigShEC&oi=fnd&pg=PP6&dq=RUTIEDEL+G.+Teitel.+2000.+Transitional+Justice,+New+York:+Oxford+University+Press&ots=7dKkLMm0JZ&sig=ISE84zsBkmUlVokYYc8t78cQtm0>

UPRIMNY YEPES, RODRIGO; SAFFON, MARÍA PAULA: *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia. Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación en Colombia*". En: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DEJUSTICIA). [en línea]. Bogotá: DeJusticia-Antropos, (2006), [consultado el 2 de feb. 2008]. Disponible en: http://www.revistafuturos.info/download/down_15/justiciatransicional.pdf

UPRIMNY YEPES, RODRIGO: "Las Enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano". [en línea]. DeJusticia. Bogotá: s.n. (2006), Págs. 19-25. [consultado 8 jun. 2008]. Disponible en: http://www.es.wikipedia.org/wiki/Transiciones_punitivas

UPRIMNY YEPES, RODRIGO; SAFFON, MARÍA PAULA: "Desplazamiento Forzado y Justicia Transicional en Colombia". En: *Estudio sectorial*, [en línea]. Págs. 3-4. (2008). [consultado el 23 ene. 2009]. Disponible en: http://www.dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos_publicacion&field=archivo&id=31

VALENCIA VILLA, HERNANDO: (2003) *Diccionario Derechos Humanos*, Espasa. Madrid.

WILLIAMS, RHODRI C.: *The Contemporary Right to Property Restitution in The Context of Transitional Justice*, for the International Center for Transitional Justice. May 2007, ictj.org/publicaciones

WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ, CHRISTIAN: "La ley de justicia y paz y el Derecho penal internacional. Algunos aspectos problemáticos", en: *Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas* No. 14, Enero-junio 2008, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2008, págs. 15-26.

III. Jurisprudencia

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE MANDOS O CABECILLAS DE ORGANIZACIONES CRIMINALES. COAUTORÍA MATERIAL IMPROPIA, EMPRESA CRIMINAL Y ASOCIACIÓN ILÍCITA. SE REITERA DOCTRINA

CHRISTIAN WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ*

Los mandos o cabecillas de organizaciones criminales que actúan al margen de la ley, tienen la condición de coautores, en el entendido de que los militantes de tales agrupaciones comparten no solo los ideales, sino las políticas de operación y, por ello, la responsabilidad por los hechos delictivos ordenados por las cabezas compromete en calidad de coautores, tanto a quienes los ejecutan, como a quienes los ordenaron, sin que, entonces, haya lugar a la configuración del instituto de la determinación. En estos eventos se está ante casos de coautoría material impropia, construcción que tiene lugar cuando entre las personas que concurren a la comisión del delito media división de trabajo, figura también denominada “empresa criminal”, pues todos realizan una parte del delito, incluso algunos efectúan comportamientos objetivamente intrascendentes o atípicos, no por ello impunes, como cuando alguien se limita a esperar a otros miembros de la asociación ilegal en un automóvil fuera del lugar donde se comete el delito, con el propósito de transportarlos una vez culminen su tarea.

*Profesor de la Universidad Sergio Arboleda

A. LA SENTENCIA

“CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente: MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Aprobado Acta No. 045. Radicado N° 29418

Bogotá D.C., febrero veintitrés (23) de dos mil nueve (2009).

VISTOS

Procede la Sala a decidir de fondo sobre la demanda de casación interpuesta por el Fiscal Treinta y Nueve de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, contra el fallo absolutorio proferido a favor de RAIMUNDO RUEDA LEAL (alias “Iván” Darío) y JESÚS MANUEL HERNÁNDEZ ARROYO (alias “Tolima”) por el Tribunal Superior de Florencia el 10 de octubre de 2007, por cuyo medio revocó la sentencia de condena proferida el 24 de enero del mismo año por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de la referida ciudad en contra de aquellos.

HECHOS

Los hechos que motivaron este diligenciamiento fueron resumidos por el *a quo* en los siguientes términos:

“El 13 de agosto de 2002 ante la Sección de Información y Análisis del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, rindió testimonio juramentado el señor EFRÉN MARTÍNEZ SARMIENTO, ex integrante del Bloque Sur de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) que opera en la zona sur del departamento, denunciando las innumerables actividades ilícitas ejecutadas por la organización, entre ellas las relacionadas con el narcotráfico, torturas y muertes ocasionadas a personas señaladas como informantes de la guerrilla, al tiempo que suministraba información respecto de los líderes y miembros del colectivo ilegal”.

“Se creó por el ente investigador una comisión especializada para adelantar el proceso de verificación con la colaboración del informante. El 17 de octubre de ese año se trasladaron al poblado de Puerto Torres en jurisdicción del municipio de Belén de los Andaquíes, realizando varios sondeos encontrando fosas comunes con treinta y seis cuerpos humanos, algunos mutilados, descuartizados y con huellas de tortura. En la Finca San Germán de la vereda La Tortuga del mismo ente territorial se encontraron otras fosas con restos óseos de seis cuerpos, y en la fracción veredal La Cándida del municipio de Morelia otra con igual número de víctimas. No se logró establecer la identidad de una siquiera de ellas”.

ACTUACIÓN PROCESAL

La Fiscalía Especializada de Florencia declaró abierta la instrucción, en cuyo desarrollo vinculó mediante indagatoria, entre otros, a *RAIMUNDO RUEDA LEAL* y *JESÚS MANUEL HERNÁNDEZ ARROYO*, definiéndoles su situación jurídica, al primero, con medida de aseguramiento de detención preventiva sin derecho a libertad provisional como posible coautor del delito de concierto para delinquir agravado (artículos 340 y 342 de la Ley 599 de 2000); al segundo, absteniéndose de imponer medida similar.

Clausurado el ciclo instructivo, el mérito del sumario fue calificado el 20 de noviembre de 2003 con resolución de acusación contra los referidos procesados como coautores del concurso de delitos de homicidios en personas protegidas y torturas en personas protegidas, utilización de medios y métodos de guerra ilícitos, concierto para delinquir, hurto agravado y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Impugnada la acusación por el defensor de *HERNÁNDEZ ARROYO*, la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá la confirmó mediante providencia del 9 de marzo de 2004, pero marginó respecto del recurrente el delito de utilización de medios y métodos de guerra ilícitos.

La fase del juicio correspondió adelantarla al Juzgado Penal del Circuito Especializado de Florencia, despacho que una vez surtido el rito dispuesto para esta etapa profirió fallo el 24 de enero de 2007, a través del cual condenó a los acusados a la pena principal de cuarenta (40) años de prisión, multa de tres mil quinientos (3.500) salarios mínimos mensuales e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por veinte (20) años, como coautores penalmente responsables del concurso de delitos de homicidios en personas protegidas y torturas en personas protegidas.

En la misma decisión absolvió a *RUEDA LEAL* por la comisión de los delitos de utilización de medios y métodos de guerra ilícitos, tráfico de estupefacientes y hurto agravado. Igualmente dispuso cesar el procedimiento adelantado por el delito de concierto para delinquir agravado, en cuanto la acción penal no podía proseguirse.

Impugnada la sentencia por el defensor de los acusados, el Tribunal Superior de Florencia la revocó mediante proveído del 10 de octubre de 2007, para en su lugar proferir fallo absolutorio a favor de aquellos, decisión contra la cual el Fiscal Treinta y Nueve de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario interpuso recurso de casación, allegó la demanda en tiempo, la cual fue admitida y se ha recibido concepto del Ministerio Público sobre la misma.

EL LIBELO

1. Primer cargo: Violación indirecta de la ley sustancial derivada de falso raciocinio.

Al amparo de la causal primera de casación, cuerpo segundo, el censor manifiesta que el *ad quem* incurrió en quebranto de las reglas de la sana crítica y por ello, dejó de aplicar los artículos 135, 137 y 31 de la Ley 599 de 2000.

En el desarrollo del reproche señala que si bien el testigo *Efrén Martínez Sarmiento* recibió beneficios del Estado por sus señalamientos, lo cierto es que de conformidad con las reglas de la experiencia, las dificultades económicas y el orden público llevan a los testigos, especialmente de delitos cometidos por grupos al margen de la ley, a colaborar con la justicia siempre y cuando se les acoja dentro de algún programa de protección y colaboración económica implementado por el Gobierno Nacional, tal como ocurrió con el señor *Martínez Sarmiento*, según lo señaló en audiencia pública.

No obstante, tal circunstancia no conduce a concluir que sus declaraciones sean falsas, pues debe recordarse que en este asunto se encontró el lugar donde fueron exhumados 36 cadáveres y se conocieron los sucesos atroces cometidos por el Bloque Sur de las AUC en el corregimiento de Puerto Torres, gracias a lo expuesto por dicho ciudadano, de manera que erró el *ad quem* al no valorar en conjunto y conforme a las reglas de la sana crítica las intervenciones de *Efrén Martínez Sarmiento*.

Deplora el recurrente que la Corporación de segundo grado desechara las declaraciones de quienes fungieron como integrantes de la mencionada facción de las autodefensas por considerarlas sospechosas, cuando en verdad, de acuerdo con la experiencia, son aquellos que han estado al interior de las organizaciones los que están en mejores condiciones de suministrar datos sobre las mismas, con mayor si no se advierte que *Líder Garzón Cerquera*, *Alfredys Moya Mena*, *Hugo Alberto Valencia Reyes* o *Nilson Valencia Reyes*, tenidos como testigos sospechosos por el Tribunal, tengan algún interés en faltar a la verdad, amén de que en conjunto guardan coherencia.

2. Segundo cargo: Violación indirecta de la ley sustancial producto de falsos juicios de existencia.

Bajo la égida de la causal primera de casación, cuerpo segundo, el Fiscal considera que el *ad quem* incurrió en violación indirecta de la ley sustancial, al dejar de aplicar los artículos 135, 137 y 31 de la Ley 599 de 2000.

Considera que el Tribunal se equivoca al afirmar que los testimonios inculpativos son de oídas, pues además de lo expuesto por *Hugo Alberto Valencia Reyes*, se cuenta con otras declaraciones como las de *Nilson Valencia*

Reyes, Efrén Martínez Sarmiento y Daniel Galindo Plaza, quienes señalan a los acusados no sólo como integrantes del grupo armado al margen de la ley, sino como responsables de los delitos objeto de investigación, amén de otros punibles.

Advierte que el Tribunal omitió ponderar lo dicho por *Nilson Valencia*, quien señala a alias “*Iván*” como tercero al mando del grupo paramilitar y comandante de contraguerrilla que dirigió la operación en el corregimiento Santiago de la Selva, donde dieron muerte a más de 30 personas.

Por su parte, los testigos *Hugo Alberto Lozano Granada y Daniel Galindo Plaza* señalan a alias “*Tolima*” como “*caletero*”, pero también dicen que antes fue comandante de contraguerrilla y luego pasó a ser comandante de urbanos en Albania, Caquetá, lo cual le permitió cometer ilícitos y emitir órdenes.

Para concluir el recurrente afirma que no es procedente aceptar lo expuesto por los inculcados, en el sentido de que si bien pertenecieron a las Autodefensas del Departamento del Caquetá, dentro de sus actividades no estaba la comisión de los homicidios y torturas objeto de imputación, pues sólo pretenden engañar a la justicia.

3. Tercer Cargo: Error de hecho por apreciación errónea de las pruebas.

El demandante estima que como los acusados hacían parte de un grupo ilegal estructurado jerárquicamente, es aplicable la responsabilidad de cadena de mando, teoría tomada por el juez *a quo* de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional y Corte Suprema de Justicia, la cual es la llamada a regular este caso, pues el rango que aquellos ostentaban les permitía tener dominio y coordinación de todas las tareas desarrolladas por el grupo irregular en una extensa zona del Departamento del Caquetá.

Asevera que los testigos *Efrén Martínez Sarmiento, María Nelcy Montoya Celada, Nilson Valencia Reyes y Líder Garzón* informan que la exhumación de los cuerpos motivo de esta investigación tuvo lugar dentro del territorio donde delinquía el grupo de Autodefensas del Bloque Sur del Caquetá, del cual formaban parte los procesados, “*quienes emitían órdenes, coordinaban las acciones y ejercían dominio sobre las actividades delictivas realizadas por ese grupo ilegal*”, de manera que si el *ad quem* hubiera apreciado razonablemente tales pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, habría confirmado la sentencia condenatoria de primera instancia.

A partir de lo expuesto, el Fiscal recurrente solicita a la Sala casar la sentencia impugnada, para en su lugar proferir fallo condenatorio en contra de *RAIMUNDO RUEDA LEAL* y *JESÚS MANUEL HERNÁNDEZ ARROYO* como coautores de los delitos de homicidios en personas protegidas y torturas en personas protegidas.

ALEGATO DEL NO RECURRENTE

Dentro del término dispuesto por el legislador para que los no recurrentes presenten sus alegaciones, el defensor de *RAIMUNDO RUEDA* allegó un escrito en el cual plantea que la demanda de casación de la Fiscalía no se ajusta a las exigencias de técnica dispuestas para acudir a este recurso extraordinario, pues no se somete a alguna de las causales para que proceda su admisión.

También aduce que la Fiscalía desconoce que su asistido no tiene el carácter de comandante militar de las AUC, según lo declaró *Efrén Martínez* en la audiencia pública al decir que *David* era el comandante del Bloque Sur Andaquí del Caquetá y el comandante militar era alias *Milicia*, además de que nunca supo que *RAIMUNDO RUEDA LEAL* fuera integrante de las Autodefensas, oportunidad en la cual también dijo que la Fiscalía no le cumplió con el pago de recompensas y que nunca vio al mencionado ciudadano cometer los delitos por los cuales se le acusa.

Cuestiona que las declaraciones de *Orlando Cicery Ortiz* y *Franceline Artunduaga* fueron practicadas en la fase inicial del proceso, pero no fueron ratificadas en la audiencia pública, a la cual sólo concurrió *Efrén Martínez Sarmiento*.

Luego de referirse a la acusación de la Fiscalía y al alegato del Ministerio Público en audiencia pública, el defensor solicita a la Sala tener en cuenta las sentencias del 30 de junio y 29 de septiembre de 2006 dictadas por el mismo juzgado dentro de los procesos 2006-0015-00 y 2005-0090-00, respectivamente, las cuales se refieren a los mismos hechos, pruebas y delitos imputados a *RAIMUNDO RUEDA LEAL*.

Señala que a su procurado se le condenó en primera instancia con fundamento en la teoría del dominio del hecho, la cual presenta enormes dificultades cuando no hay una orden directa sino que el ejecutor obra creyendo que dicho procedimiento sería el empleado por el comandante.

De acuerdo a lo anterior, solicita no casar la sentencia impugnada, en cuanto no se ha demostrado la participación concreta de *RAIMUNDO RUEDA* en la comisión de los delitos por los cuales se le acusa.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado para la Casación Penal comienza por señalar que si bien se advierten errores de técnica en la presentación del libelo, lo cierto es que según lo ha definido la jurisprudencia de esta Sala es claro que, de una parte, se establece cuál es la pretensión casacional del recurrente y

de otra, que una vez admitida la demanda no hay lugar a cuestionar dicha temática, sino que es necesario conceptuar de fondo sobre el libelo.

Igualmente señala que estudiará de manera conjunta los reparos formulados, en cuanto se refieren a la violación indirecta de la ley sustancial derivada de yerros en la apreciación de las pruebas.

Entonces manifiesta que en tratándose de casos complejos y difíciles en los cuales se han cometido delitos de lesa humanidad por parte de los grupos armados al margen de la ley que operan en Colombia, esa Delegada en otras oportunidades ha considerado que la mejor manera de solucionarlos jurídicamente es acudiendo a la doctrina de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder postulada por Clauss Roxín, como ocurrió en el caso de la *“Masacre de Machuca”*, en el cual esta Sala acogió el concepto de la Procuraduría en el sentido de casar parcialmente la sentencia para condenar a la *“Cúpula”* del ELN por la totalidad de las conductas punibles que dieron origen a esa investigación penal, como lo había dispuesto el juez de primera instancia, pese a que los hechos fueron ejecutados por varios guerrilleros rasos adscritos a la Compañía *“Cimarrones”* del Frente *“José Antonio Galán”*, del Ejército de Liberación Nacional (ELN).

No obstante, en dicha decisión esta Colegiatura consideró que no era necesario acudir a la aplicación de la teoría de los autores mediatos a través de estructuras o aparatos organizados de poder, pues se trataba simplemente de una coautoría impropia *“por división del trabajo en la empresa criminal común”*.

Precisa que, en consecuencia, en casos como el de la especie, resulta factible, a la luz de la jurisprudencia actual, sancionar tales comportamientos con fundamento en la referida figura de la coautoría material impropia, en cuanto los miembros de la organización actúan libre y conscientemente en pos de los objetivos y propósitos trazados por la estructura criminal.

Luego de citar precedentes de esta Corporación en punto del alcance de las nociones de certeza, duda razonable e *in dubio pro reo*, el Delegado considera que el Tribunal incurrió en este asunto en una motivación sofística o aparente, pues absolvió a los procesados por duda al considerar que si bien el testigo *Efrén Martínez Sarmiento* es enfático en afirmar que alias *“Tolima”* e *“Iván”* participaron en las torturas y homicidios cometidos contra el personal civil, su dicho no merece credibilidad *“toda vez que le asisten intereses de tipo económico que lo conminan a faltar a la verdad”*, amén de que *“su versión si bien ha guardado coherencia, no ha sido claro y responsivo, por cuanto se observa en aquél animadversión e interés en el resultado”*.

También añade que erró el Tribunal al considerar que los testimonios de los militantes de las AUC no son suficientes para deducir la responsabilidad

penal de los acusados, toda vez que el Ministerio del Interior y de Justicia certificó que *Líder Garzón Cerquera, Alfredys Moya Mena, Hugo Alberto Valencia Reyes y Nilson Valencia Reyes* se encuentran vinculados al Programa de Reincorporación a la Vida Civil, circunstancia que los convierte en testigos sospechosos.

Deplora que el *ad quem* haya concluido que aunque los inculcados pertenecieron y militaron en las huestes del paramilitarismo, ello “*por sí sólo no constituye prueba suficiente para determinar a ciencia cierta su participación activa en los crímenes que causaron horror y rechazo*”, con mayor razón si aquellos aceptaron haber ingresado voluntariamente a las AUC, pero niegan su participación en los execrables crímenes investigados, dada su permanencia ocasional en el sitio donde ocurrieron los hechos investigados.

A partir de los razonamientos precedentes, el Procurador concluye que el Tribunal incurrió en una motivación sofisticada o aparente, derivada de errores de hecho en la apreciación de las pruebas, motivo por el cual aplicó indebidamente el principio *in dubio pro reo*, y dejó de aplicar los artículos 135, 137 y 31 del Código Penal, tal como lo reclama el Fiscal recurrente en casación.

Para acreditar su aserto aduce que el *ad quem*, pese a reconocer que el testigo *Efrén Martínez Sarmiento* es coherente, también dice que falta a la verdad y muestra animadversión e interés en el resultado, pero no demuestra específicamente cuáles fueron sus mentiras, o cuál es la causa concreta de la antipatía o resentimiento que lo llevó a interesarse en la condena de los procesados.

Igualmente dice que el Tribunal vulneró las reglas de la sana crítica al considerar improcedente otorgar credibilidad a los demás militantes de las AUC que confirman la versión de *Martínez Sarmiento*, por el simple hecho de estar vinculados al Programa Gubernamental de Reincorporación a la Vida Civil, lo cual los convierte en testigos sospechosos, pues en tal apreciación se desconoce que en tratándose de una estructura criminal debidamente organizada, quienes mejor conocen las actividades y forma de operar, son precisamente sus militantes.

Añade que los programas de protección e incentivos económicos para propiciar la colaboración con la justicia no constituye una especie de tarifa legal negativa o parámetro de valoración para que los jueces en todos los casos resten credibilidad a los testimonios de los miembros de esas estructuras, pues la verdad de lo ocurrido no depende de tales incentivos, sino de lo que objetivamente indique el proceso en cada caso particular, de acuerdo con la prudente valoración de los aspectos señalados en el artículo 277 de la Ley 600 de 2000.

También puntualiza que la credibilidad de un testigo no depende de la reiteración de su versión inicial, pues acontece en desarrollo del proceso penal que el declarante modifica ciertos detalles, oculta alguna circunstancia

o la divulga, lo cual impone al funcionario judicial el deber de examinar las distintas intervenciones para otorgarles el valor que corresponda.

Si bien el testimonio de los miembros de esta clase de estructuras criminales puede catalogarse como sospechoso dada su proclividad al delito y sus condiciones morales y éticas, ello por sí sólo, no es suficiente para descartarlo de plano, pues menester resulta valorarlo en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, exponiendo siempre el mérito que se le asigne a cada prueba, tal como lo dispone el artículo 238 de la Ley 600 de 2000.

Resulta curioso que el *ad quem* otorgue credibilidad a los procesados pese a que a última hora, en audiencia pública, admitieron pertenecer al referido grupo de las AUC, pero negaron haber participado “*en los execrables crímenes investigados, pues como bien lo han sostenido, su permanencia en el sitio donde aquellos se realizaban era ocasional*”.

Considera entonces el Ministerio Público, que tiene razón el demandante al deplorar que el Tribunal incurrió en falso raciocinio al no valorar la prueba en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, especialmente las versiones de los ex integrantes del Bloque Sur de las AUC del Caquetá que comprometen la responsabilidad individual de los procesados.

Con fundamento en los testimonios de *Efrén Martínez Sarmiento, Helka Alejandra Quevedo, María Nelcy Montoya Celeda, Nilson Valencia Reyes, Blanca Magnolia Morales, Charles Figueroa Criollo, líder Garzón Cerquera, José Alfredis Moya Mena, Hugo Alberto Lozano Grabada, Daniel Galindo Plaza, Luly Amparo Gutiérrez y Rosalía Montoya*, el Delegado concluye que:

(i) El Bloque Sur Andaquíes del Caquetá, adscrito a las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), operó en ese departamento desde el año 2000, bajo una rígida estructura de mando militar, en la cual interactuaban desde quienes cumplían funciones propias de la instrucción militar, hasta quienes impartían las órdenes de torturar, asesinar y desaparecer a los presuntos miembros de la guerrilla, a sus auxiliares, a los propios miembros de sus filas que cometían errores, a personas con quienes llegaron a tener diferencias derivadas de las transacciones de narcóticos y a particulares que no cumplían exigencias extorsivas.

(ii) El comando de dicho bloque fue ubicado en la finca La Coquera, municipio de Belén de los Andaquíes, desde donde se coordinaban todas las acciones delictivas realizadas dentro del territorio dominado por ellos, el cual comprendía principalmente los municipios de Morelia, Belén de los Andaquíes, Valparaíso, San José del Fragua, Albania, Solita y Curillo.

(iii) El Bloque Sur estaba dividido en varias compañías móviles, las cuales se desplazaban indistintamente por los municipios del sur del Caquetá, donde el grupo ilegal ejercía su dominio paramilitar.

(iv) Los comandantes de las compañías o de escuadra secuestraban a las personas en esos municipios, los llevaban a la finca La Coquera o a Puerto Torres, los entregaban a otros comandantes, quienes los torturaban para obtener información, los descuartizaban, los asesinaban y finalmente los enterraban en fosas de 50 x 50 centímetros conocidas como “apartamentos”.

(v) Los encargados de realizar la labor de seguimiento y posterior aprehensión de los sospechosos de colaborar con la guerrilla eran conocidos como “Urbanos”.

(vi) A partir de lo expuesto por *Efrén Martínez Sarmiento* fue posible encontrar las fosas con los restos humanos mutilados y con signos de tortura. Su declaración es confirmada con los testimonios de los demás ex integrantes del Bloque Sur Andaquíes de las Autodefensas del Caquetá, así como de personas que no pertenecieron a la organización, y con las evidencias físicas encontradas por el grupo de expertos que efectuaron la exhumación de los cadáveres.

(vii) Los procesados *RAIMUNDO RUEDA LEAL* y *JESÚS MANUEL HERNÁNDEZ ARROYO* pertenecieron al Bloque Sur Andaquíes del Caquetá entre junio de 2001 y noviembre de 2002, época para la cual se cometieron homicidios y torturas en el territorio dominado por esa organización, habiéndose encontrado fosas comunes con 36 cuerpos humanos en el sitio Puerto Torres, jurisdicción del municipio de Belén de los Andaquíes, además 6 en la vereda *La Tortuga* y 6 en la vereda *La Cándida* del municipio de Morelia.

(vii) *RAIMUNDO RUEDA LEAL*, alias “*Iván*”, admitió haber sido comandante de una escuadra adscrita a la Compañía comandada por “*Jhon*”. Varios testigos lo señalan como el tercero al mando de la organización de las AUC del Caquetá.

(viii) *JUAN MANUEL HERNÁNDEZ ARROYO*, alias “*Tolima*”, admitió haber sido “*caletero*” de las autodefensas del sur de Caquetá, bajo el mando inmediato de “*Jhon*”. Los testigos lo sindicaron de cumplir directamente las órdenes militares impartidas por “*Jhon*” y de ser uno de los comandantes más nombrados dentro de la organización, además de haber ordenado la muerte de varias personas en marzo de 2002.

En suma, considera el Delegado evidente que los procesados, en virtud del rango que ostentaban al interior de las Autodefensas del Bloque Sur del Caquetá, “*emitían órdenes, coordinaban las acciones y ejercían dominio sobre las actividades delictivas realizadas en el territorio donde operaba esa organización al margen de la ley*”, dentro del cual justamente se encontraron 36 fosas con cuerpos humanos torturados, mutilados y con señales de haber sido brutalmente asesinados.

Su responsabilidad individual no deviene sólo de haber pertenecido al grupo ilegal, como equivocadamente lo afirma el Tribunal, sino porque los testigos que tuvieron la posibilidad de presenciar y hasta participar en la ejecución de las bárbaras conductas criminales, los sindicaron de haber actuado directa y personalmente en su realización, en cumplimiento de los respectivos roles que desempeñaban al interior de la organización, todo lo cual acredita su condición de coautores materiales impropios de tales hechos.

El error del Tribunal, destaca la Procuraduría, consistió en haber desestimado los testimonios de los ex miembros de las AUC simple y llanamente por estar inscritos en el Programa de Reincorporación a la Vida Civil, cuando lo correcto era valorarlos en conjunto con los demás elementos de convicción, como los testimonios de los particulares y la prueba técnica y documental incorporada al expediente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Con fundamento en las consideraciones precedentes el Procurador Delegado solicita a la Sala casar el fallo atacado, para en su lugar confirmar la sentencia de primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cuestión previa

Como en la oportunidad dispuesta para que los no recurrentes presentaran sus alegaciones, el defensor de *RAIMUNDO RUEDA LEAL* expuso que la demanda allegada por la Fiscalía no cumplía las exigencias establecidas por el legislador para conseguir su admisión, considera la Sala pertinente señalar que si bien dicho libelo presenta algunas falencias, lo cierto es que del texto de los reproches se concluye sin dificultad que se orienta a postular la violación indirecta de la ley sustancial derivada de errores de hecho por falsos juicios de raciocinio, producto del quebranto de las reglas de la experiencia en la apreciación de las pruebas, amén de la falta de valoración conjunta del acervo probatorio, de manera que la demanda en tales términos presentada cumple con los requisitos para ser admitida, como en efecto ocurrió.

Sobre el particular es oportuno señalar que en reiteradas ocasiones la Sala [Sentencias del 28 de julio del 2000. Rad. 13.223 y del 7 de marzo del 2002. Rad. 14.043, entre otras] ha puntualizado que la técnica no se justifica por ella misma, pues menester resulta dotar de sentido a los fines de esta impugnación extraordinaria, caso en el cual pueden superarse los defectos de la demanda y disponerse su admisión, siempre que de su texto pueda colegirse sin dificultad en qué consiste la denuncia casacional, o inclusive, cuando se advierta el quebranto de derechos y garantías de los sujetos procesales.

Estudio de fondo de la demanda

Inicialmente encuentra la Sala que, tal como lo destaca el Ministerio Público, dado que los tres reparos propuestos por el Fiscal demandante se postulan al amparo de la causal primera de casación, cuerpo segundo, esto es, por violación indirecta de la ley sustancial, además de que se dirigen a conseguir se case el fallo absolutorio de segunda instancia y se confirme la sentencia condenatoria de primer grado, resulta procedente analizar dichas censuras de manera conjunta.

1. Fundamentos del fallo absolutorio de segundo grado.

Básicamente, los siguientes son los fundamentos aducidos por el Tribunal Superior de Florencia para proferir fallo absolutorio a favor de RAIMUNDO RUEDA LEAL (alias “Iván”) y JESÚS MANUEL HERNÁNDEZ ARROYO (alias “Tolima”):

“Ingresando al segundo aspecto que corresponde a la responsabilidad, se recuerda entonces, que la presente actuación se origina con base al señalamiento que hiciera Efrén Martínez Sarmiento, quien luego de aceptar su militancia en grupos al margen de la ley AUC, de denunciar varios hechos de sangre y dirigir a las autoridades a Puerto Torres, de donde se sustrajo de fosas comunes 36 cadáveres, unos en estado de descomposición y otros esqueletizados, señaló a varios ciudadanos como autores, responsables de secuestrar, torturar y asesinar, entre ellos sindica a ‘Tolima’, ‘Jhon’ e ‘Iván’ quienes hacían parte de las AUC, señalamiento que perduró en toda la etapa probatoria, que se resquebrajó en la audiencia pública de Everardo Bolaños alias ‘Jhon’ justificando que aquél señalamiento lo realizó por promesa remuneratoria”.

“Como puede observarse, el proceso está atiborrado de abundante material probatorio, pero ninguna prueba permite sostener la medida adoptada por el a quo (sentencia condenatoria, se aclara), no hay duda sobre la militancia de Jesús Manuel Hernández ‘Tolima’ y Raimundo Rueda ‘Iván’ en las filas del paramilitarismo, cada uno con responsabilidades diferentes, el primero era Caletero, quien proveía la munición a los miembros de la AUC, en tanto Iván o Raimundo era Comandante de la Escuadra y el encargado de patrullar y combatir a la guerrilla”.

“No obstante, al contarse con las versiones que bajo la gravedad del juramento rinden los militantes de las AUC, resulta insuficiente para reducir responsabilidad de los procesados RUEDA LEAL y HERNÁNDEZ ARROYO pues al hacer una confrontación crítica de tales medios probatorios con las versiones que bajo la gravedad del juramento rindieron y más concretamente el testimonio de Efrén Martínez Sarmiento, pierde contundencia y credibilidad, pues éste es enfático en afirmar que Tolima e Iván pertenecieron a las AUC y participaron en las torturas y homicidios cometidos contra personal civil, pero es un testigo que para la Sala no ofrece mayor credibilidad, toda vez que le asisten intereses de tipo económico que lo conminan a faltar a la verdad”.

“Las versiones de los militantes de las AUC no son suficientemente aptas para colmarlas (las inferencias sobre responsabilidad de los procesados, se precisa), pues tan sólo se limitan a sindicarlos de pertenecer a las AUC, en su condición de comandantes”.

Los testimonios de cargo corresponden a *“personas que según certificación del Ministerio del Interior y de Justicia, se encuentran vinculados al Programa de Reincorporación a la Vida Civil, circunstancia esta que los convierte en testigos sospechosos”.*

El testimonio de Efrén Martínez Sarmiento *“se resquebrajó a tal punto que no se ha logrado aún sostener una medida de condena contra ninguno de los vinculados, porque su versión, si bien ha guardado coherencia, no ha sido claro y responsivo, por cuanto se observa en aqué animadversión e interés en el resultado, a tal punto que en una exposición se niega a colaborar argumentando que no ha recibido del gobierno nacional lo que le habían prometido y reitera en la audiencia pública haber sido objeto de promesas remuneratorias, las que le han incumplido”.*

“La mera militancia con grupos al margen de la ley, no hace extensiva la responsabilidad frente a conductas que al interior del seno ilegal se ejecuten, la responsabilidad es individual y por consiguiente no puede conminarse a una prisión aplicando la teoría del dominio del hecho por la condición que aquellos ostentaban, porque ésta permite la toma de decisiones y el dominio del hecho, entendiéndose que en ella está implícita la voluntad de detener la producción del resultado, pero existen piezas procesales que advierten que Tolima e Iván su radio de operaciones era distante del lugar donde se desarrollaron los actos macabros, pues recuérdese que Jesús Manuel Hernández era caletero, cuya función era el almacenamiento y suministro del armamento y munición, situación que no lo excluyó de responder por el delito de concierto para delinquir, porque en cierta medida contribuyó con dicha actividad ilegal. En tanto Raimundo Rueda Leal, si bien ostentó las condición de comandante, igual el centro de operaciones era distinto al sitio donde se halló el número de cadáveres sin identificar”.

“Así las cosas, echa de menos la Sala en el plenario la prueba que involucre de manera clara, precisa y concreta a aquellos como partícipes de los innumerables homicidios y torturas, que lleve a la certeza para proferir fallo de condena”.

“Refuerza lo anterior, la imposibilidad técnica de lograr la plena individualización de los 36 cuerpos que fueron hallados en las fosas comunes”.

“No puede desconocerse que en efecto aquellos 36 cuerpos fueron mutilados, desmembrados por el grupo ilegal AUC, pero esa responsabilidad no puede hacerse extensiva a todos quines militaban en esta asociación, la aceptación de aquellos en las huestes de las AUC no tiene la fuerza probatoria requerida para señalarlos como tal, en consecuencia, se revocará la sentencia (...) y de contera se absolverán de poscargos por los cuales fueron convocados a juicio” (subrayas fuera de texto).

Una vez precisado lo anterior, es pertinente señalar que ya la Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse conceptualmente en punto de dos

aspectos de singular importancia en el análisis de las pruebas obrantes en la actuación, el cual conducirá a la solución casacional de este asunto; son ellos, de una parte, la determinación y la autoría directa respecto de las conductas delictivas cometidas por integrantes de una organización criminal, y de otra, las exigencias dispuestas por el legislador para proferir fallo condenatorio a partir de la consecución de la certeza, o bien, la aplicación del principio *in dubio pro reo* disponiendo la correspondiente absolución.

2. La determinación y la autoría directa respecto de las conductas delictivas cometidas por integrantes de una organización criminal.

Sobre esta temática ha dicho la Sala [Ver fallo del 8 de agosto de 2007. Rad. 25974] que el artículo 29 de la Ley 599 de 2000 dispone:

“Autores. Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento”

“Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte”.

“También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado”.

“El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible”.

A su vez el inciso 2° del artículo 30 establece:

“Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción”.

De los anteriores preceptos se deduce que tiene la condición de autor, tanto quien realiza la conducta (autor material), como aquél que domina la voluntad de otro y lo objetiva como instrumento de su propósito criminal (autor mediato).

También incluye el legislador la coautoría material propia y la impropia. La primera se presenta cuando varios individuos mediante acuerdo previo o concomitante realizan la conducta, pero todos actualizan el verbo rector definido en el tipo, como cuando cada uno de los coautores hiere letalmente y con el propósito de causar la muerte a la víctima.

La otra, la coautoría material impropia, tiene lugar cuando entre las personas que concurren a la comisión del delito media división de trabajo,

figura también denominada “*empresa criminal*”, pues todos realizan una parte del delito, incluso algunos efectúan comportamientos objetivamente intrascendentes o atípicos, no por ello impunes, como cuando alguien se limita a esperar a otros miembros de la asociación ilegal en un automóvil fuera del lugar donde se comete el delito, con el propósito de transportarlos una vez culminen su tarea.

A su vez, dentro de la misma preceptiva puede efectuarse un cotejo entre la determinación y la autoría mediata. En aquella se establece una relación persona a persona a partir de una orden, consejo, acuerdo de voluntades, mandato o coacción superable entre el determinador y el determinado (autor material), dado que ambos conocen de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del comportamiento realizado, pero sólo éste tiene dominio del hecho, motivo por el cual, también ambos responden penalmente de la conducta hasta la fase en que se haya cometido.

Por su parte, en la figura de la autoría mediata, entre autor mediato (también denominado “*el hombre de atrás*” o el que “*mueve los hilos*”) y ejecutor instrumental, se establece una relación persona a “*persona objetivada*” o cosa, pues se soporta en una coacción ajena insuperable, en una inducción en error o en el aprovechamiento de un error, de manera que sólo el autor mediato conoce de la tipicidad, ilicitud y culpabilidad del comportamiento, en tanto, que el ejecutor instrumental obra – salvo cuando se trata de inimputables – bajo una causal de exclusión de responsabilidad, motivo por el cual, mientras el autor mediato responde penalmente, el ejecutor instrumental, en principio, no es responsable.

En efecto, hay casos en los que el ejecutor sí responde, como ocurre cuando el autor mediato utiliza a inimputables, quienes son penalmente responsables al serles impuestas medidas de seguridad.

También hay lugar a imponer sanción al individuo mediatizado cuando actúa bajo error vencible de tipo o de prohibición indirecto de tipo permisivo, siempre que el delito por el que se proceda admita la modalidad conductual culposa. Igualmente, cuando aquél actúa por error vencible de prohibición directo la pena se rebajará en la mitad.

Autores como el profesor alemán Clauss (sic) Roxin incluyen una tipología adicional dentro de la figura de la autoría mediata, y es aquella relativa a la condición de quien actuando como jefe de un aparato organizado de poder, imparte una orden, pues sabe que alguien de la organización – sin saber quién – la ejecutará, de modo que “*el hombre de atrás*” no necesita recurrir ni a la coacción ni a la inducción en error o al aprovechamiento de error ajeno (hipótesis tradicionales de la autoría mediata), puesto que, además, tiene certeza en que si el ejecutor designado no cumple con su tarea, otro la hará, es decir, que el autor inmediato resulta fungible y, por tanto, su propósito será cumplido.

Sobre este tema se impone recordar que la Sala en un caso que guarda algunas semejanzas con el aquí analizado puntualizó:

“Se predica la coautoría, cuando plurales personas son gregarias por voluntad propia de la misma causa al margen de la ley, comparten conscientemente los fines ilícitos propuestos y están de acuerdo con los medios delictivos para lograrlos, de modo que cooperan poniendo todo de su parte para alcanzar esos cometidos, realizando cada uno las tareas que le corresponden, coordinadas por quienes desempeñen a su vez el rol de liderazgo”.

“En tales circunstancias, quienes así actúan, coparticipan criminalmente en calidad de coautores, aunque no todos concurren por sí mismos a la realización material de los delitos específicos; y son coautores, porque de todos ellos puede predicarse que dominan el hecho colectivo y gobiernan su propia voluntad, en la medida justa del trabajo que les correspondiere efectuar, siguiendo la división del trabajo planificada de antemano o acordada desde la ideación criminal”.

“En el presente caso, donde subversivos del ELN, de distintas jerarquías, sumaron sus voluntades libres para dinamitar el oleoducto cercano a Machuca, en cumplimiento de las políticas de ataque terrorista a la infraestructura petrolera, compartidas por todos ellos, es evidente que los directivos de esa organización criminal no actuaron como determinadores de los ejecutores materiales, sino en calidad de coautores, porque no es cierto, al menos las pruebas no lo indican así, que dichos directivos hubiesen hecho nacer la idea criminal en los milicianos rasos y menos que dominaran la voluntad de éstos; pues, por el contrario, lo que se verifica razonablemente es que los guerrilleros del ELN implicados en la destrucción de la tubería desplegaron la conducta que les correspondía, con acuerdo previo, por convicción propia, por compartir las ‘políticas’ del grupo armado ilegal, directrices que conocían y a las cuales habían adherido con antelación, en un proceso paulatino de reclutamiento, diseño de estrategias, entrenamientos, aprendizaje de doctrinas y estandarización de modos de actuar”.

“Mediando, como en el presente asunto, ideologías compartidas, voluntades concurrentes e intervención con aportes concretos según la división preacordada del trabajo criminal, se afirma que todos son coautores globalmente de la conducta delictiva realizada y responsables por sus consecuencias. No es, como suele entenderse, que cada uno sea autor sólo de la parte que le corresponde en la división del trabajo; ya que en este género de manifestaciones del crimen organizado se gesta un conocimiento común y una voluntad que también es común y por ello, el delito que recaiga en ese marco de acción, pertenece a todos como a sus autores”.

“Quizá, un entendimiento equivocado de esa temática, llevó al Tribunal Superior a concluir erróneamente que los integrantes del Comando Central del ELN son responsables únicamente por trazar ‘políticas’ de ataques terroristas a la infraestructura petrolera, pero no así de las voladuras concretas de los oleoductos, que, serían atribuibles sólo a sus ejecutores. Y tal conclusión es incorrecta, porque parte de suponer que los directivos del grupo armado ilegal se limitan a trazar líneas de pensamiento político, como si ignorase que tales directrices también son de acción delictiva; y que para su materialización consiguen recursos, los administran, los

adjudican a los planes operativos concretos y asignan prioridades a las gestiones de ataque al ‘enemigo’ o simplemente para el adoctrinamiento o la supervivencia cotidiana del grupo”.

“De otra parte, cuando existe división del trabajo criminal, para predicarse la coautoría impropia, no se requiere – como piensa el Tribunal Superior – que hasta los más mínimos detalles de las tareas que a cada uno corresponden, deban ser previamente determinados con la aquiescencia de todos”.

“Un ‘experto’ en instalar artefactos explosivos no necesita recibir instrucciones minuciosas. Es más, él puede seleccionar el tiempo, modo y la ubicación que estime adecuados y no por ello desarticula el vínculo de coautoría con los restantes partícipes que aportaron su gestión para lograr el delito común. En ello consiste precisamente la división del trabajo según la habilidad o especialidad de cada quien, todo para lograr una finalidad ilícita compartida; ya que, si así no fuera, indistintamente cualquiera acudiría a realizar las diversas acciones, caso en el cual la intervención plural podría no ser necesaria” [Sentencia del 7 de marzo de 2007. Rad. 23815] (subrayas fuera de texto).

En suma, los mandos o cabecillas de la organización tienen la condición de coautores, en el entendido de que los militantes de tales agrupaciones comparten no solo los ideales, sino las políticas de operación y, por ello, la responsabilidad por los hechos delictivos ordenados por las cabezas compromete en calidad de coautores, tanto a quienes los ejecutan, como a quienes los ordenaron, sin que, entonces, haya lugar a la configuración del instituto de la determinación.

3. La certeza y la aplicación sucesoria del principio *in dubio pro reo*.

El artículo 232 de la Ley 600 de 2000 que se ocupa de la necesidad de la prueba dispone:

“No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado” (subrayas fuera de texto).

Por su parte, el artículo 7º del mismo ordenamiento establece:

“Presunción de inocencia. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal mientras no se produzca una sentencia condenatoria definitiva sobre su responsabilidad penal”.

“En las actuaciones penales toda duda debe resolverse en favor del procesado” (subrayas fuera de texto).

Tal como ha sido expuesto por la Sala [Sentencia del 5 de diciembre de 2007. Rad. 28432], la convicción sobre la responsabilidad del procesado

corresponde a un estadio del conocimiento propio de la certeza racional [En este sentido sentencia C-609 del 13 de noviembre de 1999] (*si ocurre A, entonces, necesariamente acontece B*) y, por tanto, relativa, dado que la certeza absoluta resulta imposible desde la perspectiva de la gnoseología en el ámbito de las humanidades e inclusive en la relación sujeto que aprehende y objeto aprehendido.

En consecuencia, sólo cuando no se arriba a dicha certeza relativa de índole racional ante la presencia de dudas sobre la materialidad y existencia del delito investigado o sobre la responsabilidad del acusado, siempre que, en todo caso, dichas dudas tengan entidad y suficiencia como para crear incertidumbre sobre tales aspectos cuya acreditación debe efectuarse con medios de prueba reales y posibles en cada caso concreto, no con elementos de convicción ideales o imposibles, ahí, en tal momento, es posible acudir a la aplicación del principio *in dubio pro reo*, esto es, resolver la vacilación probatoria en punto de la demostración de la verdad, a favor del acusado.

Así las cosas, no resulta conforme con la teoría del conocimiento exigir que la demostración de la conducta humana objeto de investigación sea absoluta, pues ello siempre será, como ya se dijo, un ideal imposible de alcanzar, como que resulta frecuente que variados aspectos del acontecer que constituyó la génesis de un proceso penal no resulten cabalmente acreditados, caso en el cual, si tales detalles son nimios o intrascendentes frente a la información probatoria ponderada en conjunto, se habrá conseguido la certeza racional requerida para proferir fallo de condena.

Por el contrario, si aspectos sustanciales sobre la materialidad del delito o la responsabilidad del acusado no consiguen su demostración directa o indirecta al valorar el cuadro conjunto de pruebas, se impone constitucional y legalmente aplicar el referido principio de resolución de la duda a favor del inculcado, el cual a la postre, también se encuentra reconocido en la normativa internacional como pilar esencial del debido proceso y de las garantías judiciales.

4. El caso concreto.

(i) Como el Tribunal comienza por afirmar que el testimonio de *Efrén Martínez Sarmiento* se resquebrajó al decir en la audiencia pública que señaló a los procesados como autores de los delitos, en atención a las promesas remuneratorias que por su colaboración le ofreció el Estado, advierte la Sala de manera palmaria en tal consideración un error de hecho por falso raciocinio derivado del quebranto de las reglas de la experiencia.

En efecto, importa señalar que dicho ciudadano al rendir su testimonio aceptó su militancia en las Autodefensas Unidas de Colombia, condujo a las autoridades al corregimiento de Puerto Torres en el municipio de Belén de

los Andaquíes, sitio donde fueron encontradas las fosas con 36 cadáveres, amén de otras dos fosas con 12 más en las veredas La Tortuga y La Cándida, y señaló a MANUEL HERNÁNDEZ ARROYO (alias “Tolima”), RAIMUNDO RUEDA LEAL (alias “Iván”) y Everardo Bolaños (alias “Jhon”) como autores, responsables de secuestrar, torturar y causar la muerte a aquellas víctimas, pues se desempeñaban como cabecillas del referido grupo armado ilegal en la zona.

Sobre el planteamiento del Tribunal observa la Sala que desde hace cerca de veinte (20) años, uno de los mecanismos implementados por el Estado en desarrollo de la política criminal, específicamente en la reacción frente a la comisión de delitos organizacionales como el tráfico de estupefacientes, el terrorismo, el lavado de activos, la subversión y el paramilitarismo, entre otros, ha sido el de otorgar recompensas de orden económico o beneficios punitivos, para quienes contribuyan en la delación de dichos punibles.

Es cierto que generalmente, quienes concurren a las autoridades para relatar tales informaciones de índole reservada y secreta, sólo conocida por los criminales involucrados en aquellas organizaciones delictivas, han tenido alguna ubicación en su estructura, de modo que han participado directa o indirectamente de los delitos sobre los cuales versan sus informaciones, pues no de otra manera conseguirían tener acceso a los datos y detalles puntuales que suministran.

Es igualmente claro que no resulta exótico que individuos interesados en las recompensas anunciadas por el Estado o en los beneficios punitivos, suministren a las autoridades informaciones falsas, y es por ello que ante la entrega de tales datos, el Estado emprende una tarea de verificación en procura de constatar si son ciertos o no.

Por tanto, sin dificultad se colige que no todo aquél que concurre a suministrar información sobre la comisión de delitos es necesariamente veraz o ineludiblemente embustero, pues en cada caso concreto corresponderá establecer, con independencia de que la recompensa se entregue o no, si lo expuesto encuentra soporte en el mundo exterior.

Resulta necesario recordar que las reglas de la experiencia se configuran a través de la observación e identificación de un proceder generalizado y repetitivo frente a circunstancias similares en un contexto temporo-espacial determinado. Por ello, tienen pretensiones de universalidad, las cuales sólo se exceptúan frente a condiciones especiales que introduzcan cambios en sus variables con virtud para desencadenar respuestas diversas a las normalmente esperadas y predecibles.

Así las cosas, las reglas de la experiencia corresponden al postulado “*siempre o casi siempre que se presenta A, entonces, sucede B*”, motivo por el

cual permiten efectuar pronósticos y diagnósticos. Los primeros, referidos a predecir el acontecer que sobrevendrá a la ocurrencia de una causa específica (prospección) y los segundos, predicables de la posibilidad de establecer a partir de la observación de un suceso final su causa eficiente (retrospección) [Cfr. Fallo del 28 de septiembre de 2006. Rad. 19888].

Precisado lo anterior encuentra la Sala que el Tribunal acudió a una regla de la experiencia inexistente e ilógica, al considerar con carácter absoluto que quien recibe beneficios económicos del Estado con ocasión de sus delaciones tiene interés en el resultado del proceso y por tanto su testimonio debe ser descartado en cuanto carece de credibilidad.

Por el contrario, conforme a lo puntualizado en precedencia, advierte la Sala que la correcta apreciación de lo expuesto por *Efrén Martínez Sarmiento* implicaba ponderar, que si bien le fueron prometidas recompensas por parte del Estado en razón de sus colaboraciones en el esclarecimiento de los atroces comportamientos cometidos por las AUC, lo cierto es que su dicho fue corroborado y encontró apoyo, tanto en la verificación de los sitios donde dijo se encontraban los cadáveres, como en las declaraciones de otros testigos.

No se aviene con el estado actual de la situación del país y con las peculiaridades de delitos como los que motivaron este diligenciamiento, restar mérito suasorio a quienes informan a las autoridades datos exactos y verificados, por el solo hecho de que se les haya prometido la entrega de recompensas económicas o beneficios punitivos, o dicho de otra manera, no es la ausencia del provecho lo que dota de credibilidad a los testimonios, sino la constatación de que lo expuesto encuentra soporte en otros medios de prueba.

Sobre el particular se tiene que fue *Martínez Sarmiento* quien en una de sus intervenciones señaló el sitio exacto donde se encontraron los cadáveres y posteriormente, en el lugar indicó dónde se hallaban las fosas, amén de que relató la forma en que operaban las AUC, en especial el Bloque radicado en el corregimiento de Puerto Torres.

Adicionalmente, lo expuesto por dicho ciudadano fue sustancialmente corroborado con las declaraciones de *Líder Garzón Cerquera*, *Alfredys Moya Mena*, *Hugo Alberto Valencia Reyes* y *Nilson Valencia Reyes*.

Conforme a lo anterior, advierte la Sala que, tal como lo señala el Fiscal demandante y lo resalta el Procurador Delegado, incurrió el Tribunal en un error de hecho por falso raciocinio, al desestimar la declaración de *Efrén Martínez Sarmiento* sin tener en cuenta que al verificar sus informaciones resultaron veraces, además de que dicha Corporación no señala cuáles fueron los aspectos en los que mintió el testigo, ni los motivos de animadversión para estar interesado en perjudicar injustamente a los procesados.

Y aún más, importa recordar que el artículo 277 de la Ley 600 de 2000 señala como criterios para apreciar el testimonio “*los principios de la sana crítica y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, a la personalidad del declarante, la forma como hubiere declarado y las singularidades que puedan observarse en el testimonio*” (subrayas fuera de texto), de modo que el provecho cierto o presunto, derivado de las recompensas ofrecidas por el Estado carece de virtud para restar toda credibilidad a los declarantes que se encuentran en tales circunstancias, como erradamente procedió el Tribunal de Florencia.

(ii) Como también el *ad quem* sustenta el fallo absolutorio en que los testimonios de los militantes de las AUC no son suficientes para deducir responsabilidad a los acusados, en cuanto se limitan a señalarlos como comandantes de dicha organización armada ilegal, además de que se trata de personas vinculadas al Programa de Reincorporación a la Vida Civil, motivo por el cual tienen la condición de “*sospechosos*”, evidencia la Sala un nuevo error de hecho por falso raciocinio en tal apreciación probatoria.

En efecto, encuentra la Sala que también una tal consideración no se compeadece con las reglas de la sana crítica y la obligación de ponderar en conjunto las pruebas obrantes, pues es claro, de una parte, que cada uno de los testigos está llamado a exponer únicamente aquello sobre lo cual tiene información directa o indirecta, de modo que si los referidos miembros de las AUC sólo sabían que RAIMUNDO RUEDA LEAL (alias “*Iván*”) y JESÚS MANUEL HERNÁNDEZ ARROYO (alias “*Tolima*”) eran comandantes, ese es su aporte, el cual debe ser concatenado con el resto de información obrante en el expediente.

Y de otra, que si aquellos declarantes se encuentran vinculados al Programa de Reincorporación a la Vida Civil, no por ello pueden ser tildados de sospechosos, pues para tener tal condición sería preciso demostrar cuáles son las razones por las cuales se considera que estarían interesados en faltar a la verdad, situación que en este asunto no explicó el Tribunal de Florencia, ni tampoco la Sala advierte.

Por el contrario, tal como lo señala el Procurador Delegado, es frecuente que quienes han estado vinculados a las organizaciones criminales, estén en capacidad de brindar más y mejores datos en punto de las actividades ilegales adelantadas, sin que, por tanto, su reinserción a la sociedad civil los coloque en circunstancia de minusvalía para declarar o que por ello merezcan ser tenidos como testigos sospechosos, según lo asumió erradamente el *ad quem*.

El aserto precedente cobra mayor valía cuando se procede a verificar el aporte de cada uno de los medios de prueba en la reconstrucción conjunta

de las conductas investigadas y la consiguiente responsabilidad penal de los inculcados, como a continuación se efectúa:

De especial relevancia resultan los testimonios de *Efrén Martínez Sarmiento, Helka Alejandra Quevedo, María Nelcy Montoya Celeda, Nilson Valencia Reyes, Blanca Magnolia Morales, Charles Figueroa Criollo, Leider Garzón Cerquera, José Alfredis Moya Mena, Hugo Alberto Lozano, Daniel Galindo Plaza, Luly Amparo Gutiérrez y Rosalía Montoya.*

El primero declaró el 13 de agosto de 2002, en cuanto se refiere a los procedimientos, armas y móviles del Bloque Sur Andaquíes de las Autodefensas del Caquetá contra sus víctimas, que al ingresar a dicha organización, lo enviaron a la *"Compañía Móvil Delta"*, acantonada en Puerto Torres en el municipio de Belén de los Andaquíes, Caquetá, a donde llegó el 23 de enero del año 2002.

Añadió que el Bloque Central estaba dividido en varias compañías móviles como *"Atacadoras"*, *"Bisonte"*, *"Águila"*, *"Cóndor"*, *"Delta"* y el grupo especial que operaba en Puerto Torres, con aproximadamente 150 hombres, quienes vivían en *"La Finca"*, lugar de acopio, en una casa grande ubicada después de la iglesia, a donde *"llevaban a todas las personas que reclutan, los que van a matar con armas de fuego, cortopunzantes, contundentes y una vez asesinados son descuartizados y empacados en bolsas de polietileno, para enterrarlos en el área de la pista de entrenamiento y otro sector por los lados de las palmeras a unos 200 metros de la casa; yo considero que hay un poco más de 100 cadáveres enterrados"* (subrayas fuera de texto).

Precisó que se causaba la muerte a las personas en tales condiciones, en razón de saberse o sospecharse que eran guerrilleras, auxiliadoras de la subversión, e incluso integrantes de la misma agrupación paramilitar, cuando habían cometido algún error o se suponía que eran infiltradas en la organización.

Por su parte, la Antropóloga del Cuerpo Técnico de Investigación *Helka Alejandra Quevedo*, declaró que *Efrén Martínez Sarmiento* fue quien señaló con precisión el lugar exacto donde fueron halladas las fosas en el corregimiento de Puerto Torres, amén de referirle que *"a las personas las colgaban de un árbol, las torturaban y posteriormente las trasladaban a un planchón y las descuartizaban a cuchillo y machete; además cuando estaban colgadas en el árbol les disparaban y les mandaban cuchillos a cierta distancia. El decía que a estas personas las habían torturado y asesinado porque se creía que ellos tenían algún contacto con la guerrilla"*.

Cuando *Efrén Martínez* reconoció en fila de personas de *Everardo Bolaños* (alias *"Jhon"*), expreso: *"Él es el que manda a matar en todos los pueblos, con motosierra, cuchillo, peñilla, hacha, eso ha pasado en Puerto Torres, este señor"*

mata mucha gente allá, a mi también casi me mata, porque había un grupito y él pasaba y hacía ráfagas, a él no le interesaba a quien mataba, él no puede pasar un día sin matar a alguien. Ese señor es muy criminalista (sic) es un matón (...) él hace eso con otros comandantes, como uno que conozco como Tolima, él es gordito de braquez, es casi redondito, me parece que tiene un tatuaje (...) él es joven" (subrayas fuera de texto).

Lo expuesto por dicho testigo fue corroborado en su declaración por Nilson Valencia Reyes al decir que *"los tenían un tiempo amarrados o atados, sacándoles información por medio de torturas, esto era prácticamente de conocimiento público porque la gente que vive en Puerto Torres se daba cuenta de ello"* (subrayas fuera de texto).

A su vez, Charles Figueroa Criollo dijo haberse incorporado a las AUC en 2002, habiendo sido trasladado a La Coquera, donde recibió instrucción militar y conoció, entre otros, al comandante "Jhon".

También Líder Garzón Cerquera declaró que ingresó a dicha organización ilegal en febrero de 2002, fue recibido por "Jhon" en Puerto Torres y le fue asignado el manejo de la escuadra de seguridad Halcón I, la cual se movilizaba por los municipios de Curillo, Belén de los Andaquíes, Yurayaco, Santiago de la Selva y otros. Relató varios episodios concretos de torturas previas a la muerte de personas por orden de los comandantes de las AUC y su ulterior desmembración para introducir los cadáveres en fosas de 50 por 50 centímetros que llamó "apartamentos".

De la misma manera declaró José Alfreidis Moya Mena, quien señaló a JESÚS MANUEL HERNÁNDEZ ARROYO (alias "Tolima") como comandante de compañía; en la misma oportunidad dijo que las AUC mataron a muchas personas y que quienes *"generalmente van a los pueblos y recogen la gente que acusan de ser guerrilleros generalmente son los URBANOS, ellos llegan allá con 2, 3 o 4 manes y los amarraban; esos manes quedaban a cargo de los comandantes y de los escoltas de ellos, que eran los que mataban a la gente. Ahí se mataba mucha gente, miembros de las autodefensas que la cagaban o civiles que llevaban, hubo muchas muertes"*.

La veracidad de lo expuesto por los mencionados declarantes fue constatada con las evidencias encontradas por la Comisión de Especialistas de la Fiscalía General de la Nación, la cual, guiada por Efrén Martínez Sarmiento, se trasladó al corregimiento de Puerto Torres, donde efectivamente se encontraron las fosas con los cuerpos descuartizados con señales de tortura. Hallazgos similares se encontraron en los municipios de Valparaíso, Albania, San José de Fragua y en las veredas La Tortuga y La Cándida del municipio de Morelia.

También confirma lo anterior las actas de inspección de los cadáveres, historias clínicas y odontológicas, álbumes fotográficos y documentos donde

se registra la recolección de evidencias encontradas en los restos humanos y prendas de vestir, certificados de defunción, actas de necropsia y diligencia de exhumación lleva a cabo por los técnicos en criminalística.

Al verificar el compromiso de la responsabilidad de los acusados RAIMUNDO RUEDA LEAL (alias “Iván”) y JESÚS MANUEL HERNÁNDEZ ARROYO (alias “Tolima”) se tiene que *ab initio* en sus injuradas negaron haber pertenecido a las AUC. No obstante, en el curso de la audiencia pública aceptaron haber sido miembros de dicho grupo armado ilegal.

Así pues, RAIMUNDO RUEDA LEAL (alias “Iván”) reconoció haber comandado una escuadra de aproximadamente 37 hombres, adscrita a la compañía dirigida por alias “Jhon”, la cual operaba en varias veredas de Valparaíso y Albania. Dijo haber participado en combates contra la guerrilla y que sólo fue a Puerto Torres en dos ocasiones a visitar a su esposa con permiso de “Jhon”, donde conoció a Efrén Martínez Sarmiento.

Por su parte, JESÚS MANUEL HERNÁNDEZ ARROYO (alias “Tolima”) admitió haber ingresado a las AUC en junio de 2001, llegó directamente a la finca La Coquera en el Municipio de Belén de los Andaquíes, donde se concentraba la organización, su jefe inmediato era alias “Jhon”, y se dedicaba al suministro de armas de toda clase a los miembros de la organización en su condición de “caletero”.

Pese a lo expuesto por los acusados, Efrén Martínez Sarmiento en diligencia de reconocimiento en fila de personas de Everardo Bolaños, (alias “Jhon”), sindicó directamente a alias “Iván” y “Tolima” de ser “comandantes” que “mandan a matar”. Esta imputación la ratifica posteriormente en la declaración del 2 de diciembre de 2002, en la cual señala que en la escala jerárquica del Bloque Sur de las AUC, después de “Jhon” seguía “Tolima”; y nuevamente, ante la Fiscalía de la Unidad de Derechos Humanos reitera que “Iván” y “Tolima” eran los encargados de cumplir las órdenes militares impartidas por “Jhon”.

Quien se desempeñó como cocinera en la finca La Coquera, María Nelcy Montoya, declaró que presenció el homicidio de cerca de diez personas en ese lugar y observó que JESÚS MANUEL HERNÁNDEZ ARROYO (alias “Tolima”) iba con frecuencia a hablar con alias “Jhon”. Igualmente aseveró que entre los comandantes más nombrados estaba “Tolima”. En sentido similar declaró Alfredys Moya Mena, quien puntualizó que “Tolima” era comandante de compañía.

A su turno, Hugo Alberto Lozano Granada declaró haber conocido a “Tolima” cuando cumplía la labor de “Caletero”, pero éste posteriormente fue designado “Comandante” de Urbanos en Albania, San José del Fragua y Curillo. Incluso, dijo que tuvo conocimiento de que “Tolima” había ordenado la muerte de once personas en Curillo en marzo de 2002.

Daniel Galindo Plaza reconoció haber enterrado varios cuerpos humanos por orden de las AUC, los cuales al parecer eran integrantes de esa organización ilegal que habían muerto en combate; también dijo que “Tolima” era uno de los comandantes en la región de Albania.

Respecto de RAIMUNDO RUEDA LEAL (alias “Iván”) se tiene que llegó al Caquetá el 13 de junio de 2001, ubicándose en la Finca La Coquera bajo el mando de “Jhon”. Nilson Valencia Reyes declaró que aquél causó la muerte a un joven en Puerto Torres por un motivo sin importancia y que en el organigrama de las AUC del Caquetá era el tercero en jerarquía, como comandante de compañía y a la vez de escuadra.

Charles Figueroa Criollo dijo haber conocido a “Iván” en Santiago de la Selva, caserío de Valparaíso, desde donde en un mes se desplazó hasta La Tigra y La Coquera, todo lo cual confirma la amplia movilidad de las compañías en el territorio dominado por las AUC. En sentido similar expuso Líder Garzón Cerquera, comandante de escuadra de las Autodefensas, que “Iván” era uno de los líderes o comandantes de las AUC del Caquetá.

Finalmente, el mismo Efrén Martínez Sarmiento declaró respecto de “Iván” y “Tolima”:

“Es que eso lo dirigía era ‘Jhon’, él era el que daba las coordenadas a ‘Iván’, ‘Iván’ iba con la gente, con la tropa de él, la Compañía de ‘Iván’ era de ochenta, cien o más hombres, eran los que se entraban a atacar a los pueblos a hacer masacres, a traer gente a la finca, donde los amarraban y los mataban con peñillas, motosierras, los torturaban con candela, duraban como ocho días en el calabozo, y sin morir les cortaban los brazos, pies, eso lo movían porque todavía no habían muerto, y echaban la gente en unos huecos de sesenta por ochenta. ‘Jhon’ era el que daba las órdenes de asesinarlos y torturarlos y la misión la hacían directamente ‘Iván’ y otros que era ‘Tolima’ y otros que no se me los nombres” (subrayas fuera de texto).

Según se estableció en las necropsias, los homicidios y las torturas objeto de investigación se realizaron entre abril y septiembre de 2002, época en la cual RAIMUNDO RUEDA LEAL y JESÚS MANUEL HERNÁNDEZ ARROYO eran miembros activos de las AUC del Caquetá, pues ingresaron a tal organización en junio de 2001 y ambos fueron capturados el 25 de noviembre de 2002 en Florencia, Caquetá.

Una vez efectuada la ponderación conjunta de las pruebas mencionadas en precedencia, sin dificultad concluye la Sala que el Bloque Sur Andaquíes del Caquetá, asentado en la finca La Coquera, desde donde se coordinaban todas las acciones delictivas realizadas dentro del territorio dominado por las AUC, pero dividido en varias compañías móviles, como “Atacadoras”, “Bisonte”, “Águila”, “Cóndor”, “Delta”, etc., tuvo su influencia en esa zona desde el año 2000, organizado con una estructura militar, esto es, mediante jefes o cabecillas que impartían órdenes de secuestrar, matar y descuartizar,

entre otros, a presuntos guerrilleros y auxiliares de los grupos subversivos, inclusive, a miembros de sus filas que cometían algún error o se sospechaba que eran infiltrados.

Fue con base en lo inicialmente relatado por *Efrén Martínez Sarmiento* que fue posible hallar las fosas con los restos humanos mutilados y con señales de tortura, lo cual sirvió para comenzar esta investigación. Dicho testimonio fue corroborado con las declaraciones de otros integrantes de las Autodefensas del Caquetá, así como de personas que no pertenecieron a la organización, además de las evidencias físicas encontradas por el grupo de expertos que efectuaron la exhumación de los cadáveres.

Los procesados *RAIMUNDO RUEDA LEAL* y *JESÚS MANUEL HERNÁNDEZ ARROYO* pertenecieron al Bloque Sur Andaquíes del Caquetá entre junio de 2001 y el 25 de noviembre de 2002, época para la cual se cometieron los delitos que motivaron este averiguatorio. El primero admitió haber sido comandante de una escuadra adscrita a la Compañía dirigida por “*Jhon*” y fue señalado por los testigos como el tercero al mando de la organización de las AUC del Caquetá, quien causó la muerte a un joven en Puerto Torres y cumplía órdenes de “*Jhon*”, teniendo para tal efecto bajo su mando a cerca de cien hombres, “*entraba a los pueblos a cometer masacres y llevarse a la gente para ‘La Coquera’, donde torturaban, mataban y enterraban los cuerpos en fosas comunes*”.

Por su parte *JUAN MANUEL HERNÁNDEZ* aceptó haber sido “*caletero*” de las Autodefensas del Sur de Caquetá, bajo el mando inmediato de “*Jhon*”. Los testigos lo sindicaron de cumplir directamente las órdenes militares impartidas por éste para lo cual se reunían con frecuencia en La Coquera, además de ser uno de los “*comandantes*” más nombrados dentro de la organización y de haberse desempeñado como “*Comandante de Urbanos*” en Albania, San José del Fragua y Curillo y de haber ordenado la muerte de once personas en Curillo, en marzo de 2002.

De conformidad con lo anterior, queda desvirtuada la presunta ajénidad alegada por los acusados, al afirmar que sus labores como miembros de las AUC fueron desempeñadas en otros lugares diversos de donde se cometieron las atrocidades génesis de este expediente, planteamiento que a la postre fue adoptado por el Tribunal de Florencia como argumento adicional para edificar el fallo absolutorio proferido a favor de aquellos.

Igualmente es pertinente señalar que si también el *ad quem* basó la sentencia de absolución en la imposibilidad de identificar a las víctimas cuyos restos fueron hallados en los sitios señalados por el testigo *Efrén Martínez Sarmiento*, baste señalar que tal argumento carece de lógica, pues es claro que si en la necropsia se estableció que de manera previa a su muerte, aquellas fueron sometidas a torturas e inclusive mutiladas, todo indica que en sí, sus identidades, resultan irrelevantes en punto de la comisión de los delitos

investigados, es decir, tal imposibilidad de identificarlos no guarda relación alguna con la pretensión de desvirtuar la comisión de dichos delitos o con la responsabilidad penal de los acusados.

Una vez reconstruido el anterior cuadro conjunto a partir de la debida valoración de las pruebas obrantes en la actuación, considera la Sala que si RAIMUNDO RUEDA LEAL (alias "Iván") y JESÚS MANUEL HERNÁNDEZ ARROYO (alias "Tolima") ostentaron la condición de comandantes de facciones de las AUC en el Departamento del Caquetá, en ejercicio de la cual dieron la orden de cometer los delitos de homicidio y tortura por los cuales fueron acusados, es claro que no procedía absolverlos, sino que, por el contrario, se imponía condenarlos en calidad de coautores materiales impropios por división de trabajo de dichos crímenes.

En efecto, como ya lo ha dicho la Sala, *"En tales circunstancias, quienes así actúan, coparticipan criminalmente en calidad de coautores, aunque no todos concurren por sí mismos a la realización material de los delitos específicos; y son coautores, porque de todos ellos puede predicarse que dominan el hecho colectivo y gobiernan su propia voluntad, en la medida justa del trabajo que les correspondiere efectuar, siguiendo la división del trabajo planificada de antemano o acordada desde la ideación criminal"* [Sentencia del 7 de marzo de 2007. Rad. 23815] (subrayas fuera de texto).

En suma, considera la Sala que erró el *ad quem* al proferir fallo absolutorio en aplicación del principio *in dubio pro reo*, sin tener en cuenta, de una parte, que al examinar adecuadamente las pruebas en conjunto se eliminaban las eventuales dudas que sobre la responsabilidad de los procesados pudieran existir, y de otra, que aquellas incertidumbres carecían de trascendencia suficiente como para sustentar una decisión absolutoria.

Así las cosas, si de conformidad con el recaudo probatorio se imponía proferir sentencia condenatoria en contra de RAIMUNDO RUEDA LEAL (alias "Iván") y JESÚS MANUEL HERNÁNDEZ ARROYO (alias "Tolima"), es claro que los señalados errores de apreciación probatoria resultan trascendentes en el sentido del fallo, todo lo cual impone a la Sala, como lo deprecó el Fiscal Treinta y Nueve de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y lo conceptuó el Procurador Primero Delegado para la Casación Penal, casar la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Florencia, para en su lugar, confirmar el proveído de condena de primer grado, motivo por el cual se libraré de inmediato la correspondiente orden de captura para hacer efectiva la pena impuesta a los mencionados ciudadanos, siempre que no se encuentren privados de la libertad en razón de otro proceso (ver folios 30 y 31 c. Tribunal).

Por lo expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. **CASAR** la sentencia impugnada, en el sentido de revocar el fallo absolutorio proferido a favor de *RAIMUNDO RUEDA LEAL* y *JESÚS MANUEL HERNÁNDEZ ARROYO*, por las razones expuestas en la anterior motivación.
2. **CONFIRMAR**, en consecuencia, el fallo condenatorio de primera instancia.
3. **LIBRAR** inmediatamente las correspondientes órdenes de captura, en los términos señalados en precedencia.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen”.

B. COMENTARIO

1. Introducción.

El Código Penal establece, en el apartado destinado al concurso de personas en el delito, las diversas formas de participación criminal en sentido amplio (cfr. arts. 28 a 30). Desde luego, allí se ocupa de la figura de la coautoría que ha sido objeto de ulteriores y anteriores desarrollos por parte de la jurisprudencia y de la doctrina. A este propósito, se ha consolidado en la jurisprudencia nacional la denominada figura de la “coautoría impropia” que, a juicio de la Sala de Casación Penal, tiene sustento legal. De ahí, precisamente, despunta el presente comentario, cuyo cometido es determinar si dicha institución se ajusta a los estándares que demandan la ley penal, la doctrina y el programa penal de la Constitución.

Con tales miras, en primer lugar, en este comentario se hace un análisis de cara a explorar el origen de esa construcción académica; en segundo lugar, se aborda la discusión que ha propiciado la figura de la coautoría impropia; en tercer lugar, sentadas las bases anteriores, la exposición se ocupa de la postura de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y del debate crítico al respecto; en cuarto lugar, se plasman las conclusiones que la presente reflexión suscita. Y, finalmente, se cita la bibliografía utilizada.

2. La genealogía de la denominada “coautoría impropia”.

La denominación de esta figura encuentra sus inicios en la obra del Profesor REYES ECHANDÍA¹ –aunque en su texto de 1967, “Derecho Penal Colombiano, Parte General”, no la menciona²– quien afirma que “Hay coautoría impropia cuando un mismo hecho punible es realizado comunitariamente y con división de trabajo por varias personas que lo asumen como suyo; MAURACH habla en este caso de ‘cooperar querido, consciente³ y con división de (sic) trabajo (sic) de varios autores para la consecución de un (sic) resultado típico’⁴; así mismo, “A la coautoría impropia apunta, por su parte MAURACH, **cuando la define como ‘el cooperar querido, consciente y con división de (sic) trabajo (sic) de varios autores para la consecución del (sic) resultado típico’⁵** (resaltado fuera del texto).

Al respecto, se evidencia con toda claridad que para dicho autor nacional el sustento de la llamada coautoría impropia se desprende de la noción que, a su turno, extrae del maravilloso “Tratado de Derecho Penal” –concretamente la edición castellana de 1962– del jurista alemán REINHART MAURACH⁶; ahora bien, con el objetivo de enfilarse en la discusión en el contexto adecuado, es menester hacer alusión a la mencionada obra académica y determinar a qué figura alude el penalista germano y, si en efecto, se puede afirmar dogmáticamente que se compadece con la construcción dogmática propalada por REYES ECHANDÍA y, aún más, si el Profesor MAURACH definió⁷ allí la coautoría impropia.

El “Tratado” del gran penalista alemán⁸, tomo II –citado por REYES ECHANDÍA– en la sección IV se ocupa del “Acto y pluralidad de autores” y, concretamente, en el capítulo decimosegundo, consigna sus reflexiones en torno a la coautoría. En esta línea de razonamiento,

¹ REYES ECHANDÍA, *La Tipicidad*, pág. 215; también, *Derecho penal*, 11ª ed. pág. 133.

² REYES ECHANDÍA, *Derecho Penal Colombiano*, pág. 319.

³ Sin embargo, las notas de “cooperación consciente y querida” también son empleadas por MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, Tomo II, pág. 306.

⁴ REYES ECHANDÍA, *La Tipicidad*, pág. 215.

⁵ REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, 11ª ed. pág. 133.

⁶ Representante, desde luego, del Finalismo; a la inversa, la obra del prof. REYES fue influida en sus albores por la dirección Técnico Jurídica italiana, para luego adscribirse, en la concepción dogmática, a las rutas del concepto neoclásico del delito. Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Derecho penal*, 4ª ed. págs. 373 y 453.

⁷ Recuérdese, lo afirmado: “A la coautoría impropia apunta, por su parte Maurach, **cuando la define como ‘el cooperar querido, consciente y con división de trabajo de varios autores para la consecución de un (sic) resultado típico’**” (resaltado fuera del texto) Ver: Reyes Echandía, *Derecho penal*, 11ª ed. pág. 133.

⁸ MAURACH: *Tratado de Derecho penal*, Tomo 2, págs. 299 y ss.

es importante resaltar que el análisis de la coautoría efectuado por el catedrático de la Universidad de München entre 1948 y 1970, gira en torno de la otrora regulación del § 47 del Código Penal alemán, cuyo objetivo consistía en “*deslindar la autoría de las otras formas de realización o cooperación en el delito*”⁹. Así, pues, es necesario, en primer lugar, determinar *grosso modo* el punto de partida que en esta materia asume el mencionado autor, para –a partir de allí–, en segundo lugar, establecer el contenido y el alcance que él le impregna a la figura de la coautoría.

De un lado, es claro que el jurista germano rechaza y crítica¹⁰ con vehemencia el denominado concepto extensivo de autor; por otra parte, se muestra partidario de un concepto restrictivo de autor –para los hechos de comisión dolosa¹¹– en el cual “*El deslinde entre autoría y participación debe llevarse únicamente con ayuda de recursos objetivos*”¹²; por supuesto, corresponde preguntarse cuál recurso objetivo emplea MAURACH para sellar las fronteras entre la autoría y la participación; para este cometido acude a la teoría del dominio del hecho¹³ “*que debe entenderse (como) el doloso tener en las manos el curso del suceso típico*”¹⁴; así, entonces, “*De concurrir (voluntaria o involuntariamente) varios sujetos en un mismo delito doloso, la característica objetiva de dominio del acto resolverá la cuestión de cuál de los sujetos intervinientes debe ser considerado autor y cuál partícipe*”¹⁵.

Esbozadas las anteriores precisiones es del caso analizar el contenido y significado de la coautoría a la luz del Tratado de MAURACH, específicamente a partir de la noción que cita el Profesor REYES ECHANDÍA para enarbolar la figura de la “coautoría impropia”.

A tal efecto, dice MAURACH que “*coautoría es el cooperar querido, consciente y con división del trabajo, de varios autores para la consecución del resultado típico*”¹⁶; esta figura, está constituida por unas notas esenciales¹⁷: (1) sólo puede ser coautor quien sea autor idóneo según el tipo penal respectivo; (2) igualmente, presupone la querida

⁹ *Ibíd.*, pág. 300.

¹⁰ *Ibíd.*, pág. 301 y ss.

¹¹ *Ibíd.*, pág. 330.

¹² *Ibíd.*, pág. 336.

¹³ Crítico GIMBERNAT ORDEIG: *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, págs. 113 y ss.

¹⁴ MAURACH: *Tratado de Derecho penal*, t.2, pág. 343.

¹⁵ *Ibíd.*, pág. 309.

¹⁶ *Ibíd.*, págs. 330-331. Como se dijo, esta es la noción que cita REYES E.

¹⁷ *Ibíd.*, págs. 331, 332, 333 y 334.

cooperación; (3) así mismo, conlleva, además de lo anterior, la consciente cooperación de varios; (4) de otra parte, requiere que el otro participante “haya actuado, al menos de modo típico, antijurídico y responsable”¹⁸; y, por último, (5) exige la conjunta realización del hecho. Efectivamente, es a partir de este último bastión que emergen las disputas en torno a delimitar qué implica **la conjunta realización del hecho**; al respecto, como lo advierte MAURACH¹⁹, el estado de las opiniones muestra el evidente contraste entre el concepto causal y final de acción; sin embargo, en el estadio de esta exposición basta ocuparse del criterio que emplea MAURACH en estos ámbitos. Como ya se advirtió, el eje que permite diferenciar la autoría de la participación en sentido estricto es –según el concepto final de acción del cual parte el penalista alemán²⁰– el dominio del acto, de suerte que “la “defectuosa” aportación al hecho podrá dar lugar a otra forma de cooperación relevante para el derecho penal”²¹; entonces, “Dominio sobre el hecho lo tiene cada uno de los cooperadores que puede voluntariamente interrumpir o dejar correr la realización del resultado total”²².

Ahora bien, sentadas las anteriores bases es preciso determinar cuál es el punto de partida que asume el Profesor REYES ECHANDÍA sobre el asunto que se debate. En efecto, el criterio que emplea el mencionado autor para constituir las fronteras entre autor y cómplice es el siguiente: “...es, pues, el de que cuando el hecho punible es realizado por los copartícipes como obra suya (cualquiera sea la cuota de su intervención) estos tienen calidad de coautores, y cuando uno o varios de los copartícipes actúan como extraños o terceros en cuanto entienden que colaboran en un hecho punible ajeno, tienen calidad de cómplices”²³; en resumidas cuentas: “...es cómplice quién actúa en la convicción de que contribuye a un hecho punible ajeno, y es coautor el que participa con otro u otros en hecho típico considerado por todos como propio”²⁴. Este modelo, sin lugar a dudas, se adscribe a la teoría extrema subjetiva en esta materia, que según MAURACH²⁵, amén de que se “fossilizó”²⁶, es insostenible tanto en su construcción como en sus consecuencias prácticas,

¹⁸ *Ibíd.*, pág. 333.

¹⁹ *Ibíd.*, pág. 335.

²⁰ Así: “‘Acción’ es la actuación volitiva finalmente dirigida a una determinada meta”. *Ibíd.*, pág. 343.

²¹ *Ibíd.*, pág. 331.

²² *Ibíd.*, pág. 343.

²³ REYES ECHANDÍA, *La Tipicidad*, pág. 230.

²⁴ REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, 11ª ed. pág. 135.

²⁵ MAURACH: *Tratado de Derecho penal*, t.2, pág. 337.

²⁶ *Ibíd.*

toda vez que “la fórmula ‘querer el acto como propio (coautoría) o como ajeno (complicidad)’ representa un concepto carente en último término de contenido”²⁷, es más, este modulador de “querer el acto como propio” “destruyó en realidad el concepto de autor, y con él la función de garantía de los tipos”²⁸. Con toda razón, el gran penalista alemán H. WELZEL ha dicho que esta teoría “es también peligrosa porque necesariamente conduce a un Derecho Penal del ánimo”²⁹.

Desde luego, resulta coherente que el profesor REYES ECHANDÍA asuma esta postura de talante subjetivo en estos terrenos, en la medida en que se compadece –de manera no muy pacífica por cierto– con su arquitectura casualista del delito; en ese sentido, la definición que cita de MAURACH la desarrolla a partir de postulados bien distintos: en primer lugar, no se fundamenta en el concepto de acción final; y, en segundo lugar, no adopta la teoría del dominio del hecho en esta materia. De lo dicho se colige que aún con la misma definición de coautoría –que no fue denominada como “coautoría impropia” por MAURACH–, emergen consecuencias diversas tanto en la construcción como en la práctica, por tratarse de puntos de partida diferentes: el uno causalista; y, el otro, finalista.

3. La discusión en el derecho comparado.

La anterior referencia, desde luego inevitable, obliga a remitirse a importantes exposiciones académicas sobre la materia con miras a precisar si de *lege ferenda* la doctrina emplea la noción de “coautoría impropia” al ocuparse del concurso de personas en el delito, como a veces se pretende en decisiones de nuestros más altos tribunales de justicia como la que aquí es motivo de examen.

Con este propósito, con la advertencia de que no sólo la literatura jurídica en esta materia es casi inabarcable sino que cada autor expone la problemática con su propio punto de partida –lo que de suyo implica diversas consecuencias tanto en la construcción como en la práctica–, a continuación se hace alusión a diferentes trabajos sobre el asunto agrupados atendiendo a la nacionalidad de los autores y no al concepto del delito que cada uno suscribe.

²⁷ *Ibíd.*, pág. 337.

²⁸ *Ibíd.*, pág. 339.

²⁹ WELZEL: *Derecho penal alemán*, pág. 131.

Así, pues, en primer lugar, en la literatura jurídico penal alemana FEUERBACH³⁰ plantea, en relación con casos de “concurrencia criminal”³¹, la figura de los coautores sin emplear la calificación de “impropia”; por otro lado, VON LISZT³² –quien se vale de criterios objetivos a la hora de deslindar los actos del coautor de los del cómplice– también efectúa el análisis de la coautoría sin la particularidad de “impropia” que algunos le quieren signar. Del mismo modo, MERKEL³³ bosqueja como tipología la de los coautores o concurrencia de varios autores a partir del § 47 de la anterior regulación; a su turno MEZGER³⁴, con base en el mismo punto de partida legal, define la coautoría como una sola, esto es, por ninguna parte aparece la denominación de “impropia”, pues los distinguos que emplea aluden a la coautoría casual y a la coautoría sucesiva³⁵.

A su vez WELZEL³⁶ –que, como MAURACH, parte del concepto final de acción y del § 47 citado– quien sistematizó la teoría del dominio del hecho, entiende la coautoría como una sola figura sin que aluda, por supuesto, a la “coautoría impropia”, aunque sí examina la figura de la autoría concomitante³⁷ que es bien distinta al fenómeno en examen; de la misma forma, STRATENWERTH³⁸ con un punto de partida bastante parecido, aunque la premisa legal es la contenida en el parágrafo 25II, estudia la coautoría a partir de la decisión común y la realización en común de esa decisión, sin emplear la denominación de “impropia”. A la par, MAURACH, GÖSSEL & ZIPF³⁹, no insertan dicha tipología, estudian sí la coautoría sucesiva y la autoría accesoria, figura esta última de la que dicen “no se justifica dogmáticamente”⁴⁰ y la llaman “impropia”⁴¹; por otro lado, JESCHECK & WEIGEND⁴² no se refieren a la coautoría impropia, como tampoco lo hacen ROXIN⁴³ –que, en esta materia, irrumpe con la coautoría como dominio del hecho funcional

³⁰ FEUERBACH: *Tratado de Derecho penal*, Págs. 78 y 79.

³¹ *Ibid.*, pág. 48.

³² VON LISZT: *Tratado de Derecho penal*, Tomo III, Págs. 83 a 86

³³ MERKEL: *Derecho penal*, págs. 144 y ss.

³⁴ MEZGER: *Tratado*, págs. 304 a 309.

³⁵ *Ibid.*, pág. 307.

³⁶ WELZEL: *Derecho penal alemán*, págs. 129 a 133.

³⁷ *Ibid.*, pág. 133.

³⁸ STRATENWERTH: *Derecho penal*, I, págs. 247 a 252.

³⁹ MAURACH, GÖSSEL & ZIPF: *Derecho penal*, t. II, págs. 366 a 397.

⁴⁰ *Ibid.*, pág. 388.

⁴¹ *Ibid.*, pág. 320; se refieren, pues, a la autoría accesoria o paralela, que como no se puede tratar como un evento de coautoría llaman “impropia”.

⁴² JESCHECK & WEIGEND: *Tratado de Derecho penal*, págs. 725 a 734.

⁴³ ROXIN: *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, pág. 306 y ss.

con las bases que sentó WELZEL- ni JAKOBS⁴⁴ quien construye la figura a su propia usanza.

En segundo lugar, en España JIMÉNEZ DE ASÚA⁴⁵ –quien hizo gran parte de su obra en el exilio⁴⁶– se ocupa del coautor y no establece la insular nominación de “coautoría impropia”; por su parte, CÓRDOBA RODA & RODRÍGUEZ MOURULLO a partir del art. 14 del anterior C.P. español se refieren a la coautoría sin emplear el rótulo de “impropia”⁴⁷. Tampoco BACIGALUPO emplea esa denominación⁴⁸ y en estas materias entiende que “*el elemento esencial de la coautoría es el co-dominio del hecho*”⁴⁹; a su turno, CEREZO MIR⁵⁰ al igual que COBO DEL ROSAL & VIVES ANTÓN⁵¹, quienes plasman la discusión alrededor de la coautoría con base en el art. 28 del C.P. español, no mencionan la categoría de “coautoría impropia”. Incluso, un autor más contemporáneo como DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, se refiere a los casos de coautoría alternativa y coautoría aditiva⁵² sin mencionar esa construcción.

Tampoco, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y sus colaboradores⁵³, con el referente del art. 28, abordan ese asunto pues sólo se ocupan de la coautoría con base en el dominio funcional del hecho; a la par, MIR PUIG⁵⁴ define la coautoría como tal, al igual que la coautoría sucesiva. MUÑOZ CONDE⁵⁵, a su vez, examina lo que denomina “coautoría ejecutiva” dentro de la cual, dice el autor: “*puede diferenciarse la directa, en la que todos los autores realizan todos los actos ejecutivos, y la parcial, en la que se produce un reparto de las tareas ejecutivas*”⁵⁶ (resaltado fuera del texto), bajo la efigie del criterio objetivo-material del dominio funcional del hecho; desde luego, valga la pena anotar, ese distingo de la coautoría ejecutiva directa y parcial no se hace en la Teoría General del Delito del mismo autor⁵⁷.

⁴⁴ JAKOBS: *Derecho penal, Parte general*, págs. 745 a 761.

⁴⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA: *Lecciones de Derecho penal*, pág. 342.

⁴⁶ Sobre esto: GIMBERNAT ORDEIG: “El exilio de Jiménez de Asúa”, en: *Estudios de Derecho penal*, págs. 15 a 17.

⁴⁷ CÓRDOBA RODA & RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios al Código Penal*, pág. 822.

⁴⁸ BACIGALUPO: *Manual de Derecho Penal*, págs. 196 a 199.

⁴⁹ BACIGALUPO: *Derecho Penal, Parte General*, pág. 501.

⁵⁰ CEREZO MIR: *Curso de Derecho Penal Español*, Tomo III, pág. 222.

⁵¹ COBO DEL ROSAL & VIVES ANTÓN: *Derecho Penal*, págs. 751 a 754.

⁵² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: *La Autoría en Derecho Penal*, págs. 684 y 685.

⁵³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Lecciones de Derecho Penal*, págs. 292 y 293.

⁵⁴ MIR PUIG: *Derecho penal*, 8ª ed. pág. 394 y ss.

⁵⁵ MUÑOZ CONDE: *Derecho penal*, 2ª ed., pág. 454.

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ MUÑOZ CONDE: *Teoría General del Delito*, págs. 202 a 204.

En tercer lugar, en Italia, de una parte MANZINI con fundamento en el Código de 1930 y de cara a un concepto extensivo de autor⁵⁸ lleva a cabo un análisis en el cual no expone la figura de la “coautoría impropia” y se ocupa, más bien, de los ejecutores o autores principales dentro de los que surgen la cooperación simple y la cooperación compleja⁵⁹; por su parte, ANTOLISEI —que si bien emplea el criterio formal objetivo para distinguir el autor del partícipe⁶⁰, diferenciación que a la postre resulta vacía toda vez que, como advierte BETTIOL, “el insigne jurista vendría a hacer suya una concepción extensiva de autor”⁶¹— al esbozar su teoría y “las formas del concurso delictivo” analiza la figura del coautor sin mencionar el instituto bajo el rótulo objeto de estudio⁶². Así mismo, BETTIOL cuya concepción parte del concepto restrictivo de autor⁶³, analiza “el delito con pluralidad de autores”⁶⁴ sin hacer referencia a la coautoría impropia; RANIERI, al ocuparse del “concurso criminoso de personas” no inserta la figura, aunque sí define al coautor como quien “en sentido estricto, es el que realiza el modelo legal del delito, junto con el autor”⁶⁵. En fin, MAGGIORE al ocuparse de “las formas del concurso”⁶⁶ y la “pluralidad de personas”⁶⁷, discurre en torno a ellas sin que mencione dicho instituto.

Por último, en cuarto lugar, en Latinoamérica SOLER, de una parte, establece dos maneras, desde el prisma objetivo, por las que un sujeto puede hacerse coautor de un delito: una, “por la intervención

⁵⁸ Dice, así: “Autor del delito es, por consiguiente, aquel que ha dado por sí solo o ha concurrido a dar causa (con cualquier forma de coparticipación) al delito. Se podrá distinguir entre autor o agente principal (ejecutor) y secundario pero “autores” del delito son tanto los unos como los otros” Cfr. MANZINI: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, pág. 249 y 256.

⁵⁹ MANZINI: *Tratado*, pág. 251.

⁶⁰ Señala: “A nuestro entender, para evitar esas construcciones inadmisibles, se hace necesario —exclusivamente a los fines de distinguir entre autor y participante—...es preciso decir que es autor quien practica una acción que, considerada en sí misma, es conforme con la descrita en el modelo abstracto de delito. En consecuencia, es partícipe el individuo que realiza una acción que por sí sola no realiza el tipo penal” Cfr. ANTOLISEI: *Manual de Derecho Penal*, pág. 399.

⁶¹ BETTIOL: *Derecho Penal*, pág. 511. La razón está en que ANTOLISEI entiende que su teoría está en armonía con el “Derecho positivo, que, como hemos visto, considera a todos los participantes como autores en el artículo 110 del Código” Cfr. ANTOLISEI: *Manual de Derecho Penal*, pág. 397.

⁶² ANTOLISEI: *Manual...*, pág. 396 y ss.

⁶³ BETTIOL, ob. cit. pág. 499.

⁶⁴ *Ibid.*, pág. 495.

⁶⁵ RANIERI: *Manual de Derecho Penal*, Tomo II, pie de página 143, pág. 109.

⁶⁶ MAGGIORE: *Derecho Penal*, Tomo II, págs. 106 a 110.

⁶⁷ *Ibid.*, pág. 125.

parificada a la de otros sujetos”⁶⁸ y, dos, “por división de funciones”⁶⁹; esta partición tiene rasgos similares a la que propuso mucho después REYES ECHANDÍA al hablar de coautoría “propia” e “impropia”; sin embargo, SOLER, tanto en una como en otra forma, parte del supuesto según el cual “Verdadero coautor es aquel que sigue siendo autor aun cuando hipotéticamente se suprime otra participación. Objetivamente ha realizado actos ejecutivos típico”⁷⁰; lo anterior implica, *prima facie*, un categórico distanciamiento con la fundamentación claramente subjetiva que utiliza REYES ECHANDÍA en estos ámbitos. De otra parte ZAFFARONI, ALAGIA & SLOKAR enarbolan la coautoría caracterizada por el dominio funcional del hecho con clara base legal en el art. 45 del C.P. argentino⁷¹, sin referir la “coautoría impropia”; en la misma línea, empero a partir de plexos jurídicos diferentes, se ubica BUSTOS RAMÍREZ⁷², en Chile.

4. La discusión en la doctrina nacional.

Desde el primer “Tratado” escrito en nuestro país en las materias que nos ocupan, que surgió de la pluma de J. V. CONCHA⁷³, se trazan las líneas en estos contornos; allí, se alude a la figura de los coautores sin calificativos adicionales. Con posteridad, con la vigencia del Código Penal de 1936, emerge L. C. PÉREZ quien, al igual que REYES ECHANDÍA, cita la definición que MAURACH plantea acerca de la coautoría⁷⁴; sin embargo, vale decir, no la califica, como tampoco lo hizo el Maestro alemán en su “Tratado”, de impropia.

Así mismo, también de cara al mentado estatuto de penal, A.V. ARENAS, con marcado acento por las teorías subjetivas a la hora de diferenciar el autor del cómplice⁷⁵, hace un distinguo al interior de la operación de los ejecutores que puede ser simple y compleja⁷⁶; esta construcción, valga la pena advertirlo, guarda alguna similitud con la que –con posterioridad– acuñó REYES ECHANDÍA como coautoría propia e impropia.

⁶⁸ SOLER: *Derecho Penal Argentino*, págs. 265.

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ *Ibíd.*, págs. 264 y 265.

⁷¹ ZAFFARONI, ALAGIA & SLOKAR: *Derecho penal*, 2ª ed., págs. 784 a 787.

⁷² BUSTOS RAMÍREZ: *Derecho Penal*, págs. 774 y 775.

⁷³ CONCHA: *Tratado de Derecho penal*, págs. 155 y 156.

⁷⁴ PÉREZ: *Tratado de Derecho penal*, Tomo II, págs. 346 y 347.

⁷⁵ ARENAS: *Compendio de Derecho Penal*, pág. 73.

⁷⁶ *Ibíd.*

A su vez, L.E. MESA al ocuparse de esta temática⁷⁷ define la coautoría y la diferencia de la coautoría concertada o complot, la coautoría casual y la coautoría sucesiva⁷⁸; seguidamente, en la fase de la dogmática jurídico penal⁷⁹ GAITÁN MAHECHA –quien sigue a CARRARA en estos ámbitos⁸⁰– se refiere a la coautoría sin emplear la terminología de impropia; desde luego, a la par se encuentra REYES ECHANDÍA –padre de la dogmática nacional⁸¹– cuya postura ya se esgrimió. También, hay que mencionar la obra del Profesor L. E. ROMERO SOTO quien, con base en un concepto restrictivo de autor⁸², encauza la discusión al citar en forma textual la noción de MAURACH en torno a la coautoría⁸³ y, claro está, no califica esta noción de “coautoría impropia” sino como es: coautoría sin más.

De otro lado, en vigencia del decreto 100 de 1980, F. ESTRADA –que también incursionó con su “Manual” en relación con el Código Penal de 1936– no emplea⁸⁴ la terminología de “coautoría impropia”; a su turno, J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, menciona la “coautoría propia” y la distingue de la “coautoría impropia”⁸⁵ a cuyo efecto se fundamenta en REYES ECHANDÍA: *“Esta última forma (coautoría impropia) corresponde a un reparto funcional del trabajo criminoso y requiere una cláusula legal y general de ampliación del tipo que en nuestro C.P. está contenida en la parte inicial del art. 23”*⁸⁶ (paréntesis fuera del texto). Otro autor, como SALAZAR MARÍN –que cimienta su postura a partir del “dominio del injusto”⁸⁷– no adopta tal distinción al definir la coautoría⁸⁸. De igual forma, VELÁSQUEZ, al compás del dominio del hecho como punto de partida para deslindar el comportamiento del autor del actuar de los partícipes en sentido estricto⁸⁹, estudia la problemática de la coautoría sin aludir a la denominación de propia e impropia⁹⁰; a su vez, ARROYAVE DÍAZ, de manera muy crítica, enjuicia la construcción

⁷⁷ MESA VELÁSQUEZ: *Lecciones de Derecho penal*, págs. 190 y 191.

⁷⁸ *Ibíd.*, pág. 191.

⁷⁹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Derecho penal*, 4ª ed., págs. 453 y ss.

⁸⁰ GAITÁN MAHECHA: *Curso de Derecho Penal General*, pág. 198.

⁸¹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Derecho penal*, 4ª ed., pág. 453.

⁸² ROMERO SOTO: *Derecho penal*, tomo II, pág. 342.

⁸³ *Ibíd.*, pág. 345.

⁸⁴ ESTRADA VÉLEZ: *Derecho penal*, págs. 138 a 140.

⁸⁵ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA: *Derecho penal fundamental*, págs. 399 y 400.

⁸⁶ *Ibíd.*

⁸⁷ SALAZAR MARÍN: *Autor y Partícipe en el Injusto Penal*, pág. 91. Crítico de esta tesis

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Derecho penal*, 1ª ed., pág. 878.

⁸⁸ *Ibíd.*, págs. 99 a 102.

⁸⁹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Derecho penal*, 1ª ed., pág. 538.

⁹⁰ *Ibíd.*, págs. 544 a 548.

en mención y afirma que “no tiene asidero legal en ninguna norma del sistema penal colombiano”⁹¹.

Con postelación, de cara al C.P. vigente, Ley 599 de 2000, los autores abordan de manera distinta esta construcción: mientras GÓMEZ LÓPEZ, no la utiliza⁹²; SUÁREZ SÁNCHEZ, menciona la “coautoría propia” enfrente de la “coautoría impropia” que, por esta vía, en una afirmación bastante confusa y que no parece encajar en su construcción pues aboga por un concepto restrictivo de autor, entiende como verdadera coautoría⁹³; finalmente, VELÁSQUEZ, al lanzar la discusión de cara a la “mal llamada por la jurisprudencia nacional coautoría impropia”⁹⁴ toda vez que en ella no se dan los presupuestos que de la coautoría exige la ley, rechaza de forma franca y categórica esa construcción.

5. La jurisprudencia en comentario.

Así las cosas, con el punto de partida anterior, emprendamos ahora el análisis del fallo en cuestión.

5.1. En efecto, en dicho proveído judicial se afirma: “incluye el legislador la coautoría material propia y la impropia. La primera se presenta cuando varios individuos mediante acuerdo previo o concomitante realizan la conducta, pero todos actualizan el verbo rector definido en el tipo, como cuando cada uno de los coautores hiere letalmente y con el propósito de causar la muerte a la víctima. /La otra, la coautoría material impropia, tiene lugar cuando entre las personas que concurren a la comisión del delito media división de trabajo, figura también denominada “empresa criminal”, pues todos realizan una parte del delito, incluso algunos efectúan comportamientos objetivamente intrascendentes o atípicos, no por ello impunes, como cuando alguien se limita a esperar a otros miembros de la asociación ilegal en un automóvil fuera del lugar donde se comete el delito, con el propósito de transportarlos una vez culminen su tarea”⁹⁵.

⁹¹ ARROYAVE DÍAZ: *La coautoría impropia*, 1ª edición, pág. 175.

⁹² GÓMEZ LÓPEZ: *Teoría del Delito*, págs. 1214 a 1219.

⁹³ SUÁREZ SÁNCHEZ: *Autoría*, 3ª edición, pág. 357: “...lo que suele denominarse «coautoría propia» no es coautoría sino pluriautoría, en la cual no se requiere la imputación recíproca de las aportaciones ajenas que caracteriza a la coautoría, mientras que la denominada «coautoría impropia» sí es coautoría...”.

⁹⁴ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Derecho penal*, 4ª ed., pág. 909; *Manual de Derecho penal*, págs. 450 y 451.

⁹⁵ C.S.J., Sala de Casación Penal, rad. 29418, 23-02-09, M.P. María del Rosario González de Lemus.

Al respecto, bien vale la pena determinar si –como se afirma– es o no cierto que el legislador incluyó la “coautoría material propia y la impropia” en el inc. 2º del art. 29 del C.P., para lo cual es imprescindible acudir a pautas hermenéuticas. En efecto, a partir del método histórico –por cuya virtud es *conditio sine qua non* acudir a la *voluntas legislatoris*– se tiene que en la “Ponencia” para el primer debate del Proyecto de Código Penal de 1999 dado en la Cámara de Representantes, se dijo que la figura de la coautoría “*tratada en el inciso 2º, alude tanto a su requisito objetivo como al subjetivo, para evitar las críticas que se le han formulado al Proyecto en el sentido de que da cabida a la mal llamada “coautoría impropia”*”⁹⁶, a la que dicho sea de paso, el legislador califica de “*engendro dogmático*”⁹⁷.

Por virtud de lo anterior, entonces, si algo debe quedar desprovisto de duda alguna es que el codificador buscó excluir del texto legal la llamada “coautoría impropia”, de suerte que –a la inversa de lo que afirma la Sala de Casación Penal– se pretendió todo lo contrario.

5.2. Pero también cabe preguntar si ese entendimiento del texto legal efectuado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que, en apariencia, es fruto de la hermenéutica que –como máximo tribunal de la Justicia ordinaria– ella lidera con la pretensión de colmar las aparentes lagunas y vacíos de la ley penal, está acorde con el programa penal de la Constitución entendido como “*el conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponda aplicar*”, según afirma la doctrina más calificada⁹⁸ (resaltado fuera del texto).

Por supuesto, con miras a emprender la tarea propuesta es imperioso atender al ordenamiento penal en el que se debe mover el intérprete; de esta manera, lo primero que se debe esclarecer es qué sistema adoptó el Código Penal en tratándose del concurso de personas en el delito y, por ende, cuál es el concepto de autor que incorpora.

⁹⁶ Cfr. *Gaceta Judicial*, Ponencia para primer debate y pliego de modificaciones del Proyecto de ley 238 de 199 Cámara, 40 de 1998 Senado, Bogotá, once de noviembre 1999, pág. 7.

⁹⁷ *Ibíd.*, pie de página No. 6.

⁹⁸ Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Curso de Derecho Penal*, pág. 45.

Como bien se sabe, existen dos formas de regular este fenómeno desde el prisma legal: por un lado, a partir de un concepto restrictivo de autor; y, por el otro, con fundamento en un concepto extensivo de autor. En cuanto al primero “*se pueden distinguir distintas formas de concurrencia delictual... con notable influencia en la punibilidad*”⁹⁹; y, frente al segundo “*es autor todo aquel que presta una colaboración causal al hecho, lo que impide hacer la distinción entre autores y partícipes a los que se les da idéntico tratamiento punitivo*”¹⁰⁰. Ahora bien, en relación con la ley penal, la doctrina¹⁰¹ afirma que en esta materia –en los hechos dolosos– se optó por un concepto restrictivo de autor, con claro sustento legal en los artículos 28, 29 y 30 del C.P.

Así, entonces, la misión hermenéutica en materia del concurso de personas en el delito debe partir de un concepto restrictivo de autor; lo contrario, esto es, conducir la discusión por los contornos del concepto extensivo de autor, destruye *ab initio* cualquier labor interpretativa de cara a nuestro Código Penal. Aunado a ello, y acorde con el programa penal de la Constitución, es fundamental, a la hora de interpretar la ley penal en estos terrenos, tener en cuenta los postulados constitucionales de igualdad, proporcionalidad, acto y culpabilidad¹⁰² que, amén de erigirse en auténticos diques llamados a imposibilitar el desquicio en la confección hermenéutica, respaldan la adopción de un concepto restrictivo de autor en esta materia.

De lo dicho se infiere que es necesario diferenciar la autoría de la participación en sentido estricto, que como se ha afirmado “*es uno de los temas que, históricamente hablando, más disputas dogmáticas ha suscitado*”¹⁰³. Al respecto, son diversas las posturas enderezadas a zanjar la distinción entre estas dos categorías:

En efecto, en primer lugar, aparecen las *teorías subjetivas* que se caracterizan porque distinguen el autor del partícipe a partir de la posición subjetiva adoptada por el sujeto que interviene: así, pues, será autor el que obre con *animus auctoris*, y partícipe el que lo haga con *animus socci*¹⁰⁴; desde luego, esta concepción es insostenible

⁹⁹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Derecho penal*, 4ª ed. págs. 873 y 874.

¹⁰⁰ *Ibid.*, pág. 874.

¹⁰¹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Derecho penal*, pág. 907; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: “La Autoría en Derecho Penal, caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano”, pág. 48; SUÁREZ SÁNCHEZ: *Autoría*, 3ª ed., pág. 249.

¹⁰² En detalle: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Derecho penal*, 4ª ed. págs. 50 a 130.

¹⁰³ *Ibid.*, pág. 874.

¹⁰⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: *La Autoría en Derecho Penal*, pág. 295.

de cara al Derecho penal vigente¹⁰⁵. Así mismo, en segundo lugar, se encuentran la *teorías objetivas* que cimientan sus posturas así: de un lado, para la teoría objetivo-formal es autor la persona que ejecuta por sí mismo total o parcialmente la acción descrita en la Parte especial¹⁰⁶; de otro lado, para la teoría objetivo-material, en una de sus manifestaciones, es autor quien con su comportamiento demuestra mayor peligrosidad para el bien jurídico, mientras el partícipe lo hace en menor grado¹⁰⁷.

Igualmente, en tercer lugar, debe mencionarse la *teoría del dominio del hecho*, según la cual *“Señor del hecho es aquel que lo realiza en forma final, en razón de su decisión volitiva. La conformación del hecho mediante la voluntad de realización que dirige en forma planificada es lo que transforma al autor en señor del hecho”*¹⁰⁸.

Ahora bien, la ley penal, la doctrina¹⁰⁹ y la jurisprudencia¹¹⁰—ésta última en el plano teórico— se inclinan por la teoría del dominio del hecho como baluarte sistemático para demarcar las fronteras entre autoría y participación en sentido estricto, lo que en materia de coautoría implica que *“debe mediar una contribución, u aporte objetivo y esencial al hecho... por ello se requiere un dominio funcional del hecho pues cada uno debe ser una pieza fundamental para llevar a cabo el plan general”*¹¹¹. A más de lo anterior, hay quienes dicen que la teoría del dominio del hecho *“da explicación razonable a la denominada coautoría impropia”*¹¹² afirmación que, desde luego, no se puede compartir máxime si como lo dice el mismo exponente, uno de los requisitos indispensables del dominio funcional del hecho es *“la esencialidad de la contribución”*¹¹³, elemento que —como se verá— no se tiene en cuenta a la hora de construir la llamada “coautoría impropia”.

De la exposición anterior se deriva que el marco de interpretación para abordar la discusión debe tener en cuenta dos referentes ineluctables:

¹⁰⁵ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Derecho penal*, 4ª ed. pág. 875.

¹⁰⁶ ROXIN: *Autoría...*, pág. 52.

¹⁰⁷ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Derecho penal*, 4ª ed. pág. 877.

¹⁰⁸ WELZEL: *Derecho penal alemán*, pág. 120.

¹⁰⁹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Derecho penal*, 4ª ed. págs. 907 y 908.

¹¹⁰ *“De allí que sólo quien domina el hecho puede ser tenido como autor”* Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 22327, nueve de marzo de 2006, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

¹¹¹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Derecho penal*, 4ª ed. pág. 901.

¹¹² HERNÁNDEZ ESQUIVEL: *“Autoría y participación”*, en: *Lecciones de Derecho Penal*, pág.271.

¹¹³ *Ibíd.*

de un lado, que el legislador optó por un concepto restrictivo de autor; y, del otro lado, como consecuencia de lo dicho, que la labor de la dogmática y de la jurisprudencia es jalonar la interpretación –recuérdese que uno de los elementos del método dogmático consiste en interpretar el derecho positivo– bajo el supuesto de que en la realización del delito pueden concurrir varias personas a través de diversas formas, vr. gr. autor directo, autor mediato, determinador y cómplice, con las consecuencias que ello implica.

Así las cosas, se debe precisar si la interpretación de la Sala de Casación Penal, según la cual del inc. 2º del artículo 29 del C.P. emerge la figura de la “coautoría material impropia” está en armonía con la ley penal, con las construcciones dogmáticas en la materia y, desde luego, con el Texto Superior.

5.3. Ahora bien, para volver sobre el aparte de la providencia en comento que se transcribió más arriba, bien vale la pena establecer si la noción de “coautoría material impropia” que se emplea se compadece con un concepto restrictivo de autor que es, sin lugar a dudas, el acuñado por nuestro legislador.

Al respecto, surgen varios puntos para la discusión; veamos: acorde con la tesis de la Sala de Casación Penal son coautores impropios quienes, por virtud de un acuerdo previo o concomitante y con división del trabajo, realizan “*comportamientos objetivamente intrascendentes o atípicos*”, cosa que también sostiene en otros fallos¹¹⁴; en este punto, con razón ha dicho la doctrina que la Sala de Casación Penal “*en la práctica –tras la coraza del discurso teórico– a todo el que interviene en un hecho punible y con la sola presencia del requisito subjetivo de la coautoría, se le denomina y se le trata así (concepto unitario de autor)*”¹¹⁵.

En la misma línea de análisis, se afirma que la tesis de la Sala de Casación Penal guarda relación con la doctrina del acuerdo previo¹¹⁶

¹¹⁴ En efecto: “...tiene lugar (la coautoría material impropia) cuando entre las personas que concurren a la comisión del delito media división de trabajo, figura también denominada “*empresa criminal*”, pues todos realizan una parte del delito, incluso algunos efectúan comportamientos objetivamente intrascendentes o atípicos” Cfr. WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ: “La tentativa y el comienzo de ejecución de la conducta típica”, en *Cuadernos de Derecho Penal* N° 1, págs. 35 y ss., donde se comenta sentencia del ocho de agosto 2007, radicado 25974.

¹¹⁵ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Derecho penal*, 4ª ed. pág. 909.

¹¹⁶ En detalle esta teoría: GIMBERNAT ORDEIG: *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, págs. 41 y ss.

–propia de un concepto extensivo de autor– “según la cual todos los que intervienen en un hecho delictivo existiendo un previo concierto entre ellos son autores (coautores) del mismo, con independencia de cual sea su aportación material a él”¹¹⁷; por ello, tal y como se ve en la sentencia en comento, es indiferente la trascendencia del aporte –requisito objetivo de la coautoría– y, en esa medida, es coautor quien por virtud de un acuerdo realiza actos objetivamente intrascendentes. En síntesis: la coautoría impropia se construye con preeminencia del aspecto subjetivo –el acuerdo– en desmedro, claro está, del cariz objetivo –la trascendencia del aporte–, por lo que de contera se termina por adoptar un concepto extensivo de autor en franca contravía de la doctrina –que con asidero en el C.P. entiende que el aporte debe ser esencial¹¹⁸– la ley penal¹¹⁹ y la Constitución.

Así las cosas, la interpretación de la Sala de Casación Penal a partir de la cual le da cobijo a la coautoría impropia en el seno del art. 29 inc. 2º del C. P., no está en sintonía con el C.P. ni mucho menos con la doctrina mayoritaria que rechaza tal construcción.

5.4. Así mismo, añádase a lo anterior que la sentencia al pretender punir como coautor —según el ejemplo que se pone— al que actúa como campanero¹²⁰, cae una vez más en una concepción extensiva acorde con la cual todo el que interviene en un hecho punible es autor si actúa con voluntad de tal, con lo cual se borran de un tajo los distinguos entre autor y partícipe.

5.5. También, obsérvese que la providencia confunde las nociones de “*empresa criminal*” –figura que “*aparece con frecuencia como un “instrumento mágico” para perseguir y enjuiciar crímenes internacionales*”¹²¹– “*coautoría impropia*” e incluso “*asociación ilegal*”, con lo cual terminan suprimiéndose todas las fronteras dogmáticas. De esta manera, pues, figuras como el concierto para delinquir previstas en la Parte Especial como verdaderos atentados contra la

¹¹⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: “La Autoría en Derecho Penal, caracterización general”..., pág. 40.

¹¹⁸ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Derecho penal*, 4ª ed. pág. 908.

¹¹⁹ El art. 29 del C.P. es enfático al sostener que para predicar la coautoría se debe tener en cuenta la importancia del aporte.

¹²⁰ “En el supuesto clásico del vigilante en el robo, cuando este sujeto no hace más que vigilar, no podrá ser calificado más que de partícipe en el robo que realizan los otros” Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: *La Autoría en Derecho Penal*, pág. 681.

¹²¹ AMBOS, KAI: “Joint Criminal Enterprise y responsabilidad del superior” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, pág. 39.

seguridad pública (cfr. art. 340 y ss. del C. P.) se tornan, por esta vía, en una “coautoría impropia” que es un mecanismo que se empotra en la Parte General al lado de la “coautoría” para poder penar a todo interviniente –así realice actos “atípicos” como dice la providencia– en autor. Ello, mirado desde la perspectiva de la construcción dogmática del delito, es completamente inadmisibles porque se terminan confundiendo diversos planos de la discusión, cuando no se arrasa con toda la teoría del mismo.

Para decirlo en otras palabras, esta sentencia no sólo se construye de espaldas a la ley penal y la Constitución, sino que tira por la borda toda la discusión colombiana y extranjera sobre la materia, con consecuencias francamente imprevisibles para la seguridad jurídica y para el propio Estado de Derecho. Con concepciones como las defendidas en este proveído judicial se vuelve, pues, más de cien años atrás en el tiempo cuando imperaban las concepciones subjetivistas propias de un derecho penal de autor.

5.6. Es más, en esta sentencia se vuelve a plantear la problemática de los aparatos organizados de poder pero –al reiterar decisiones anteriores– la Sala de Casación se niega a discutir posturas como la del Profesor alemán CLAUS ROXIN sobre la materia, por entender que en estos casos se está ante eventos de coautoría impropia. Este tema, sin que lo dicho signifique tomar partido, debe ser abordado por nuestros tribunales de Justicia porque se trata de una realidad que no se puede soslayar, en especial en Latinoamérica que este año ha presenciado la emisión de la sentencia por parte del Tribunal que, en el Perú, condenó al expresidente Fujimori como autor mediato de diversos crímenes realizados a través de aparatos organizados de poder, cuando él se desempeñaba como mandatario del país hermano¹²².

5.7. En fin, ya para culminar, llama la atención la forma como se aborda la problemática de la presunción de inocencia y se evita debatir sobre los innegables vacíos probatorios que muestra la investigación –tantos que la segunda instancia se pronunció por la absolución–. Naturalmente, nos parece bien que la Administración de Justicia sea muy celosa cuando se trate de enjuiciar y de juzgar crímenes tan horribles que, como los que el caso señala, desconocen el derecho de gentes y pisotean los más caros derechos

¹²² Cfr. http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/corte-suprema-justicia-republica-del-peru-sala-penal-especial-2009-sentencia-alberto-fujimori-fujimori.pdf

de una colectividad, pero lo que no está bien es que una Corte de Casación se torne en una verdadera tercera instancia olvidando las puntuales metas que la órbita de sus competencias le demarcan. De lo que se trata, en definitiva, es de hacer verdadera justicia penal de tal manera que el peso de la ley recaiga, como tiene que ser, sobre los que verdaderamente la han transgredido después de ser oídos y vencidos en juicio acorde con las reglas que inspiran el debido proceso legal, pero no de tornar a todo el que participa de una o de otra manera en una de esas organizaciones en “coautor impropio” de todos los crímenes atribuidos a la misma sin deslindar las necesarias responsabilidades penales.

6. CONCLUSIONES.

De todo lo dicho, se infiere lo siguiente:

6.1. En primer lugar, la figura de la coautoría impropia que la providencia en comento emplea fue acuñada por el Profesor REYES ECHANDÍA, luego de un indebido entendimiento de la obra del expositor alemán MAURACH, cuyas construcciones malinterpreta pues éste no emplea la denominación “coautoría impropia”, amén de que parte de supuestos bien distintos en la construcción de la teoría del delito; en ese sentido, la noción edificada por el penalista alemán fue adaptada a un concepto de delito diferente para el cual fue concebida, lo que tradujo, no obstante ser la misma definición, consecuencias impensables a partir de la postura finalista que aquél defendía.

6.2. Así mismo, semejante construcción pugna con concepciones como la del dominio del hecho que –dicen la doctrina y la misma jurisprudencia– son las acogidas por el legislador colombiano para, en su lugar, dar cabida a las teorías subjetivas de antaño en estos ámbitos que son propias de un derecho penal de autor y no de uno de acto como, se supone, es el que amparan la Carta fundamental y la codificación penal.

6.3. Igualmente, es inequívoco que la ley penal, con respaldo en el programa penal de la Constitución, acogió un concepto restrictivo de autor, de tal suerte que es ineluctable establecer los distinguos en tratándose de diversas formas de concurrencia en el delito, que para el caso es a partir de la teoría del dominio del hecho. Con la postura acogida por la Sala de Casación Penal, se repite, se da vigencia a

un concepto extensivo de autor que no tiene cabida en el derecho positivo. En otras palabras: es claro que, en cualquier caso, el intérprete debe adelantar su tarea hermenéutica en el marco de un concepto restrictivo de autor; si ello no se hace así, como sucede con la interpretación ensayada por la Sala de Casación Penal, se termina por dar validez a una concepción extensiva de autor de la mano de la teorías subjetivas sobre la materia.

6.4. También, el programa penal de la Constitución se echa de menos en la tarea hermenéutica de la Sala de Casación Penal, toda vez que los principios de igualdad (art. 13 C.N.), acto (art. 29 C.N.), proporcionalidad (art. 12 y 13 C.N.) y culpabilidad (art. 29 C.N.) no se emplean; la razón es clara: si se tienen en cuenta los mentados apotegmas se debe partir, indudablemente, de un concepto restrictivo de autor.

6.5. Dados los principios que informan el Derecho penal, es más tolerable que existan lagunas de punición a que existan supuestos de punición excesiva¹²³ que es en últimas lo que hace la llamada “coautoría impropia”, para dejar un lamentable saldo para la seguridad jurídica.

6.6. Resulta dogmáticamente inadmisibles la afirmación según la cual al campanero se le debe concebir siempre como coautor cuando es evidente, a la luz de las modernas construcciones sobre la materia, que también –atendido el caso concreto– se le puede dar el tratamiento de partícipe. Todo dependerá, pues, de la concurrencia de las correspondientes exigencias dogmáticas en cada caso en concreto.

6.7. La identificación que hace la Sala de Casación Penal entre “Coautoría material impropia”, “empresa criminal” y “asociación ilegal”, es dogmáticamente inconcebible y se trata de un verdadero exabrupto llamado a generar consecuencias imprevisibles.

6.8. Bien valdría la pena que se potencie un replanteamiento jurisprudencial de esta problemática para evitar las injusticias que se vienen cometiendo y, por supuesto, para avanzar no sólo en la construcción de un derecho penal de acto y de culpabilidad, sino en una verdadera dogmática penal, cosas que con providencias como la que aquí se ha examinado se echan de menos.

¹²³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: *La Autoría en Derecho Penal*, pág. 750.

6.9. No deja ser preocupante que la Sala de Casación Penal –una vez más– se haya negado a discutir sobre la problemática del dominio por organización que ha sido objeto de intensos debates a lo largo de los últimos decenios.

6.10. En fin, muy atenta debe estar la jurisprudencia para que la casación penal no se convierta en una tercera instancia por medio de la cual, so pena de hacer justicia en tratándose de crímenes horrendos, se revoquen sentencias de segunda instancia que presentan indiscutibles lagunas de carácter probatorio.

7. Bibliografía.

AMBOS, KAI: “Joint Criminal Enterprise y Responsabilidad del Superior” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, No. 19, págs. 19-78, 2007.

ANTOLISEI, FRANCESCO: *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Buenos Aires, Ed. UTEHA, 1960.

ARENAS, ANTONIO VICENTE: *Compendio de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1967.

ARROYAVE DÍAZ, RAFAEL: *La Coautoría impropia. Figura extraña a la lógica y a la ley penal colombiana*, Medellín, Editora Jurídica de Colombia, 1ª ed., 2000.

BACIGALUPO, ENRIQUE: *Derecho Penal*, Parte General, 2ª ed. Buenos Aires, edit. Hammurabi, 1999.

— *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Bogotá, Ed. Temis, 1984.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO Y AA/VV: *Lecciones de Derecho penal*, Parte General, 2ª ed., Edit. Praxis, España, 1999.

— *Curso de Derecho Penal*. Parte General, 1ª ed., Barcelona, Ediciones Experiencia, S. L., 2004.

BETTIOL, GIUSEPPE: *Derecho Penal*, Parte General, 4ª ed. Bogotá, Temis, 1965.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN: *Derecho Penal*, T I, 2ª ed. Bogotá, Leyer, 2008.

CEREZO MIR, JOSÉ: *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, T. III, Teoría jurídica del delito 2, Madrid, Ed. Tecnos, 2002.

CONCHA, JOSÉ VICENTE: *Tratado de Derecho penal*, 1ª edición, Bogotá, Librería Americana, 1897.

CÓRDOBA RODA, JUAN & RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Ed. Ariel, Barcelona 1972.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL: *La Autoría en Derecho Penal*, Barcelona, PPU, 1991.

— “La autoría en derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano”, en DPC num. 76, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO: *Derecho penal*, Parte general, 2ª edición, Bogotá, Ed. Temis, 1986.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN: *Derecho penal fundamental*, Tomo II, reimpresión de la segunda edición, Bogotá, Ed. Temis, 1989.

FEUERBACH, ANSELM VON: *Tratado de Derecho penal*, trad. de la 14ª edición alemana de 1847 por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1989.

GAITÁN MAHECHA, BERNARDO: *Curso de Derecho Penal General*, 1ª edición, Bogotá, Ed. Lerner, 1963.

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, Maestros del Derecho Penal, núm 20, Montevideo–Buenos Aires, B. de F., 2006.

— *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1990.

GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO: *Teoría del Delito*, Ed. Doctrina y Ley, Bogotá, 2003.

HERNÁNDEZ ESQUIVEL, ALBERTO: “Autoría y participación”, en: *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, AA/VV, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

JAKOBS, GÜNTHER: *Derecho penal*, Parte general, Fundamentos y Teoría de la Imputación, 2ª edición, Madrid, Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, HEINS-HEINRICH & WEIGEND, THOMAS: *Tratado de Derecho penal*, Parte General, trad. de Miguel Olmedo C., 5ª ed. Granada, Comares, 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Lecciones de Derecho penal*, Colección Clásicos del Derecho, México, Edit. Pedagógica Iberoamericana, 1995.

LISZT, FRANZ VON: *Tratado de Derecho penal*, Tomo III, tercera edición, traducido de la 20ª edición alemana, Madrid, Ed. Reus.

MAGGIORE, GIUSEPPE: *Derecho Penal*, T II, traducción de José Ortega Torres, reimpresión de la 2ª edición, Bogotá, Ed. Temis, 1985.

MANZINI, VINCENZO: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, Primera Parte, Teorías Generales, Vol. III, traducción de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediar Soc. Anón. Editores, 1949.

MAURACH, REINHART: *Tratado de Derecho penal*, Tomo II, trad. de Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ed. Ariel, 1962.

MAURACH, REINHART, GÖSSEL, KARL HEINZ & ZIPF, HEINZ: *Derecho penal*, Parte General, tomo II, trad. de la 7ª ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1996.

MERKEL, ADOLF: *Derecho penal*, Parte general, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2004.

MESA VELÁSQUEZ, LUIS EDUARDO, *Lecciones de Derecho penal*, Parte General, Medellín, Ed. Universidad de Antioquia, 1962.

MEZGER, EDMUND: *Tratado de Derecho penal*, Tomo II, Madrid, Ed. Revista de Derecho privado, 1957.

MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal*, Parte general, 8ª ed., Barcelona, Ed. Reppertor, 2008.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Derecho penal*, Parte general, 2ª ed., Valencia, Ed. tirant lo blanch, 1996.

— *Teoría General del Delito*, Bogotá, Edit. Temis, 1984.

PÉREZ, LUIS CARLOS, *Tratado de Derecho penal*, Tomo II, Bogotá, Ed. Temis, 1977.

RANIERI, SILVIO: *Manual de Derecho Penal*, Tomo II, Parte General, Bogotá, Ed. Temis, 1975.

REYES ECHANDÍA ALFONSO: *Derecho Penal Colombiano*, Parte General, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1967.

— *La Tipicidad*, quinta ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1981.

— *Derecho penal*, Parte general, 11ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1989.

ROMERO SOTO, LUIS ENRIQUE: *Derecho penal*, Parte General, Vol II, Bogotá, Ed. Temis, 1969.

ROXIN, CLAUS: *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, traducción de la sexta edición alemana. Madrid-Barcelona, Marcial Pons 1998.

SALAZAR MARÍN, MARIO: *Autor y Partícipe en el Injusto Penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1992.

SOLER, SEBASTIÁN: *Derecho Penal Argentino*, Tercera Reimpresión, Tomo II, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1956.

STRATENWERTH, GÜNTHER: *Derecho penal*, Parte general, I, el hecho punible, Traducción de la segunda edición alemana, Madrid, EDERSA, editoriales de Derecho Reunidas S.A., 1982.

SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO: *Autoría*, 3ª edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Derecho penal*, Parte general, 4ª ed., Medellín, Librería Jurídica Comlibros, 2009.

— *Derecho penal*, Parte general, 1ª ed., Bogotá, Temis 1994.

— *Manual de Derecho penal*, Parte General, Bogotá, Temis, 2002.

WELZEL, HANS: *Derecho penal alemán*, Parte general 11ª Edición, 4ª edición castellana, traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ, CHRISTIAN: “La tentativa y el comienzo de ejecución de la conducta típica. Los aparatos organizados de poder”, en *Cuadernos de Derecho Penal* N° 1, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2009, págs. 35 y ss.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ALAGIA, ALEJANDRO & SLOKAR, ALEJANDRO: *Derecho penal*, Parte General, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2002.

LOS AVATARES DE LA “DOSIS PERSONAL”: DE DERECHO CONSTITUCIONAL A “CRIMENCITO”

HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO

“Los discursos, al igual que los silencios, no están de una vez por todas sometidos al poder o levantados contra él. Hay que admitir un juego complejo e inestable donde el discurso puede, a la vez, ser instrumento y efecto de poder, pero también obstáculo, tope, punto de resistencia y de estrategia opuesta. El discurso transporta y produce poder; lo refuerza pero también lo mina, lo expone y lo torna frágil y permite detenerlo. Del mismo modo, el silencio y el secreto, abrigan el poder, anclan sus prohibiciones: pero también aflojan sus apresamientos y negocian tolerancias más o menos oscuras”.

MICHEL FOUCAULT¹

La posesión de 9,9 gramos de marihuana por encima del límite legal señalado para la dosis personal, destinados al consumo habitual de quien no ejecuta actividades de distribución o venta del alucinógeno, no afecta los bienes jurídicos tutelados con el tipo penal del art. 376 (salud pública, seguridad pública, orden económico y social). La posesión de alucinógeno que se le imputa al agente, no tiene incidencia sobre derechos ajenos, individuales o colectivos o, lo que es igual, carece de trascendencia penal, sin que resulte válido su ejercicio so pretexto de proteger, a través del castigo, la propia salud del procesado adicto al consumo de marihuana, pues es un tema que sólo corresponde decidir a él en forma autónoma por ser el único rector de su propia vida.

En conclusión, si en ejercicio de sus personales e íntimos derechos el acusado no afectó los ajenos, entonces no alteró efectivamente ningún

* Profesor de la Universidad de Antioquia, Profesor de la Especialización en Derecho Penal, Universidad Sergio Arboleda. Candidato a Doctor en Derechos Humanos y Desarrollo, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla (España).

¹ FOUCAULT, *La historia de la sexualidad*, Tomo I, págs. 122-123.

bien jurídico, de manera que el comportamiento que se le atribuye carece de antijuridicidad material y, en consecuencia, no puede ser sancionado porque no alcanza la categoría de una conducta punible.

A. LA SENTENCIA

“CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente: Dr. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Aprobado acta número 333

Proceso No 29183

Quibdó, dieciocho de noviembre de dos mil ocho.

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación presentado por la defensora del procesado **OSCAR YESID JIMÉNEZ ARENAS**, contra la sentencia dictada el 12 de octubre de 2007 por el Tribunal Superior de Bogotá, con la cual confirmó la pena que le impuso el Juzgado 7^a Penal del Circuito de conocimiento el 24 de julio del mismo año, de 70 meses de prisión y multa de 8 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por haberlo hallado responsable del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes.

HECHOS

Los declaró de la siguiente forma el Tribunal en el fallo recurrido:

“La génesis de la actuación tiene su ocurrencia para el 29 de marzo de 2006, hacia las 18:00 horas, cuando agentes del orden realizaban un patrullaje por el sector de la carrera 70 B frente al No. 35-07, procedieron a practicar una requisita a Oscar Yesid Jiménez Arenas, hallándole en el bolso que portaba en la espalda una bolsa transparente contentiva de 12 bolsas pequeñas de sustancia vegetal, la cual al ser sometida a estudio arrojó positivo para la marihuana con un peso neto de veintinueve punto nueve gramos (29.9 gramos).”

ANTECEDENTES

1. El 30 de marzo de 2006 se llevaron a cabo en el Juzgado 41 Penal Municipal con funciones de control de garantías, las audiencias de legalización de la captura y formulación de la imputación.

La Fiscalía [Minuto 31:20 audiencia de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de libertad] coadyuvada por el Agente del

Ministerio Público, en atención a que en la actuación se demostraba el arraigo del imputado en la comunidad, la ausencia de antecedentes y que ‘quizás por ingenuidad sobrepasó el límite de dosis personal’, solicitó la libertad provisional la cual fue concedida por el juez de control de garantías al advertir, además, que la conducta surgía intrascendente desde la perspectiva de la antijuridicidad material.

2. El 12 de septiembre de ese mismo año, ante el Juzgado 7° Penal del Circuito de conocimiento, la Fiscalía presentó escrito de acusación en contra del señor **Jiménez Arenas** por el delito de tráfico fabricación y porte de estupefacientes. Se adelantó la audiencia preparatoria y el trámite del juicio oral, el cual concluyó con la condena de 70 meses de prisión y multa de 8 salarios mínimos mensuales legales que se impuso al acusado.

3. La defensa interpuso recurso de apelación en contra de esta decisión y el Tribunal Superior de Bogotá la confirmó con la sentencia del 12 de octubre de 2007, objeto del recurso de casación que la Corte resuelve en esta oportunidad.

DEMANDA DE CASACIÓN

Cuatro cargos, todos al amparo de la causal primera de casación, por violación directa de la ley sustancial, presentó la demandante contra la sentencia impugnada.

Cargo primero: Indebida aplicación del artículo 376 del Código Penal y falta de aplicación del artículo 29-2 de la Constitución Política que establece el principio de legalidad basado en el derecho penal de acto.

La recurrente sostiene que la norma constitucional referida implica que no se puede caracterizar el delito como modo de ser de la persona. Al contrario, las normas penales se dirigen a la conducta social del hombre en función de la protección efectiva de bienes jurídicos y no en función de lo que se es, como sucede en el derecho penal de autor.

Desde esta perspectiva, señala, la sentencia del Tribunal viola “... el principio constitucional de acto, en cuanto que el acusado OSCAR YESID JIMÉNEZ ARENAS fue condenado por el hecho de llevar consigo sustancia estupefaciente tipo marihuana para su consumo personal, debido a su situación de dependencia o de adicción, como así se demostró en la audiencia de juicio oral...”.

Según sostiene, los juzgadores de instancia reconocieron la condición de adicto del procesado. Sin embargo, se apartaron de la caracterización del delito, dándole un alcance que no tiene, al señalar que su situación de adicto no lo exoneraba de la responsabilidad penal, debido a que la sustancia incautada excedió en 9 gramos los límites permitidos.

De esa manera, agrega, resulta equivocada la imputación del delito previsto en el artículo 376 del Código Penal y la declaración de responsabilidad del acusado que efectúa el Tribunal al señalar que la tenencia de la sustancia "... de por sí representa una amenaza concreta para la salud pública, no solo porque se excede el máximo permitido para el consumo personal y ello ya de por sí genera un daño a la salud, sino también porque puede utilizarse para comercializarse o distribuirse de cualquier manera, acto con el que se pone en riesgo a la comunidad."

Propende, entonces, por el respeto del derecho penal de acto, el cual supone la adopción del principio de culpabilidad y la existencia material de un resultado lesivo a otros (antijuridicidad material), perspectiva desde la cual resulta pertinente examinar si se ofrece necesario un juicio de reproche al consumidor de sustancias ilícitas, que adquiere para su consumo una dosis ligeramente superior a la permitida, cuando su conducta obedece a un asunto propio, de libre albedrío.

Si bien el delito previsto en el artículo 376 del Código Penal se considera de peligro, agrega, el artículo 11 de ese estatuto establece el principio de lesividad, según el cual para que una conducta sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro el bien jurídico tutelado por la ley. Al acusado no se le atribuyó la condición de traficante (expendedor, distribuidor, etc.), sino de consumidor, pues el alucinógeno lo adquirió para su uso personal.

En este orden de ideas, precisa, razonablemente no puede aceptarse que 9,9 gramos por encima de la dosis personal para marihuana (20 gr. art. 2-j L. 30/86), corresponda a un exceso intolerable que autorice la intervención del sistema penal, pues se trata de una cantidad sin incidencia para el bien jurídico protegido con el tipo de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes.

En síntesis, afirma que si el Tribunal hubiere aplicado los principios constitucionales enunciados, el resultado del proceso hubiere sido diferente, nunca de reproche jurídico ante la atipicidad subjetiva de la conducta, que llamaba a declarar su inocencia frente al tipo penal imputado. Por esta razón, solicita de la Corte casar la sentencia de manera que en el fallo de reemplazo correspondiente, absuelva al procesado y se alcance la efectividad del derecho material.

Cargo segundo: Por la misma vía (violación directa) la recurrente alega la exclusión o falta de aplicación del principio pro hómine o cláusula de favorabilidad, porque el Tribunal fundamentó el fallo en una jurisprudencia restrictiva a los derechos del acusado, omitiendo aquella que lo favorecía y que, por supuesto, estaba llamada a regular el caso.

En demostración del cargo afirma que el Tribunal, en las consideraciones del fallo tuvo en cuenta dos decisiones de la Corte, las sentencias de casación

del 26 de abril de 2006 (Rad. 24612) y del 8 de agosto de 2005 (Rad. 18609), en las cuales, afirma, se examinó la situación del adicto que es sorprendido llevando consigo una cantidad de estupefacientes superior a la legalmente autorizada. No obstante, agrega, la segunda providencia es más restrictiva a los derechos fundamentales de las personas.

Según sostiene, en el fallo del 26 de abril de 2006 se ponderó la categoría de tipo de peligro abstracto del artículo 376 del Código Penal, correspondiente al delito de fabricación, tráfico y porte de estupefacientes sin importar que el bien jurídico protegido resulte materialmente afectado. Por consiguiente, la adicción no es causal eximente de responsabilidad.

Contrario sensu, continúa, la providencia del 8 de agosto de 2005 destaca la trascendencia del concepto de lesividad en el derecho penal, en la medida que la sanción de la conducta obedece no solo al desvalor de acción sino también al desvalor de resultado, en donde se concreta la denominada antijuridicidad material prevista en el artículo 11 del Código Penal.

Según sostiene, el Tribunal aplicó la providencia inicialmente relacionada, con detrimento de la cláusula de favorabilidad aludida, por lo que procede casar el fallo atacado, de manera que se unifique la jurisprudencia entorno a la problemática de los adictos sorprendidos con cantidades superiores a la dosis personal, porque la diversidad de criterios apareja desconfianza, ausencia de credibilidad en las instituciones del Estado y da cabida a la arbitrariedad judicial.

Cargo Tercero: Falta de aplicación del artículo 32-10 del Código Penal, que establece la causal de ausencia de responsabilidad penal por error sobre el tipo.

Sostiene la demandante que el Tribunal erró al omitir la aplicación de la norma referida, pues 'sin contar con elementos probatorios, consideró que la conducta del acusado era dolosa porque, como adicto, con el simple tacto de la sustancia, debió saber que la cantidad de marihuana adquirida era superior a la dosis personal'.

Según afirma, en el proceso se demostró que el acusado fue sorprendido con 29,9 gramos de marihuana y, además, que **Jiménez Arenas** tiene la condición de consumidor de esa sustancia. Objetivamente, entonces, se verifica el delito de porte de estupefacientes, pero la Fiscalía no demostró que el acusado hubiere obrado con pleno conocimiento de la tipicidad de la conducta.

Con la finalidad de que se logre en este caso la efectividad del derecho material, la demandante solicita que se case la sentencia y se profiera la absolutoria de reemplazo.

Cargo Cuarto: Falta de aplicación de los artículos 3° y 4° del Código Penal, que conlleva a la indebida aplicación del tipo penal del artículo 376 Ib.

Según la demandante, las consideraciones del Tribunal relacionadas con el carácter punible de la conducta atribuida al procesado, confrontadas con los principios que orientan la imposición de las sanciones penales, conducen a concluir que se le impone por su condición de adicto y no porque hubiere obrado en forma contraria a derecho, de manera voluntaria y libre, o por haber lesionado o puesto efectivamente en peligro el bien jurídico de la salud pública.

Este modo de razonar, señala, desconocen los valores y principios del Estado social de derecho y, además, va en contravía de importantes avances de la dogmática penal como los principios de insignificancia, de limitación del *ius puniendi*, de necesidad de imposición de la pena y el principio de utilidad de la sanción.

En razón de lo anterior, concluye, la pena de prisión que se impuso al procesado, además de ilegal por ausencia de los elementos estructurantes del delito, desconoce los principios de necesidad, proporcionalidad y racionalidad de las sanciones penales; carece de utilidad práctica para el problema de adicción que padece y se exhibe como una retaliación frente a los consumidores de droga, lo cual no satisface a la conciencia social.

Como en los reproches anteriores, solicita que se case la sentencia y se profiera la absolutoria de reemplazo.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

La defensora del procesado llama la atención de la Sala en relación con el cargo segundo de la demanda, para insistir que el sentenciado no es un traficante de sustancias ilegales sino un simple consumidor que traspasó en 9 gramos la dosis personal de marihuana, circunstancia que desdibuja la antijuridicidad material de su conducta.

La Fiscal Cuarta Delegada ante la Corte, como sujeto procesal no recurrente, manifiesta que la demanda presenta cargos contradictorios y carentes de fundamentación, razón por la cual deben ser desestimados.

En términos generales, considera que la sentencia recurrida no desconoce el derecho penal de autor, ni el principio *pro hómine* y como los cargos de la demanda carecen de respaldo frente a la evaluación probatoria del Tribunal, la sentencia debe mantenerse, siendo esta la petición que eleva a la Corte.

Similar solicitud presenta el **Procurador Cuarto para la Casación Penal**, quien en relación con los cargos de la demanda manifiesta lo siguiente:

Frente al cargo primero, relacionado con el desconocimiento del principio de derecho penal de acto, advierte que el Tribunal estableció la materialidad

de la conducta y la responsabilidad del acusado, a través de los medios de convicción incorporados a la actuación. Esto significa que el juicio de responsabilidad no corresponde a los fundamentos del derecho penal de autor, ni propende por una forma de responsabilidad objetiva, de manera que el cargo no está llamado a prosperar.

En relación con el segundo reproche, alusivo al supuesto desconocimiento del principio pro hómine, considera que el cargo no corresponde a este postulado pues lo que denuncia la actora no revela un evento de tensión entre normas que regulan derechos fundamentales, sino el supuesto conflicto entre dos decisiones judiciales, tema relacionado con los criterios de interpretación jurisprudencial que no constituye causal de casación.

Frente al cargo tercero, con el que se denuncia la falta de aplicación del artículo 32-10 del Código Penal, manifiesta que el modelo de procedimiento penal previsto en la Ley 906 de 2004, está cimentado en principios y garantías fundamentales como los de no autoincriminación y el derecho a guardar silencio. Sin embargo, agrega, cuando se pretende el reconocimiento de causales subjetivas eximentes de responsabilidad, resulta indispensable que el procesado renuncie a las garantías aludidas, porque sin su versión resulta imposible demostrarlas.

El error de tipo que expone la demandante, agrega, no lo establece el Tribunal en el fallo censurado desde el punto de vista fáctico o jurídico, circunstancia que impide adelantar un análisis sobre el particular, menos cuando en la actuación no se cuenta con pruebas o elementos materiales probatorios relacionados con dicho tema. Se trata tan solo de una hipótesis expuesta por la recurrente, de manera que este cargo tampoco tiene vocación de prosperar.

Y, en relación con el cargo cuarto, considera que la demandante no concreta un reproche que pueda afectar la legalidad de la sentencia. Si bien menciona diferentes principios rectores del derecho penal (legalidad de los delitos y de las penas, antijuridicidad), el ataque no toma en cuenta la sanción finalmente impuesta al procesado y tampoco expone en qué medida el juzgador quebrantó los principios enunciados.

Frente a la imprecisiones de la demanda y porque no se advierte vulneración a los derechos fundamentales del procesado con la imposición y la dosificación de la pena, solicita desestimar también este cargo y que no se case la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala no se detendrá en los defectos de la demanda a los que aluden los representantes de la Fiscalía General de la Nación y del Ministerio Público, porque una vez admitida el censor adquiere el derecho a que se le responda

de fondo sobre los cuestionamientos que presenta en contra de la sentencia de segunda instancia.

Cuando la Corte declara ajustado el libelo no debe volver sobre un tema ya superado en el trámite de la casación, pues justamente para realizar ese examen el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal (213 L. 600/00) estableció la calificación de la demanda [Ver sentencias del 16 de febrero de 2005 Rad. 20666 y del 25 de mayo de 2006 Rad. 21213].

La citada norma de la Ley 906 de 2004, determina los eventos en los cuales no se selecciona a trámite una demanda de casación (si el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos, o cuando se advierta de su contexto que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso). Sin embargo, también impone a la Corte el deber de superar los defectos del libelo y decidir el fondo del asunto, teniendo en cuenta los fines de la casación, la fundamentación de los mismos, la posición del impugnante dentro del proceso o la índole de la controversia planteada.

De esa manera, como en oportunidad se dio aplicación a esta norma, los defectos de la demanda se entienden superados, razón por la cual la Corte procede a responder los reproches en ella contenidos.

Como las censuras se fundamentan en la violación directa de la ley sustancial y el recurrente no estableció prioridad alguna en las postulaciones, la Corte las examinará en el siguiente orden.

1. Cargo segundo. A través de la violación directa de la ley, la demandante alega la exclusión o falta de aplicación del principio *pro homine*, porque el Tribunal sustentó la decisión en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia que considera restrictiva de los derechos del acusado, con desconocimiento de otra de alcance favorable que, en su criterio, estaba llamada a regular el caso.

En respuesta a este cargo, bastará con precisar acogiendo la opinión del Agente del Ministerio Público, que la cláusula de favorabilidad a la que alude la recurrente, cobra aplicabilidad en el caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan los derechos humanos, evento en el cual el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos [Ver Corte Constitucional C-251-97 y T-1319-01].

El principio *pro homine* es un instrumento fundamental para la correcta interpretación de las disposiciones relacionadas con los derechos humanos. La referencia que se hace a esta cláusula, atiende a la existencia de normas que regulan derechos de esa naturaleza de manera que, en caso de conflicto entre diversas disposiciones, debe aplicarse la que se advierta más favorable a la persona.

En la censura, la recurrente no alude a normas del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal que hubieren resultado afectadas con la sentencia proferida por el Tribunal, sino al desconocimiento de la cláusula aludida en relación con decisiones judiciales, pues, sostiene, si uno de los postulados fundamentales de interpretación de los derechos humanos es el de la favorabilidad, entonces, 'el intérprete debe escoger no solo la norma más favorable a la vigencia de los derechos humanos, sino también la jurisprudencia que resulte más benéfica en los casos que involucren derechos humanos'.

De esa manera, asiste razón a los sujetos procesales no recurrentes cuando afirman que el cargo propuesto por la demandante no demuestra la causal sobre la cual se estructura, en la medida que omite preciar la norma de derecho sustancial prevista en el Bloque de Constitucionalidad, en la Constitución o en la ley, que hubiere sido omitida, interpretada en forma errada o aplicada indebidamente por el sentenciador en este asunto.

El artículo 181-1 del Código de Procedimiento Penal, como lo señaló con precisión el Agente del Ministerio Público, no contempla la posibilidad de denunciar en sede de casación vicisitudes de análisis jurisprudencial, su finalidad es permitir el examen de constitucionalidad y legalidad de las sentencias de segunda instancia, en virtud del yerro en que pudo incurrir el sentenciador al aplicar la normatividad llamada a regular el caso concreto, bien por falta de aplicación o exclusión evidente, aplicación indebida, o interpretación errónea de la ley sustancial.

De acuerdo con lo anterior, como la recurrente no demuestra que el Tribunal, a través de alguno de los yerrores indicados, hubiere violado en forma directa disposiciones de derecho sustancial, el cargo no está llamado a prosperar.

2. Cargo tercero de la demanda. Falta de aplicación del artículo 32-10 del Código Penal, relacionado con la ausencia de responsabilidad por error de tipo.

Según la demandante, en el proceso se demostró que el acusado fue sorprendido con 29,9 gramos de marihuana y que tiene la condición de consumidor de esa sustancia, pero no se demostró que hubiere obrado con conocimiento de la tipicidad de la conducta, pues no tenía forma de corroborar que la cantidad adquirida excedía los 20 gramos de la dosis personal.

Cuando se invoca la violación directa de la ley como causal de casación, la actividad del censor, a quien no le es dado cuestionar la valoración de las pruebas realizada por el sentenciador ni discutir la declaración de los hechos consignada en el fallo, debe orientarse exclusivamente a demostrar la equivocación en que incurrió el Tribunal al aplicar la normatividad al caso concreto.

Se trata, según tiene dicho la Corte, de un estudio estrictamente jurídico, pues cualquiera que sea la modalidad de violación directa de la ley, el error de los juzgadores recae indefectiblemente en forma inmediata sobre la normatividad, todo lo cual implica un cuestionamiento en un punto de derecho, sea porque se deja de lado el precepto regulador de la situación concreta demostrada, porque el hecho se adecua a un precepto estructurado con supuestos distintos a los establecidos, o porque se desborda la intelección propia de la disposición aplicable al caso concreto.

La demandante no desarrolla el reproche conforme a los presupuestos consignados, tan solo afirma que no se aplicó el artículo 32-10 del Código Penal. Sin embargo, en el desarrollo del cargo ni siquiera indica qué dice en concreto la norma, cómo regula la materia en debate, qué interpretación le dio el Tribunal, de qué manera se equivocó al fijar su alcance, cómo afecta el caso, y cuál sería la recta inteligencia que a ella corresponde. Es decir, la propuesta no va más allá del enunciado, pues en forma alguna se propende por su desarrollo y demostración, según era de esperarse.

Por el contrario, la postulación divaga en las apreciaciones personales de la recurrente, quien considera que el Tribunal debió reconocer una causal eximente de responsabilidad que, como con acierto señaló el Procurador, sólo en la demanda de casación tiene existencia, de manera que la postulación aparece del todo inconexa con los hechos demostrados en el juicio y con las valoración probatoria realizada en la sentencia.

Desde esta perspectiva, por sustracción de materia, resulta imposible predicar el error que la recurrente atribuye a la sentencia demandada y, en consecuencia, el cargo no prospera.

3. Cargo cuarto. Violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación de los artículos 3 y 4 del Código Penal.

Las normas supuestamente omitidas hacen alusión a los principios de las sanciones penales (necesidad, proporcionalidad, razonabilidad), y a las funciones de la pena (prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado).

De acuerdo con los términos del reproche, la condena que el Tribunal impuso al acusado en el fallo recurrido resultaba procedente. Sin embargo, la pena se fijó sin consideración a los principios y a las funciones que regulan la sanción penal, previstos en las normas supuestamente omitidas.

Es decir, la recurrente circunscribe el reproche a señalar que las consideraciones que permitieron al Tribunal declarar la responsabilidad del acusado, desconocen valores y principios de orden constitucional relacionados con la pena, la cual resulta ilegal en esta asunto porque se impuso a pesar de que no concurren los elementos estructurantes del

delito, de manera que el fallo desconoce los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de las sanciones penales.

Pero, conforme puntualizó el Procurador Delegado, estos argumentos no desarrollan el cargo propuesto, porque la demandante no demuestra que en la dosificación de la pena (tema en el que adquieren relevancia las disposiciones que supuestamente dejaron de aplicarse), el Tribunal hubiere omitido la aplicación de los principios y de las funciones que señala la ley para regular las sanciones penales.

Sin hacer referencia alguna a la pena impuesta, a los criterios o a las reglas que el sentenciador tuvo en cuenta para fijarla, alega que la sentencia viola en forma inmediata las normas referidas, desconociendo que sólo a partir de las consideraciones efectuadas en la sentencia sobre esos tópicos, resultaba posible acreditar el yerro que denuncia por falta de aplicación o exclusión evidente de los artículos 3 y 4 del Código Penal.

El texto de la sentencia informa que en el proceso de individualización de la pena, el juzgador tuvo en cuenta, además de los límites punitivos establecidos en la ley para la infracción, aspectos que en su criterio revelaban la gravedad de la conducta, el daño generado, las casuales que agravaban o atenuaban la punibilidad, la intensidad del dolo y la función que la pena debía cumplir en el caso concreto, lo cual pone en evidencia que el yerro denunciado no tiene existencia o por lo menos carece de demostración, en la medida que la recurrente dejó de examinar las consideraciones que tuvo en cuenta el Tribunal al momento de determinar e individualizar la pena, para acreditar a partir de ese análisis, por qué razón resultaron desconocidas las normas que proclama.

En estas condiciones, el cargo no está llamado a prosperar, sin perjuicio de las consideraciones y determinaciones que se adoptarán en relación con la siguiente censura.

4. Cargo primero. Indebida aplicación del artículo 376 del Código Penal y falta de aplicación del artículo 29-2 de la Constitución Política.

En términos generales la demandante sostiene que el error del Tribunal estriba en considerar punible la conducta del acusado, a pesar de que se estableció su condición de adicto a la marihuana y que excedió únicamente en 9 gramos la dosis personal. Es cierto, acota, que el delito que se le atribuye está catalogado como de peligro. No obstante, el artículo 11 del Código Penal establece el principio de lesividad, en virtud del cual son objeto de sanción únicamente los comportamientos que lesionan o ponen efectivamente en peligro el bien jurídico tutelado por la ley.

En torno a este tema se tiene establecido que la antijuridicidad, como elemento estructurante del delito, debe ser entendida en sentido material y

no solo desde su perspectiva formal, es decir, como la mera disconformidad de la conducta con el ordenamiento legal.

“Esto significa que el derecho penal no existe para sancionar exclusiva-mente con base en la confrontación que se haga de la acción humana con la norma, sino, más allá, para punir cuando de manera efectiva e injustificada se afecta o somete a peligro un bien jurídicamente tutelado.

Así lo ha expuesto la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo en la sentencia de casación del 21 de abril del 2004 (radicado 19.930), en la cual afirmó:

Como ha enseñado la Sala [Sentencia febrero 18 de 2003. Rad. 016262], para que un comportamiento típico pueda considerarse base o fundamento del delito es indispensable que de modo efectivo lesione o al menos ponga en peligro un bien jurídico tutelado por la ley; con tal sentido el principio de lesividad, acuñado por la doctrina jurídico penal, aparece recogido en la legislación penal como uno de los elementos esenciales del delito (artículo 11 del código penal)” [Auto del 23 de agosto de 2006 Rad. 25745].

De lo anterior, como también lo ha dicho la Sala,

“se destaca entonces la trascendencia que tiene la noción de lesividad en el derecho penal, por la cual, como sistema de control lo hace diferente de los de carácter puramente ético o moral, en el sentido de señalar que, además del desvalor de la conducta, que por ello se torna en típica, concurre el desvalor del resultado, entendiéndose por tal el impacto en el bien jurídico al exponerlo efectivamente en peligro de lesión o al efectivamente dañarlo, que en ello consiste la llamada antijuridicidad material contemplada en el artículo 11 del Código Penal.

Pero, además, se relaciona este principio con el de la llamada intervención mínima, conforme al cual el derecho penal sólo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del ordenamiento jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo, noción en la que se integran los postulados del carácter fragmentario del derecho penal, su consideración de última ratio y su naturaleza subsidiaria o accesorio, conforme a los cuales el derecho penal es respetuoso y garante de la libertad de los ciudadanos, por lo cual sólo ha de intervenir en casos de especial gravedad y relevancia, ante bienes jurídicos importantes y cuando, los demás medios de control resultan inútiles para prevenir o solucionar los conflictos, esto es, reclamando como necesaria la intervención del derecho penal” [Sentencia del 8 de agosto de 2005. Rad. 18609, citada en la del 26 de abril de 2006. Rad. 24612].

Sobre estos postulados, la Corte ha establecido que ante la insignificancia de la agresión, o la levedad suma del resultado, “es inútil o innecesaria la presencia de la actividad penal, como tal es el caso de los llamados delito de resultado de bagatela” [Sentencia citada del 8 de agosto de 2005].

En relación con el delito tráfico, fabricación y porte de estupefacientes (art. 376 C.P.), que si bien corresponde a los denominados de peligro abstracto en el sentido de que no exige la concreción de un daño al bien jurídico tutelado, sino que basta la eventualidad de que el interés resulte lesionado (pues el tráfico de sustancias estupefacientes pone en peligro la salubridad pública [Sentencia del 1° de febrero de 2007. Rad. 23609. La decisión aclara, sin embargo, que ese no es el único bien jurídico tutelado en el artículo 376, pues se trata de conductas pluriofensivas, en la medida que compromete también la economía nacional (orden económico-social), e indirectamente la administración y la seguridad pública, la autonomía y la integridad personal] en cuanto constituye la condición necesaria y específica para que los individuos y la comunidad las consuman); no puede perderse de vista que "... las cantidades que se acercan al límite de lo permitido para consumidores, se ubica en una sutil franja de lo importante a lo insignificante... {y} si bien el legislador no le ha otorgado discrecionalidad al juez para modificar las cantidades en orden a su punibilidad, debe tenerse en cuenta que lo dispuesto para la dosis personal marca una pauta importante para fijar la ponderación del bien jurídico en orden a su protección" [Sentencia del 8 de agosto de 2005. Rad. 18609].

Lo anterior si en cuenta se tiene que el bien jurídico constituye la única instancia legitimante del poder punitivo en el Estado social de derecho, en el cual, además, la jurisdicción penal tiene como función esencial la protección de tales intereses, de manera que el legislador no puede establecer como delitos conductas que no los afecten y, por su parte, los jueces tampoco están facultados para imponer sanciones si no se presentan como presupuestos legitimantes de la concreta actuación del poder punitivo estatal, el bien jurídico y la ofensa que en un evento determinado lo lesione o ponga en peligro [Al respecto, Frías Caballero, Jorge. Teoría del Delito. Páginas 18 y siguientes. Livrosca, Caracas 1996].

Por esa razón, el análisis de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, referidos a la posesión de pequeñas cantidades de estupefacientes (o cualquier otra droga restringida: sicotrópica, alucinógena, sintética, etc.), debe hacerse desde la perspectiva de la dosis personal, esto es, estableciendo si el agente tiene la sustancia para su propio consumo, o si la situación en que se encuentra involucra o insinúa el tráfico de drogas.

En este punto, precisamente, se afincó la diferencia que condujo a la Corte Constitucional a la despenalización de la dosis personal, porque debía distinguirse entre el porte, conservación o consumo de sustancias estupefacientes en la cantidad que correspondía a ese concepto, y el narcotráfico como ejercicio ilícito alentado por el afán de lucro, de manera que los efectos del fallo (C-221-94) no comprendía esta actividad.

La temática ya había sido abordada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a propósito de los decretos 1136 de 1970 y 1188 de 1974,

al destacar que esas normas ubicaban al adicto en situación privilegiada, y que reservaban "... todo el peso de su merecido rigor sancionatorio y el profundo y franco reproche social, para el que negocia con plantas, drogas o sustancias productoras de dependencia síquica o física, cualquiera sea su forma, v. gr., cultivo, porte, conservación, transporte, almacenamiento, suministro a terceros, elaboración, importación, exportación" [Así lo precisó en la Sentencia del 6 de mayo de 1980. Gaceta Judicial 2402].

Además, en esa misma decisión precisó que,

"La locución 'dosis personal' de por sí fija un significado. No se trata de cantidades considerables sino de porciones mínimas, destinadas al uso propio, desechándose como extraña a esta figura el suministro a terceros, aunque sea gratuito, y, con mayor razón, su tráfico, esto es, su utilización económica."

Desde esa época, ya la Corte advertía que el ordenamiento legal ve en esa persona a un enfermo, susceptible más bien de recibir un tratamiento médico que una pena, consideración que con mayor ahínco asume de cara a los principios y valores fundantes del Estado social de derecho establecido en la Constitución Política de 1991, en especial los relacionados con el respeto por la dignidad del ser humano, la igualdad, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad ["En el Estado constitucional de derecho se parte de la consideración del ser humano como ser digno, como un ser cuya instrumentalización, indistintamente de la naturaleza de los fines que se esgriman, esté vedada. Pero al reconocimiento de esa dignidad es consustancial una cláusula general de libertad: No es digno ni en la esclavitud, ni el autoritarismo, ni al abrigo de un mal entendido paternalismo. No obstante esa cláusula general de libertad no implica el reconocimiento de atribuciones ilimitadas. Ella tiene como barrera el límite impuesto por los derechos de los demás y el orden jurídico. De allí que el ejercicio responsable de la libertad implique no afectar derechos ajenos y, al tiempo, no desconocer la capacidad reguladora del derecho, como instrumento de vida civilizada, en todo aquello que trascienda el ámbito interno de la persona." Corte Constitucional C-420-02].

El concepto de dosis personal al que se ha hecho referencia, **deslindado por completo de conductas que evidencien tráfico, oneroso o gratuito de drogas**, emerge como parámetro de racionalización del poder punitivo del Estado cuando se trata de examinar la conducta de los adictos o de personas no dependientes, que se encuentren en posesión de cantidades mínimamente superiores a la legalmente permitida, porque a pesar de la percepción simplemente objetiva de haberla superado, es lo cierto que la actividad que desarrollan (el consumo de dosis personal) es lícita y corresponde al exclusivo ámbito de libertad de esa persona o, como lo precisa la jurisprudencia constitucional, porque

“... determinar (legalmente) una dosis para consumo personal, implica fijar los límites de una actividad lícita (que sólo toca con la libertad del consumidor), con otra ilícita: el narcotráfico que, en función del lucro, estimula tendencias que se estiman socialmente indeseables” [C-221-94].

Debe, entonces, en cada caso examinarse si la conducta del consumidor trasciende su fuero interno y llega a afectar derechos ajenos, individuales o colectivos, pues sólo así se entenderá superada la exigencia de la afectación, a nivel de lesión o puesta en peligro, del bien jurídico como presupuesto para considerar en estos asuntos, legítimo el ejercicio del poder punitivo del Estado, es decir, para considerar demostrada la antijuridicidad de una conducta susceptible de punibilidad.

En el asunto que se examina, como lo alega la recurrente, la sentencia impugnada, de conformidad con las evidencias del juicio, estableció que el procesado **Jiménez Arenas** tiene la condición de adicto a la marihuana y, además, que la cantidad de alucinógeno que se le encontró, superior a la dosis personal [20 gramos, art. 2-j de la Ley 30 de 1986] fue de 9,9 gramos.

Sobre el tema, el juzgado de primera instancia precisó:

“En relación con la valoración psicológica que también se trajo a juicio para indicar la condición de dependencia del acusado como la razón para el hallazgo del estupefaciente y que en efecto determina que se trata de un consumidor y que tiene una problemática de consumo de tiempo atrás, según se determinó por la Dra. MARISOL SANTANA, se tiene que la valoración y la condición de dependencia no desdibuja la concreción del tipo penal que nos concita, cuando quiera que en todo caso no puede perderse de vista que si se trata de un consumidor y de alguien que lleva sustancia para su propio consumo, nadie mas (sic) preparado y experto que el propio consumidor para conocer de la cantidad de droga de consumo y las posibilidades de poder llevar dosis personal y la sanción penal que comporta superar esa dosis personal por manera que independientemente de la condición de adicción o no, lo cierto es que en la conducta desarrollada por JIMÉNEZ ARENAS y el hallazgo de la sustancia se concreta ciertamente la concreción de su responsabilidad.” (Se subraya).

Y, el Tribunal, en segunda instancia acotó:

“En conclusión, no puede servir como argumento válido para la absolución de Yesid Jiménez Arenas, que la cantidad de estupefaciente incautado supera la dosis personal en 9 gramos solamente, y menos aún su condición de adicto al consumo de alucinógenos, pues aunque es cierto que se trata de una situación que requiere tratamiento especial por parte de profesionales en la salud, ello per se no lo exonera de la responsabilidad penal que ahora se le endilga, ya que como se dijo con antelación el legislador también sanciona penalmente el porte de estupefacientes excediendo los límites permitidos y es esta la conducta cometida por el acusado. Si el Tribunal le diera crédito a la tesis del recurrente, habría que

aceptar que en todos los casos en que se afirma que el sindicado es consumidor del estupefaciente que porta, fuera absuelto por antijuridicidad de la conducta (sic), situación con la que sin lugar a dudas se desconocerían los principios rectores de la ley penal colombiana”.

Por otra parte, las pruebas del proceso niegan la posibilidad de que el acusado destinara la sustancia incautada para su comercialización o tráfico ilícito, pues no se lo sorprendió en esa actitud ni se insinuó siquiera en la actuación que traficara con el alucinógeno o con otra clase de sustancias ilegales.

Por el contrario, los agentes de Policía que lo aprehendieron declararon que, al momento de la captura el acusado no estaba haciendo nada en particular, que no se alteró al ser requerido para la requisita y manifestó que la sustancia la requería para el propio consumo.

En consecuencia, los hechos y las pruebas según fueron declarados y valorados por los juzgadores, demuestran que, en efecto, el acusado es un adicto que al momento de la aprehensión, estaba en posesión de 29,9 gramos de marihuana.

La tipicidad de la conducta (desvalor de acción), no tiene discusión en este caso, pues de conformidad con el artículo 376 del Código Penal, incurre en el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, el que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia.

Pero, lo que no se demuestra en la actuación es que los bienes jurídicos tutelados con el tipo penal referido (salud pública, seguridad pública, orden económico y social), hayan sido afectados con la posesión de 9,9 gramos que por encima de la dosis personal tenía en su poder el acusado, de quien se sabe es un consumidor habitual, un adicto, que no ejecutaba actividades de distribución o venta del alucinógeno.

Se pregunta la Corte si la simple posesión de la cantidad aludida por encima de la dosis personal, puede en este caso justificar la intervención del derecho penal y legitimar la imposición de una sanción.

Desde ningún punto de vista, teniendo en cuenta que en el proceso no se demostró que la conducta del acusado trascendiera la órbita de sus propios intereses, lo cual significa que la posesión de alucinógeno que se le imputa, no tuvo incidencia sobre derechos ajenos, individuales o colectivos o, lo que es igual, carece de trascendencia penal, sin que resulte válido su ejercicio so pretexto de proteger, a través del castigo, la propia salud del procesado

adicto al consumo de marihuana, pues es un tema que sólo corresponde decidir a él en forma autónoma por ser el único rector de su propia vida.

En conclusión, si en ejercicio de sus personales e íntimos derechos, el acusado no afectó los ajenos, entonces no alteró efectivamente ningún bien jurídico, de manera que el comportamiento que se le atribuye carece de antijuridicidad material y, en consecuencia, no puede ser sancionado porque no alcanza la categoría de una conducta punible. El cargo analizado, en consecuencia, está llamado a prosperar.

Lo anterior no significa que en todos los casos en que a una persona se la encuentre en posesión de cantidades ligeramente superiores a la dosis personal o, inclusive, dentro de los límites de ésta, deba considerarse que no realiza conducta típica y antijurídica, eventualmente culpable y, por consiguiente, punible. Lo que quiere significar la Corte es que cada asunto debe examinarse en forma particular en orden a verificar la demostración de tales presupuestos, de manera que las decisiones de la justicia penal consulten verdaderamente los principios rectores que la orientan, como el de antijuridicidad que aquí se analiza.

Con ello ratifica que, cuando se trata de cantidades de drogas ilegales, comprendidas inclusive dentro del concepto de la dosis personal, destinadas no al propio consumo sino a la comercialización o, por qué no, a la distribución gratuita, la conducta será antijurídica pues afecta los bienes que el tipo penal protege; lo que no acontece cuando la sustancia (atendiendo obviamente cantidades insignificantes o no desproporcionadas), está destinada exclusivamente al consumo propio de la persona, adicta o sin problemas de dependencia, evento en el que no existe tal incidencia sobre las categorías jurídicas que el legislador pretende proteger.

Un diagnóstico oportuno de los aspectos que aquí quedaron expuestos, por parte de los funcionarios judiciales, contribuiría a un mejor desenvolvimiento de la actividad judicial estatal en la medida que sus recursos no se dispararían en asuntos insustanciales, sino que se enfocarían en los que, por su magnitud y trascendencia social, realmente requieran el ejercicio de la acción penal.

Situación que nos conduce a recordar los objetivos propuestos para una justicia mejor, a través de la implementación del sistema acusatorio, en el Acto Legislativo 02 de 2003, desarrollado por la Ley 906 de 2004.

Consultadas las actas correspondientes, se observa que el propósito del constituyente era dar a la Fiscalía la posibilidad de desbrozarse de la cantidad de asuntos menores que desgastaban su actividad, para que pudiera concentrarse en lo que verdaderamente ponía en peligro nuestra convivencia y por ello se concibió, entre otros mecanismos, el del principio de oportunidad.

“Este principio pretenderá resolver los conflictos menores que se presentan con gran frecuencia, que a pesar de que muchas veces no alcanzan a vulnerar materialmente los bienes jurídicos protegidos por el legislador, aumentan las cifras de congestión judicial e implican un desgaste innecesario del sistema.

La filosofía del principio de oportunidad radica pues, en la necesidad de simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la criminalidad de poca monta.”[Gaceta del Congreso No. 157, página 3. (10-05-02)].

Por eso, considera la Corte que se requiere desarrollar el derecho penal del Estado social y democrático de derecho, para lo cual esta herramienta que brinda el sistema penal acusatorio resulta de gran ayuda. Y es que afinado en la equidad como principio rector, la fórmula constitucional del Estado social, supone la superación de la igualdad formal característica del Estado liberal, que advertía que todos debían ser tratados por igual; cuando el escenario en que debe actuar el juez del nuevo esquema le impone justamente privilegiar a los desvalidos, a los discriminados y a los infelices que como en el caso que se analiza, cayeron en la desgracia de la adicción. Estas personas merecen respuestas constitucionales y legales diferentes a la pena, que lo único que garantizaría es la insensible agravación de su situación personal, familiar y social.

El mensaje de la superación del culto insensible e insensato de la legalidad y de la igualdad formal, dirigido al juez del Estado social y democrático de derecho, se encuentra inmerso en innumerables espacios de nuestra normatividad, como en los artículos 1º y 13 de la Constitución Política, 1º de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, 1º, 11 y 56, entre otros, del Código Penal y en el 27 de la Ley 906 de 2004; para solo citar los más inmediatos.

En consecuencia, en aras de la búsqueda de la realización del Estado social y por ende de los fines de una mejor justicia, debe seguir desarrollándose el alcance del juez del Estado social y democrático de derecho que modula el concepto de la igualdad formal y estricta, característica del Estado liberal de derecho, para entrar a discriminar a los necesitados de atención diferente a la de la pena, esto es, a personas que viven en la marginación y la exclusión, o en situaciones de desventaja o debilidad manifiesta, tal y como lo ordena el artículo 13 Superior.

En ese propósito surgen determinantes las herramientas ofrecidas por el Legislador para descongestionar a la administración de justicia de investigaciones y procesos adelantados por conductas que, como la que aquí se analiza, no ameritan toda la atención del aparato sancionatorio del

Estado, cuando resulta más justa su atención por la vía del ofrecimiento de la oportunidad, de la conciliación, de la mediación, o la senda misma de la ausencia de antijuridicidad material; que en todo caso conducen a situaciones diferentes de la pena de prisión, inútil e ilegítima en asuntos como el que se examina.

Frente a esa gama de posibilidades de justicia mejor, la Corte exhorta a los funcionarios judiciales, especialmente de la Fiscalía General de la Nación, a hacerlos operantes de manera que los grandes esfuerzos institucionales se concentren en los asuntos que realmente sean trascendentes, para evitar así el daño que en la sociedad genera el delito.

Decisión. Como se evidencia el desacierto de la sentencia con la que se condenó al procesado por un comportamiento que no constituye conducta punible, esta circunstancia impone como remedio para restablecer sus garantías fundamentales y hacer efectivo el derecho material en la presente actuación, casar el fallo objeto de impugnación y, en su lugar, absolverlo del cargo por el cual se lo acusó.

Por las razones consignadas, la **Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CASAR** la sentencia de segunda instancia del 12 de octubre de 2007, con la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la proferida el 24 de julio de ese mismo año por el Juzgado 7° Penal del Circuito, que condenó a **Oscar Yesid Jiménez Arenas** como autor responsable del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes.
2. **ABSOLVER** al señor **Jiménez Arenas** del cargo por el que se lo llamó a juicio en esta actuación.
3. Realizar la información de la sentencia absolutoria a que se refiere el inciso 2° del artículo 166 del Código de Procedimiento Penal.

Contra esta decisión no procede recurso alguno. Devuélvase el expediente al despacho de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase”.

B. COMENTARIO

1. Introducción.

Este escrito tiene la naturaleza de comentario, razón por lo cual algunos temas quedan en la mera condición de enunciado, sin llegar a profundizar en los referentes teóricos e investigativos que sirven de respaldo a las tesis que se suscriben. Ello se corresponde con su finalidad, la cual es motivar a la reflexión y al análisis respecto de dos asuntos de trascendencia y plena actualidad:

El primero, de la sentencia antes transcrita de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se hace una delimitación tajante entre los supuestos de consumo y porte para el consumo de drogas “ilegales”, de las actividades de tráfico, para asumir que los primeros no los comprende el derecho penal colombiano, por cuanto son expresión del ejercicio del derecho a la autonomía personal. En consecuencia, se intenta aquí definir la validez de los fundamentos del fallo, desde los principios y garantías que constitucionalmente están prescritos como límite al sistema penal colombiano, lo cual será tratado en la primera parte.

El segundo, del Proyecto de Acto Legislativo que se tramita en el Congreso, por iniciativa del Gobierno, con el cual se pretende reformar la Constitución para hacer posible la criminalización del consumo de drogas que producen dependencia. Pero antes de acometer el estudio de esta iniciativa, para una mayor claridad de los elementos involucrados en el debate, se hará un rastreo histórico tanto de la legislación como de algunas iniciativas legislativas en la materia. Este estudio aspira a lograr dos resultados: en primer lugar, describir los enfoques político criminales que se disputan el campo jurídico respecto de este específico conflicto, y el grado de respeto que ellos guardan en relación con los principios y garantías que son consustanciales al derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho; y, en segundo lugar, dilucidar las funciones latentes o encubiertas que hay detrás de los esfuerzos por regular el consumo de drogas dentro del derecho penal. Todo ello será objeto del análisis que integra la segunda parte.

2. Análisis de los fundamentos de la sentencia transcrita de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En el estudio de esta providencia se tratan los asuntos relacionados con el derecho penal sustantivo, no así los de naturaleza procesal

entre los cuales se incluye la técnica de casación, a cuyo efecto se debe comenzar por la validez constitucional de sus fundamentos.

2.1. La providencia, coherente con la tesis que prohija, sostiene que cada caso en particular exige valorar la finalidad o la motivación por la cual se tiene o se porta la sustancia, y cuando ésta es el propio consumo, la conducta no comporta lesión o peligro al bien jurídico tutelado, esto es, la salud pública; al contrario, si se acredita que su destino es el comercio, sea éste gratuito u oneroso, así la cantidad esté dentro de los límites legales de la “dosis personal”, se está en terrenos del ámbito del derecho penal, más concretamente, dentro de lo regulado por el tipo penal vertido en el artículo 376 del Código Penal.

Lo anterior contrasta con las sentencias de primera y segunda instancias, las cuales parten de dos presupuestos: de un lado, que en el artículo 376 del Código Penal se está en frente a un tipo penal de peligro abstracto; y, del otro, que del tenor literal del supuesto de hecho cabe inferir que en todos los eventos en los que la cantidad que se porte o posea supere la normativa legal de la “dosis personal”, el bien jurídico se ha puesto en peligro, porque ese exceso puede “utilizarse para comerciarse o distribuirse de cualquier manera”, lo que significa una presunción de derecho, sin admisión de prueba en contrario, que hace insulso o improcedente interrogarse sobre la finalidad o el motivo por el cual el imputado o procesado tiene en su poder la droga.

La tesis de que el “exceso” de sustancia, corre el peligro de terminar en el “mercado”, no resulta ser más que una conjetura. Desde luego, pretender resolver los problemas que se le presenten a la jurisdicción cuando aborda este tipo de conductas, sobre todo por las dificultades que el debate probatorio suscita, con el manido argumento de que la dosis personal pueda ser instrumentalizada por verdaderos “traficantes”, a través de presunciones de derecho, es una solución que no respeta los principios que disciplinan el derecho penal en el modelo del Estado constitucional de derecho. Enfoques hermenéuticos de esta estirpe, constituyen la reproducción de la tesis de que es preferible la condena de inocentes, cuando hay riesgos de que en las debilidades institucionales o en las dificultades probatorias de los casos que hacia el futuro se vislumbran, podrán ampararse culpables para lograr la impunidad. Semejante solución, obvio es decirlo, comporta una transgresión palmaria del principio constitucional y legal de la presunción de inocencia.

Por esta razón, se debe compartir en forma integral la tesis que suscribe la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al prescribir que cuando exista la posibilidad de que la tenencia de la sustancia sea para el propio consumo, incluso cuando la cantidad rebasa el límite normativo de la “dosis personal”, se debe realizar un esfuerzo investigativo para definir el grado de veracidad de esta circunstancia que, una vez acreditada, obliga a excluir la imputación del delito por falta de injusto, más concretamente, por ausencia de la “antijuridicidad material”.

Así mismo, si se presentan casos en los que la duda sobre la finalidad de la tenencia no se logra acreditar ellos se deben tratar de conformidad con el principio in dubio pro reo que también es de rango constitucional y legal. Desde luego, es probable que algunos pongan el grito en el cielo al escuchar este planteamiento y afirmen que se está ad portas de un colapso institucional, no obstante habrá que replicarles que cuando una organización social reclama el status de Estado Constitucional de derecho para presentarse ante el mundo revestido de tal etiqueta, debe ser consecuente con los postulados que se infieren de dicho paradigma. Este es un “costo” de la democracia y proclamar otra solución es hacerse conniventes con la mentira; en este sentido, con toda razón, afirma FERNÁNDEZ CARRASQUILLA que:

[...] la eficacia de la justicia penal no se mide por el número de detenciones o condenas, sino por el grado de contribución a la realización de los valores jurídicos dentro de su campo” - lo cual conlleva a condenar sólo al culpable, sólo en la medida de su culpabilidad o merecimiento de pena, y el in dubio pro reo -. “Otra cosa es un crimen de estado y no forma legítima de lucha contra la criminalidad en un Estado social y democrático de derecho [...]. El funcionamiento democrático del poder estatal debe pagar un costo de la preservación prioritaria de los derechos fundamentales de las personas y esto implica la renuncia a cierto tipo de acciones que podrían ser más “eficaces” sin estos límites².

2.2. Además, el fallo que se analiza permite tornar visible la relevancia que tiene el poder jurisdiccional en el ámbito del Estado constitucional de Derecho. El contexto en que se produjo es adverso, por las presiones derivadas del estigma social que rodea el consumo de las “drogas ilegales”, el prejuicio extendido de su correlación con la “inseguridad ciudadana”, reforzado por el populismo gubernamental que reclama la necesidad de la criminalización de la dosis personal.

² FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal Liberal de Hoy*, págs. 248- 249.

No obstante, la Sala de Casación Penal a partir de una interpretación desde la Constitución, excluye de punibilidad el porte de droga para el consumo, así la cantidad supere el tope de la “dosis personal”, por cuanto el no hacerlo terminaría validando la criminalización del consumo, conducta constitucionalmente legítima³. De esta forma, la salvaguarda de los derechos involucrados en el conflicto –el “libre desarrollo de la personalidad”, entre otros–, la contención del sistema punitivo a partir de los principios que constitucionalmente lo limitan⁴, se erigen en razón de ser del poder jurisdiccional, y, por ende, fuente esencial de su legitimación. Tal vez sea LUIGI FERRAJOLI quien con mayor profundidad ha sabido expresar el papel que le concierne al juez en el paradigma del Estado constitucional de derecho, razón por la cual merece ser citado en lo pertinente:

“En esta sujeción del juez a la constitución y, en consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento actual de la legitimidad de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes [...]. Precisamente porque los derechos fundamentales sobre los que se asienta la democracia sustancial están garantizados a todos y a cada uno de manera incondicionada, incluso contra la mayoría, sirven para fundar, mejor que el viejo dogma positivista de la sujeción a la ley, la independencia del poder judicial, que está específicamente concebido para garantía de los mismos [...] esta legitimación no tiene nada que ver con la de la democracia política ligada a la representación [...] su fundamento es únicamente la intangibilidad de los derechos fundamentales. Y, sin embargo, es una legitimación democrática de los jueces, derivada de su función de garantía de los derechos fundamentales, sobre la que se basa la que he llamado “democracia sustancial” [...].”⁵

³ Véase el análisis que se hace de la sentencia C-221 de 1994, de la Corte Constitucional, en II.2.

⁴ “La clave es, a nuestro juicio, la refundación del discurso liberal, sobre la base de un agnosticismo completo acerca del poder punitivo, reconocido sólo como inevitable presencia política necesitada de contención, y la cuidadosa legitimación del ejercicio del poder jurídico-penal como contención del poder punitivo, sobre la base de la necesidad ineludible de preservar el Estado de derecho y los espacios de libertad ciudadana como condición indispensable de la dinámica social y política democrática”. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. “El Derecho Penal Liberal y sus enemigos” (Lectio Doctoralis en ocasión del Doctorado Honoris Causa, Universidad Castilla – La Mancha 2004), en ZAFFARONI, *En torno de la cuestión penal*, pág. 174.

⁵ FERRAJOLI, *Derechos y garantías*, págs. 27-28. En otro lugar, el mismo autor puntualiza que: “[...] la crítica del derecho, conforme a sus propias fuentes de legitimación y de deslegitimación jurídica, es la principal tarea cívica de la jurisprudencia y la ciencia jurídica. Y es de ella donde proviene la permanente posibilidad de auto-reforma [...] y en la que reside la superioridad política del estado de derecho frente a cualquier otro régimen jurídico” (cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pág. 878. Véase, también, del mismo: “El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”, en *Corrupción y Estado de derecho*, págs. 25-28.

2.3. Sin duda, subyace aquí el conflicto recurrente entre la seguridad institucional, los principios y los derechos humanos; entre el eficientismo –que demanda eficacia, incluso a costa de los principios, los derechos y las garantías prescritas para su tutela– y la seguridad de los derechos fundamentales⁶. En este punto el fallo analizado, asume la opción de la seguridad de los derechos, por lo cual no se muestra proclive a demonizar al consumidor a quien le reconoce el pleno derecho a decidir, con plena autonomía, si vincula o no la droga a su cotidianidad. Tampoco, se deja colonizar por el discurso de la enemistad, invocado de manera recurrente, presto siempre a identificar al consumo de drogas como mal absoluto cuando no como factor desencadenante de la correlativa “hecatombe” que sobrevendrá si los operadores jurídicos ejercen la contención a los abusos que se institucionalizan con el Derecho Penal, todo ello con el pretexto de salvaguardar la democracia, la Patria o la “seguridad democrática”. Es perentorio, entonces, reconocerle a la jurisdicción el valor y la entereza demostrados, porque en el contexto actual de la crisis institucional, resulta difícil defenderse de los discursos, que, al reclamar universalismos morales e instrumentalizar los prejuicios, convocan a la jauría de las “mayorías” a participar en la cruzada contra los “traidores”, etiqueta reservada para los disidentes de la voluntad del “Gran Hermano” Orweliano. Para dar por concluido este punto del análisis tal vez sea conveniente, de la mano de ZAFFARONI, reparar en la proclividad de los autoritarismos a comprender en su definición de “enemigos”, a quienes defienden los derechos y las libertades:

La característica común del autoritarismo de todos los tiempos es la invocación de la necesidad en una emergencia: la herejía, el Maligno, el comunismo internacional, la droga, la sífilis, el alcoholismo, el terrorismo, etc. Se absolutiza un mal justificando una necesidad apremiante, inmediata e impostergable de neutralizarlo, pues se halla en curso o es inminente y se lo presenta como amenaza para la subsistencia de la especie humana o, al menos, de una cultura o civilización.[...]. Se trata de una guerra contra el mal de dimensión colosal y, por ende, los agentes de éste son enemigos de la sociedad. Asume esta lucha características

⁶ Como ha dicho BARATTA: “Con la pretensión de aumentar la eficacia del sistema penal, el eficientismo está siempre dispuesto a hacer concesiones respecto de las garantías individuales y de los principios de limitación del poder punitivo, que constituyen el principal índice de la normalidad del derecho penal. El eficientismo se encuentra entonces en contradicción directa con los elementos constitutivos del pacto social y del sistema de los derechos fundamentales”. Cfr. “Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social”, en *Criminología y sistema penal (Compilación in memoriam)*, pág. 183.

bélicas y el discurso que le sirve de base legitimante adopta la forma del llamado derecho penal de enemigos [...]. Así como quien obstaculizase al ejército que en la guerra actúa en defensa de la Nación se convertiría en un traidor a la Nación, del mismo modo nadie puede dificultar o poner trabas a la acción salvadora de las huestes que defienden a la sociedad, sin convertirse en un traidor o directamente en un enemigo de ésta⁷.

2.4. Llama poderosamente la atención que no obstante el reconocimiento de circunstancias excepcionales en la conducta del procesado –por ejemplo: con arraigo en la comunidad, la ausencia de antecedentes, “quizás por ingenuidad sobrepasó el límite de dosis personal”, la problemática de la dependencia a la droga de tiempo atrás, todo ello haya sido valorado como irrelevante a efectos de definir el grado de responsabilidad, y el juez y el Tribunal terminen imponiendo una pena de 70 meses de prisión y multa de 8 salarios mínimos legales mensuales.

Incluso resulta desproporcionada la pena prescrita por la ley, para supuestos en los que la misma droga y cantidad no están destinadas para el propio consumo. Tratando de encontrar una explicación de esta severidad punitiva, debe decirse que una de las variables más importantes es la precariedad de la soberanía colombiana, pues el país al ser puesto en el contexto internacional, no sin razón, como productor de drogas –amén de la connivencia de actores con poder económico y político con dicha actividad– acude al sistema penal represivo, incrementando la punibilidad para diversos supuestos a extremos realmente inauditos⁸, con lo que se busca contrarrestar las sospechas para afirmar ante el mundo la inocencia y el compromiso con una causa universal.

2.5. Desde luego, es pertinente el llamado de atención que en la sentencia se le hace a la Fiscalía, para que institucionalice como práctica la actividad investigativa necesaria para definir si, en cada caso en concreto, se está o no en presencia de los supuestos comprendidos en la decisión de la Corte, esto es, si el porte de la droga es para el propio consumo del imputado, evento en el cual debe proceder a solicitar la respectiva preclusión de la investigación al juez de garantías.

⁷ ZAFFARONI “El Derecho Penal Liberal y sus enemigos”, Op. cit., p. 158. Véase del mismo, “Los desafíos del poder judicial”, en *Pensamiento Penal del Sur*. N° 2, pág. 18.

⁸ Para una mayor profundización sobre este tema, en la legislación penal de Colombia, véase: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Las drogas*, págs. 34 y ss.; del mismo, “La legislación colombiana en materia de estupefacientes”, en FERNANDO VELÁSQUEZ V. (Editor), *Drogas. Problemática actual en España y América*, págs. 31-33.

En el caso analizado, la absolución se fundó en que la conducta del procesado no era punible, por sólo alcanzar a constituir una antijuridicidad formal no así la material, dado que ni se lesionó ni se puso en peligro el bien jurídico tutelado por el tipo penal descrito en el artículo 376 del Código Penal: “Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes”. Si este es el fundamento, es pertinente afirmar que hay exclusión plena del injusto, y, en consecuencia, se está en presencia de una causal de exclusión de la responsabilidad. Pero también hay que considerar la tesis de la falta de dolo, y, por ende, de que se trata de una conducta atípica. En cualquiera de estas dos soluciones, las cuales gozan de buenos argumentos de cara al sistema normativo, no se estaría en presencia de “causales sustanciales” que dan aval a la aplicación del principio de oportunidad (Art. 347 del Código de Procedimiento Penal), sino en frente a situaciones de “atipicidad del hecho investigado” o de exclusión de la responsabilidad, que obligan al fiscal solicitarle al juez de garantías una preclusión de la investigación (Art. 370 del C.P.P.).

En conclusión, no se está en presencia de “criminalidad de poca monta”, de bagatelas, de lesiones “insignificantes” al bien jurídico, sino ante una clara situación de atipicidad o en frente a eventos que excluyen la responsabilidad. Por este motivo, los procesos con los mismos supuestos del caso aquí analizado, no deben resolverse a través de las causales sustanciales del principio de oportunidad, lo que no obsta a que en otros eventos, con supuestos divergentes, sea pertinente y válido dar aplicación al mismo con fundamento en las “causales sustanciales” previstas en la normatividad procesal penal.

Pero el llamamiento que hace la Corte a los fiscales, para que procedan a comportarse como garantes de los derechos humanos, en su condición de integrantes del poder jurisdiccional, debe ampliarse para reclamarles que estatuyan un control de las prácticas policiales recurrentes, que, con el pretexto de la eficiencia y en procura de los consiguientes reconocimientos institucionales, ejerzan un control reactivo, punitivo, contra grupos sociales especialmente vulnerables, que tienen en la droga un mecanismo para evadir la realidad o encuentran en ella una dimensión lúdica de su precaria existencia, no descartándose que también sean las víctimas de “falsos positivos” en materia de tráfico de drogas.

2.6. La Corte se adscribe, sin duda, al enfoque hermenéutico que impone la interpretación de las normas penales desde la

Constitución, cuando asevera que el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho obliga al juez a tratar a quienes viven el drama de la drogadicción, como sujetos en condiciones de especial vulnerabilidad, marginación y exclusión, que los sitúa en desventaja o debilidad manifiesta, correlativo con lo cual y de conformidad con el principio de igualdad –igualdad material–, son acreedores a un trato especial del Estado, esto es, de respuestas constitucionales y legales, que nunca puede ser la pena, inútil e ilegítima, porque “lo único que garantizaría es la insensible agravación de su situación personal, familiar y social”.

Así las cosas, no se puede menos que avalar esta postura jurisprudencial porque contrasta de manera radical con la interpretación que del conflicto hace el actual Gobierno en cabeza del Señor Presidente al pretender criminalizar la conducta. Así mismo, porque constituye un cuestionamiento de peso a lo que viene aconteciendo con la puesta en vigencia e implementación del “sistema acusatorio” en todo el país, cuya característica más sobresaliente, en materia de “drogas”, es haberse circunscrito en gran parte a la persecución y judicialización de los casos de real o supuesta flagrancia, en los que las personas afectadas tienen manifiesta vulnerabilidad socio-económica –por ejemplo, vendedores ambulantes, mendigos, habitantes de la calle, trabajadores sexuales, jóvenes desempleados–, muchos de ellos, realmente dependientes de las drogas o con consumo habitual de las mismas⁹. De esta forma, el sistema penal puede ostentar logros con resultados cuantitativos que engrosan sus estadísticas, mientras la impunidad se enseorea respecto a la criminalidad más grave relacionada con el narcotráfico¹⁰.

⁹ Otros grupos sociales, por el contrario, disponen de espacios privados para el ejercicio del consumo, a los que no accede la fuerza pública (clubes, discotecas, fiestas privadas, fincas, etc.), o mecanismos institucionalizados les garantizan inmunidad.

¹⁰ Véase, *El Tiempo*, “De 7% es la posibilidad de que un homicida sea castigado por la justicia en Colombia, dice la UE”, Bogotá, D.C., 5 abril de 2009. En este registro periodístico se referencia una investigación cuyo objeto fue determinar la eficiencia del “sistema acusatorio” en Colombia –entró en vigor en enero de 2005–, y en la cual se concluyó que, “Los cambios de naturaleza procesal poco inciden en la reducción de la criminalidad y de la impunidad. La impunidad antes del sistema procesal actual giraba en torno al 95 por ciento; ahora lo hace alrededor del 97 por ciento”. En los primeros tres años del sistema oral hubo 1,4 millones de “noticias criminales”, pero no hubo avances en 612 mil casos, 252 mil están apenas en etapa previa. Con respecto al homicidio se concluyó que sólo en el 7% de los casos existe posibilidad de que el homicida sea castigado por la justicia en Colombia, por cuanto de los 62.737 homicidios que hubo en el país –del 1° de enero del 2005 a mayo del 2008–, sólo 1.699 casos terminaron con condenas en el mismo lapso. Por lavado de activos, en tres años hubo 20 condenas, de 553 casos investigados; y sólo una condena por

3. Proyecto de Acto legislativo para convalidar la criminalización del consumo de droga.

Cuando prohíban la dosis personal, por la pica, me voy a parar a fumar marihuana en la puerta de la Catedral. Para que me lleven, obligado, donde un policía y donde un psiquiatra. Le mostraré al psiquiatra todos los libros que he leído, todos los libros que he escrito, toda la música que he oído y todos los cuadros que he visto con la percepción exacerbada por la droga. Y si quieren, que me encanen. Si me encanan, llevaré una cuerda. Si me quitan la cuerda, llevaré los cordones de los zapatos. Si me quitan los zapatos, dejaré de respirar. Para qué respirar donde no hay libertad.

HÉCTOR ABAD FACIOLINCE¹¹

De aprobarse –el acto legislativo que criminaliza el consumo– Colombia no será un país libre de drogas, solamente será un país menos libre”.

ALFREDO RANGEL¹²

Como se advirtió en la introducción, en este apartado se hace una breve descripción de la legislación colombiana en materia de consumo de drogas para culminar con el Estudio del Proyecto de Acto Legislativo que actualmente se debate en Congreso, con el cual se pretende reformar la Constitución a efectos de criminalizar el consumo de drogas. El análisis de cada una de estas disposiciones tiene como objetivo dos asuntos: el primero, definir el grado de correspondencia que guardan en relación con los principios y garantías que el Estado Democrático tiene como límites del derecho penal; el segundo, esclarecer las funciones latentes que subyacen a los esfuerzos por regular el consumo de drogas dentro del derecho penal¹³. Esto último, por cuanto el criterio instrumental ha sido el tradicional para abordar lo relativo a la deslegitimación del derecho

enriquecimiento ilícito, de 275 procesos comenzados. Y como siempre, interrogado el gobierno sobre esta “hecatombe” del sistema, sólo atinó a decir, como siempre, que la causa de esta ineficiencia es el “demasiado garantismo”, o en otras palabras, que los derechos humanos han colonizado la práctica de nuestros funcionarios judiciales. En este sentido el viceministro de Justicia, Miguel Ceballos, cuando pontifica que, “Es claro que el sistema debe respetar las garantías, pero no se puede caer en que el exceso de garantismo termine rayando en la impunidad”. (Ibid.)

¹¹ HÉCTOR ABAD FACIOLINCE, “Columna enmarihuana”, en *El Espectador*, 14 Mar 2009.

¹² ALFREDO RANGEL, “La terapéutica verdad”, en *Revista Semana*, N° 1404, 28 de marzo de 2009.

¹³ Sobre las funciones latentes, no declaradas, véase el estudio pionero en Colombia de SANDOVAL HUERTAS, *Penología. Parte Especial*, págs. 247-301.

penal –por ejemplo, no es eficaz para tutelar los bienes jurídicos que dice proteger o para brindar indemnidad a los ciudadanos frente a los abusos del poder punitivo– no es suficiente para una comprensión integral del mismo, y por ese motivo es importante sumar al análisis, lo relativo a las motivaciones políticas y económicas reales que acompañan la creación del derecho penal estatal.

Se procede, entonces, a reconstruir de manera breve los acontecimientos más relevantes que en la última época han tenido como eje al sistema penal colombiano, respecto del conflicto aquí tratado.

3.1. La Ley 30 de 1986: Paradigma del enfoque punitivo para el consumo de “drogas”.

Esta ley es el antecedente normativo más relevante de la hegemonía del enfoque punitivo en la regulación del consumo de drogas y de su tenencia con el mismo fin. Sus notas más sobresalientes se pueden sintetizar así: calificaba como contravención penal las conductas de llevar consigo o conservar para el propio uso o consumo, drogas que produjeran dependencia; prescribía para estas conductas las penas de arresto y multa, que se incrementaban en los supuestos de reincidencia (art. 51, a y b); para la multa impaga, operaba la conversión en arresto, sin exceder en cinco años (art. 75); a quien los médicos legistas calificaran en “estado de drogadicción”, se le imponía internamiento forzoso “en establecimiento psiquiátrico o similar de carácter oficial o privado”, por tiempo indefinido, esto es, hasta que lograra su “recuperación” (art. 51, c). El “drogadicto” podía ser confiado a la familia para que cubriera los costos del internamiento en clínica o centro de salud, compromiso que en caso de no cumplirse conllevaba el internamiento obligado del “adicto” en centros oficiales destinados para tal efecto. La competencia para la investigación y el juzgamiento de estas contravenciones estaba en cabeza de autoridades del ejecutivo (Gobernador, Intendente, Comisario, Alcalde Mayor de Bogotá, en primera instancia; y el Ministerio del Interior, para la segunda instancia) (art. 68), a través de un procedimiento breve y sumario (art. 68)¹⁴.

En resumen, la ley criminalizaba los supuestos de consumo y adicción, imponía como pena la privación de la libertad, y con

¹⁴ Para un análisis más amplio de la política criminal desarrollada por esta ley, véase, LONDOÑO BERRIO, “Apuntes criminológicos sobre la ley 30 de 1986”, en *Comentarios al Estatuto Nacional de Estupefacientes*, págs. 151 y ss.

el pretexto del “tratamiento” para los adictos, prescribía una intervención coactiva sobre la libertad, por tiempo indeterminado. Además, institucionalizaba una administrativización del sistema penal, al asignarle la competencia para la investigación y el juzgamiento a autoridades del ejecutivo, que para ese entonces eran de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República, a través de un procedimiento lesivo de manera manifiesta del debido proceso¹⁵.

Pero, para una comprensión cabal de las funciones del sistema penal instaurado por esta ley, es pertinente también tratar de acercarse a la criminalización secundaria, esto es, cómo operaba en el proceso de aplicación, con lo cual se puede dilucidar quiénes eran sus verdaderos destinatarios. Para ello, se puede remitir a una investigación que dirigió el autor de este trabajo¹⁶, la cual tuvo como objetivo –entre otros, investigar la caracterización socio-económica de las personas judicializadas y condenadas por el porte y consumo de drogas al amparo de esta ley, en todo el Departamento de Antioquia, durante un año (junio de 1989 a mayo de 1990). Algunos de los resultados, fueron los siguientes:

Las características de los condenados que tenían su residencia en la ciudad de Medellín, fue la siguiente: el 70%, eran analfabetas y con primaria incompleta; el 70%, eran desempleados, subempleados, vendedores ambulantes, trabajadoras sexuales, mendigos y habitantes de la calle. En los barrios de clase alta no hubo ningún capturado y sólo cuatro profesionales fueron judicializados, todos los cuales resultaron absueltos. En cuanto a los “adictos”, condición excepcionalmente acreditada dentro del proceso, la constante era ordenar su entrega a la familia, para que esta cubriese el valor del tratamiento; con respecto a ellos también se acreditó que la única institución oficial disponible para el tratamiento, el Hospital Mental, se negó a recibirlos, por cuanto sus directivas asumieron que su eficacia tenía como condición ineludible la asunción voluntaria por parte del “paciente”.

¹⁵ Un estudio completo de los aspectos sustantivos y procesales de esta ley, en lo que se refiere a las contravenciones allí reguladas, véase: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “Las contravenciones en el Estatuto Nacional de Estupefacientes”, en *Comentarios al Estatuto Nacional de Estupefacientes*; del mismo, *Las Drogas*, Op.cit., págs. 218-230.

¹⁶ AA. VV.: *Las Drogas: perspectiva socio-política*, Medellín, Facultad de Derecho-Universidad de Medellín, 1991.

Las características de los condenados en los restantes municipios del Departamento, fueron las siguientes: más del 80% eran desempleados y subempleados; y el 97.6% tenían “antecedentes”, concepto que para el momento se equiparaba al haber sido sindicado de delito o contravención penal, no siendo necesaria la existencia de una condena. Fue una constante que los procesados adujeran que habían sido “cargados” por la fuerza pública que participó en el procedimiento de su captura. Lo anterior permitió concluir que en coyunturas de “inseguridad ciudadana”, las personas con “antecedentes” eran los enemigos útiles, los chivos expiatorios más propicios para hacer recaer sobre ellos la causa de la “inseguridad”, lo cual correlativamente conducía a su favorecer su aprehensión, que se facilitaba por hallárseles en posesión de droga, cuando no era posible construirles otra imputación penal. En cuanto al procedimiento, se constató lo siguiente: muchos procesados nunca contaron con defensor; casi siempre hubo ausencia de contradictorio, por cuanto se le daba plena credibilidad al testimonio del agente de la fuerza pública que informaba del procedimiento; la sentencia condenatoria muy frecuentemente no se le notificaba al procesado, lo cual facilitaba la conversión de la multa en arresto.

En conclusión, aunque para este momento las investigaciones arrojaban como dato que en todos los grupos sociales y en todas las edades estaba presente el consumo de sustancias “ilegales”, los resultados ratificaron el carácter estructuralmente selectivo del sistema penal, porque sus filtros, en especial el de la fuerza pública, contribuían a ello y además, la administración pública del orden local y departamental encontraban funcional la criminalización, a efectos de afirmar estar contribuyendo a la “seguridad ciudadana”.

3.2. La sentencia C-221 del 1994: Un enfoque libertario para el conflicto

La política criminal que inspiraba la Ley 30 de 1986 llevó a que ella fuera declarada inexecutable parcialmente por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-221 del cinco de Mayo 1994, en la materia que se trata¹⁷. Es importante referirse, así sea de manera breve, a los

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-221 de 1994, magistrado ponente, Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ. Salvamentos de voto de los magistrados JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, HERNANDO HERRERA VERGARA, FABIO MORÓN DÍAZ y VLADIMIRO NARANJO MESA. Para un análisis amplio de esta sentencia, véase: MARTÍNEZ, *Estado de Derecho y Política Criminal*, capítulo III, “La despenalización de las drogas: el sometimiento a la constitución política”, págs. 114-151.

fundamentos centrales de esta decisión, para ilustrar la controversia que luego se suscitará: i) en Colombia rige una Constitución libertaria y democrática, consecuente con lo cual debe garantizarse el mayor espacio para la libertad, condicionando las intervenciones punitivas del Estado, a las conductas que afecten los derechos fundamentales de otros; ii) correlativo a ello, el derecho penal no puede inmiscuirse en asuntos de la moral, como sería el caso de la “dosis personal”; iii) la protección de la salud individual no es deber jurídico para el titular del derecho; iv) El castigo del drogadicto es contraproducente, porque la intervención sobre el consumidor o del adicto a través de la pena, agudiza su situación de vulnerabilidad, y no ataca las causas de la conducta; v) la criminalización del consumo y de la dependencia a las drogas ilegales, entroniza una discriminación a favor de sustancias con efectos similares, circunstancia que no tiene justificación; vi) respecto a la conducta criminalizada, se pregona el libre desarrollo de la personalidad, esto es, que “[...] los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen [...]. Reconocer y garantizar el libre desarrollo de la personalidad, pero fijándole como límites el capricho del legislador, es un truco ilusorio para negar lo que se afirma. Equivale a esto: ““Usted es libre para elegir, pero sólo para elegir lo bueno y qué es lo bueno, se lo dice el Estado” [...]”; vii) ante la ineficacia, inconveniencia e ilegitimidad del castigo, es mejor la educación y la prevención. También, realza la educación como instrumento preventivo privilegiado y claramente consecuente con la dignidad humana: “La educación tiene por destinatario, idéntico sujeto que el derecho: el hombre libre. Los shocks eléctricos, los cortes quirúrgicos y los tratamientos químicos no educan, inducen conductas irresistibles y, en esa medida, niegan brutalmente la condición moral del hombre, que es lo único que nos distingue de los animales. No puede, pues, un Estado respetuoso de la dignidad humana, de la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad, escamotear su obligación irrenunciable de educar, y sustituir a ella la represión como forma de controlar el consumo de sustancias [...]”.

Desde el mismo momento en que se publicó la sentencia, esta fue objeto de algunos cuestionamientos en el ámbito internacional¹⁸, y,

¹⁸ En EE.UU., LEE BROWN, “Zar de las Drogas”, manifestó un “Extremo desánimo”. El periódico *The New York Times*, comentó que tal decisión “exacerba las tensiones entre Estados Unidos y Colombia. Simbólicamente es muy importante y constituye un

en el orden interno el tema fue objeto de apropiación por los agentes políticos¹⁹ y medios de comunicación que reclamaron la necesidad de reformas constitucionales para regresar al statu quo añorado. Pero fue por la vía de la ley que se llegó a criminalizar algunos supuestos reputados de especial gravedad, como se muestra en el acápite subsiguiente.

Por ahora, cabe concluir, con esa decisión la Corte Constitucional se adscribe a un enfoque libertario respecto del consumo, conforme al cual la persona tiene derecho a decidir si entre sus opciones de vida articula o no “la droga”, y en caso de hacerlo, escoger la que mejor le parezca. El poder político está obligado a informar sobre los riesgos para la salud que científicamente se han acreditado sobre cada una de las “drogas”, sin discriminar entre legales e ilegales, e incluso, a hacer campañas educativas y de prevención para evitar que los grupos más vulnerables sean colonizados por el mercado, y para un manejo responsable de su uso. Este enfoque también se interroga sobre qué hay en la cultura hegemónica, en las relaciones sociales dominantes, que motivan el uso y/o proclividad al abuso. En los casos de abuso, que pueden comportar riesgo para la salud personal, reclama como necesarias políticas públicas de contenido preventivo, que cruzan principalmente por la educación, y medidas de rehabilitación, de acceso universal, para quienes en forma voluntaria decidan acogerse a ellas.

El enfoque libertario también respeta la pluralidad cultural, al asumir que cada cultura le asigna a algunas sustancias valor terapéutico, religioso, recreativo, lúdico, simbólico, y construye sus propios mecanismos informales para evitar el abuso. Algunas drogas “ilegales” por ejemplo, hacen parte de las culturas de algunos pueblos indígenas, pero no representan problema social alguno

devastador golpe para los gobiernos de E.U y Colombia”. Cfr. *El Espectador*, mayo 7 de 1994, pág. 7-A.

¹⁹ ERNESTO SAMPER PIZANO, en plena campaña política para la Presidencia de la República, con ocasión de la decisión aludida, expresó: “La aceptación de una dosis personal en un país como Colombia donde se presume que existe una gran cantidad de drogas fácilmente disponible, constituye un peligroso paso para abrir las puertas a la drogadicción generalizada [...] esto sería como si se permitiera en una fábrica de licores el libre consumo de alcohol [...]. Es indispensable realizar a la mayor brevedad posible una consulta popular nacional [...]. Es un asunto de tanta importancia para el bienestar de las familias colombianas y su juventud que he creído conveniente comprometerme más allá de cualquier ambición electoral que, me parece, no debe jugar en este caso. No es hora de votos sino la hora de ayudar a la gente, en especial a los jóvenes de Colombia”. Cfr. *El Espectador*, 8 de mayo de 1994, pág. 5-A.

para ellos, porque los controles sociales existentes (por ejemplo: uso exclusivo para determinados integrantes del grupo; uso circunscrito a la celebración de determinados acontecimientos, o a prácticas rituales; fijación de límites de edad y sexo para el consumo), son suficientes para evitar el abuso.

3.3. La restauración parcial del enfoque punitivo.

La vigente Ley 745 de 2002 “por la cual se tipifica como contravención el consumo y porte de dosis personal de estupefacientes o sustancias que produzcan dependencia, con peligro para los menores de edad y la familia”, se caracteriza así: a) criminaliza, a título de “contravención penal”, las conductas de consumo de “estupefacientes o sustancias que produzcan dependencia” en presencia de menores de edad, o cuando el consumo se realice en el propio domicilio, “con riesgo grave para la unidad y el sosiego de la familia”; y el consumo, porte o tenencia de las mismas sustancias en “establecimientos educativos o en lugares aledaños a los mismos o en el domicilio de menores”; b) otorga competencia para la investigación y el juzgamiento de esas figuras a los jueces penales o promiscuos municipales; c) establece un procedimiento el breve y sumario regulado por la ley 228 de 1995, cuya vigencia revivió para estos efectos, materia que luego fue declarada inconstitucional²⁰; d) prescribe como pena la multa, que va de los dos (2) hasta los ocho (8) salarios mínimos legales mensuales y lo determinante en su tasación es la condición o no de reincidente; e) afirma la proscripción de la privación de la libertad, salvo los casos en que no se cubra el valor de la multa en cuyo caso opera su conversión en arresto; y, f) el menor “contraventor”, a solicitud de sus padres o custodios, previa evaluación del defensor de familia, puede ser sometido a tratamiento de rehabilitación y desintoxicación a cargo del Estado (art. 9º).

Con posterioridad, la declarada inexecutable Ley 1153 de 2007²¹ o de “pequeñas causas”, convierte algunos delitos en contravenciones.

²⁰ Véase, Corte Constitucional, sentencia C-101 de 2004, Magistrado ponente, Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

²¹ Véase, *Diario Oficial* No. 46.706 de 31 de julio de 2007. El pretexto para la expedición de esta ley fue el colapso inminente del sistema judicial, por cuanto con la entrada en vigencia del “sistema acusatorio” inaugurado con la Ley 906 de 2004, las estadísticas de la Fiscalía demostraban que la investigación y la acusación se circunscribían a delitos de menor relevancia penal y de menor cuantía, con el consecuente represamiento y desatención de las conductas que afectaban en forma grave los bienes jurídicos más importantes.

En el asunto que interesa, esta normativa –en el capítulo de las contravenciones penales “contra la salud pública”–, reprodujo los tipos penales contravencionales de la ley 745 de 2002 antes descritas (artículos 31 y 32), al prescribir como penas tanto el trabajo a favor de la comunidad y la multa convertibles en arresto en caso de incumplimiento (art. 11) como el arresto ininterrumpido de 1 a 4 años, en los eventos en que el contraventor tuviere antecedentes penales o contravencionales (art. 12), penas privativas de la libertad que se cumplieran en los centros carcelarios y penitenciarios del INPEC. La investigación y el juzgamiento de todas las contravenciones se regía por un procedimiento expedito, breve y sumario, a manera de remedo del proceso acusatorio que, además, agravaba el cercenamiento de las garantías procesales para los supuestos de “flagrancia”. Pero lo más relevante, que fue también lo decisivo para la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley, es que no obstante ser de índole penal todas las contravenciones allí reguladas, las funciones de indagación e investigación se le otorgaron a la Policía, con lo cual también se le dieron a ese organismo atribuciones para intervenir sobre la libertad y los derechos de los imputados, al facultarlo para ordenar la realización de allanamientos y registros, o la interceptación de llamadas y comunicaciones, previa autorización judicial del juez de pequeñas causas²².

Las leyes aquí descritas, reproducen la legislación de excepción que tuvo vigencia anteriormente²³ y su enfoque político criminal se

²² Corte Constitucional, Sentencia C-879 de 2008, Magistrado ponente, Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Es importante destacar que en la sentencia se cuestiona la estrategia, por sí recurrente en la política criminal del Estado, de jugar con los nombres, cambiando la denominación de delitos a contravenciones, dejando indemne el contenido punitivo, exclusivamente con la finalidad de cercenarle a los imputados, procesados y condenados, valiosas garantías procesales; allí se puede leer: “5.1 [...] En conclusión, si bien las pequeñas causas son llamadas formalmente contravenciones penales, desde el punto de vista material continúan teniendo todos los elementos de un delito, desde su descripción típica, pasando por el régimen de responsabilidad, hasta llegar a la pena misma, que puede ser privativa de la libertad. De tal manera que solo el nombre, no la sustancia permitiría diferenciar las “pequeñas causas penales” de los delitos. Es cierto que el legislador estimó que dichas pequeñas causas tenían menor grado de lesividad, pero esa apreciación no se tradujo en su despenalización ni en su sometimiento a un régimen distinto al delictual en cuanto a su descripción, responsabilidad y pena. /”5.2. Mientras una conducta sea materialmente delictual, el legislador debe respetar las competencias de la Fiscalía General de la Nación. A pesar de que las conductas definidas como pequeñas causas continúan siendo materia penal y tratadas como delitos, y que su sanción puede dar lugar a la privación de la libertad, la Ley 1153 de 2007 excluyó a la Fiscalía General de la Nación de la competencia para “la investigación de los hechos.” (ibid.).

²³ Véase, Decreto Ley 1108 de 1994, expedido al amparo de la Conmoción Interior.

prohija en iniciativas legislativas posteriores. Por ahora, se deben adelantar las observaciones más relevantes para la misma:

3.3.1. El consumo de drogas en el hogar o en los establecimientos educativos, tradicionalmente tratado por medio de instrumentos informales de control social, privados, preventivos, reintegradores, consensuados, no estigmatizantes, pasa a ser regulado por el sistema penal, que es reactivo, vertical, coactivo, altamente estigmatizante y que, además, aniquila la inserción social. En vez de investigar las fallas o limitaciones de los primeros y de diseñar e implementar políticas que promuevan su eficacia, se procede a inocularlos para en su reemplazo estimular la fuga del conflicto hacia el sistema penal que, bien se sabe, no tiene virtualidad de tratar de forma adecuada el conflicto sino que, incluso, con toda seguridad, busca agravarlo. Es más, de esta forma también la familia y los educadores, que podrían ser aliados en el proceso de rehabilitación cuando de dependencias se trate, terminan convertidos en informantes y delatores.

3.3.2. Se regula un vasto universo de sustancias, las “que produzcan dependencia”, lo cual a la vez que lesiona el principio de legalidad, termina criminalizando hasta las sustancias tradicionalmente legales, como el alcohol y el tabaco, que también “producen dependencia”. Lo mismo cabe afirmar de los lugares “aledaños a establecimientos educativos”, comprendidos dentro de la criminalización, cuya ambigüedad conceptual da pábulo a que el eficientismo policial termine comprendiendo todos los espacios públicos e, incluso, hasta los privados. Este peligro ha sido advertido con razón por EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, en los términos siguientes:

Respecto del consumo y del pequeño tráfico, en lo que a la policía se refiere, es conveniente señalar que la “droga” es el más serio pretexto que se tiene para ejercer un poder de control social configurador o positivo (en términos foucaultianos). Merced a ese pretexto la policía puede realizar “riazas”, frecuentemente amparadas y legalizadas desde el poder judicial [...]. La droga es el pretexto para la intromisión de la policía en locales nocturnos, en la vida privada de las personas y, además, permite que agentes de la policía foráneos intervengan en sus procedimientos, haciéndolo constar incluso en las actas judiciales. El poder policial se halla potencializado [...] la “droga” surge en los últimos años como el principal pretexto para la intervención policial disciplinadora²⁴.

²⁴ ZAFFARONI, “Política criminal en materia de drogas en la República Argentina”, en *Nuevo Foro Penal*, N° 54, pág. 461; también en DIEZ RIPOLLÉS/LAURENZO COPELLO (coord.): *La actual política criminal sobre drogas: comparada*, págs. 117-176. A la misma

3.3.3. Para aplacar las críticas de ilegitimidad, desproporción, inocuidad o el carácter contraproducente de las penas privativas de la libertad para estas conductas, se aduce que se privilegian sanciones como la multa y el trabajo a favor de la comunidad. Pero ello no es más que un artilugio de la retórica legal, porque la misma ley obliga a imponer pena privativa de la libertad en los supuestos de impago de la multa, que por su cuantía y por la selectividad del sistema, serán más que frecuentes, porque no cabe duda de que la judicialización recae fundamentalmente sobre grupos sociales marginados o excluidos, como los habitantes de la calle, los mendigos, los subempleados o jóvenes sin ingresos, cuyo grupo familiar tampoco puede concurrir a allanar su pago.

3.3.4. Y aunque también se aduce que existe preocupación por salvaguardar la garantías procesales, se prescribe para la investigación y el juzgamiento un procedimiento breve y sumario,²⁵ cuya pretensión es inhibir la contradicción probatoria, eliminar la investigación del contexto de la conducta, de las circunstancias subjetivas de la misma (dependencia, por ejemplo), dificultar el registro de la arbitrariedad policial e inocular la defensa integral, todo lo cual es la finalidad real de este tipo de procedimientos, como se ha podido verificar en todos los casos que se han previsto en la legislación procesal colombiana.

3.3.5. Finalmente, se configura en ambos casos, una policivización del proceso penal, al desplazar de la indagación, la investigación y de la acusación a la Fiscalía General de la Nación, para erigir como eje de dicha actividad procesal a la Policía nacional.

En conclusión, estamos en presencia de la estrategia nombrada por la doctrina penalística como “Estafa de etiquetas”, que con el pretexto de la imposición de penas blandas y de que se está en presencia de “pequeñas causas” o de meras contravenciones, se trata de legitimar

conclusión llegó la Comisión Latinoamericana de Drogas y Democracia, “Drogas y democracia en América Latina: hacia un cambio de paradigma”, en: <http://static.elespectador.com/archivos/2009/02/8c238757c07a0abcbf7ea1d3947213ca.doc> (consulta de junio 1° de 2009): “El problema presentado por la despenalización del consumo, manteniendo su criminalización, es que ella todavía otorga a la autoridad policial un alto poder discrecional. En países donde la corrupción de la fuerza policial es endémica, la criminalización puede ser utilizada para chantajear al usuario de drogas, práctica común en países de América Latina”.

²⁵ La remisión al procedimiento estipulado en la Ley 228 de 1995, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, en la sentencia C-101 de 2004, con fundamento en que la remisión a esta ley ya derogada, comportaba una manifiesta violación al principio de legalidad en materia procesal.

un tratamiento al conflicto caracterizado por la transgresión de las garantías sustantivas y procesales, propias del modelo del Estado Constitucional de Derecho.

Pero ha sido el Gobierno de ÁLVARO URIBE VÉLEZ el que ha hecho del tema una bandera programática de su política. Por primera vez lo integra al referendo, posteriormente lo presenta en incontables oportunidades como proyecto de acto legislativo, y hoy cursa en el Congreso una iniciativa de reforma constitucional en esta materia. Las diversas reformas propuestas no han variado mucho en contenido, ni en su fundamentación. Vamos a tratar de manera breve dos por considerarlas representativas de este universo: en primer lugar, el referendo, y en segundo lugar, el proyecto de acto legislativo que actualmente cursa en el Congreso.

3.4. El Referendo: el pueblo convocado para construir las cadenas que cercenan sus libertades

En la propuesta inicial del referendo que presentara el Gobierno Nacional y que, posteriormente, se convirtió en la Ley 796 de 2003, no estaba incorporada ninguna pregunta relativa al narcotráfico o a la drogadicción, ello sólo aconteció mucho después cuando ya se habían realizado más de la mitad de las sesiones sobre el asunto en el Congreso de la República, circunstancia que luego fuera determinante para su declaratoria de inconstitucionalidad. Además, la solicitud para su incorporación no estuvo acompañada de ninguna justificación o análisis, pues se supuso que la pregunta por sí misma daba cuenta de manera suficiente de su justificación y validez. Finalmente, la cuestión propuesta por el Ejecutivo, no difirió en nada de la que se aprobó en el Congreso y que, luego, pasó a hacer parte de la pregunta 16 del referendo (Ley 796 de 2003), que quedó así:

“16. Contra el narcotráfico y la drogadicción

“PREGUNTA: Para proteger la sociedad colombiana, particularmente su infancia y su juventud, contra el uso de la cocaína, heroína, marihuana, bazuco, éxtasis y cualquier otro alucinógeno, ¿aprueba usted el siguiente artículo?

“Agrégase al artículo 16 de la Constitución Política, un segundo inciso del siguiente texto:

“Para promover y proteger el efectivo desarrollo de la personalidad, la ley castigará severamente la siembra, producción, distribución, porte o venta de sustancias alucinógenas o adictivas, como la cocaína, la heroína,

la marihuana, el éxtasis u otras similares, graduando las penas según las circunstancias en que se cometa la infracción. El Estado desarrollará una activa campaña de prevención contra la drogadicción, y de recuperación de los adictos, y sancionará, con penas distintas a la privación de la libertad, el consumo y porte de esos productos para uso personal, en la medida en que resulte aconsejable para garantizar los derechos individuales y colectivos, especialmente los de los niños y adolescentes”.

Son varias las observaciones que cabe hacerle a esta redacción:

3.4.1 Esta norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 551 de 2003, con fundamento en el carácter inductivo de la nota introductoria, y la carencia de adecuación o de causalidad entre la nota introductoria y el artículo a ser aprobado, por cuanto la penalización del porte y consumo de sustancias alucinógenas, antes que proteger a la infancia y a la juventud, según se dijo, “tiende a agravar la situación de los consumidores, en la medida en que los margina socialmente”. A la decisión de inexecutable contribuyeron también argumentos relacionados con la violación de aspectos procedimentales en la tramitación de la iniciativa y necesarios para su validez²⁶.

3.4.2 Las facultades para el castigo severo de la “siembra, producción, distribución, porte y venta de sustancias alucinógenas o adictivas”, y la punibilidad atendiendo a “las circunstancias en que se cometa la infracción”, obviamente no requerían una reforma constitucional; además, el exaceramiento punitivo que se pretendía con el referendo para las conductas relacionadas con el “narcotráfico”, ya se había

²⁶ Véase, Corte Constitucional, sentencia C- 551 de 2003, Magistrado ponente EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. Los considerandos de la sentencia para declarar la inexecutable, fueron los siguientes: “304- Este tópico no hacía parte del proyecto originario, ya que fue introducido posteriormente por el Gobierno [...]

305- Como se explicó anteriormente, si el Gobierno incorpora en el curso de los debates de una ley de referendo temas constitucionales nuevos, que no tienen vínculos razonables con la materia del proyecto originario, el principio de publicidad es afectado, si dichos artículos, con su correspondiente exposición de motivos, no son publicados oficialmente antes de dársele curso en la comisión respectiva. En el presente caso, el proyecto original no incluía ningún numeral contra el narcotráfico y la drogadicción. Es claro además que este asunto no tiene ningún vínculo con la finalidad ni la materia de ese proyecto originario depositado por el Gobierno.

306- De otro lado, la Corte constata que este numeral [...], fue presentado por el Ministro de Gobierno el 2 de octubre de 2002, cuando ya se habían desarrollado más de la mitad de las sesiones que las comisiones permanentes de ambas cámaras dedicaron a debatir el referendo. [...]

307- Por todo lo anterior, la Corte concluye que el numeral contra el narcotráfico y la drogadicción vulneró el principio de publicidad, y será declarado inexecutable [...].”.

institucionalizado con la política criminal prolijada en el Código Penal recientemente puesto en vigencia.²⁷

Además, de plurales normas y principios de la Constitución de 1991²⁸ y de las leyes que regulan la materia,²⁹ se infiere de manera clara e indubitable la obligación a cargo del Estado de desarrollar campañas para “la prevención contra la drogadicción”, y de “recuperación de los adictos”³⁰. Lo que en realidad estaba –y está– en mora de hacer el Estado no es una reforma constitucional que consagre esa obligación a su cargo, sino el cumplimiento de la misma de manera efectiva.

3.4.3 De lo expresado se puede concluir que los apartes analizados del artículo no tenían otra finalidad que darle carta de presentación, de manera encubierta, a la propuesta real que era la criminalización de la dosis personal. Y la trampa se hace todavía más osada cuando la criminalización de los niños, adolescentes y jóvenes que consumen droga, se presenta como expresión benevolente del Estado, por cuanto se postula como la fórmula mágica que garantiza la protección de sus derechos “individuales y colectivos”. Resulta en verdad paradójico que el Estado para proteger estos sectores, especialmente vulnerables a convertirse en parte del “mercado” del tráfico de drogas, termine etiquetándolos como delincuentes y que repunte dicho trato como un favor que les hace en función de su propio bienestar.

²⁷ Se alude a la Ley 599 de 2000, por medio de la cual se expidió el Código Penal y que entró en vigencia el 24 julio de 2001 (Véase, *Diario Oficial* No 44.097 de 24 de julio del 2000). En materia de “narcotráfico” esta ley estableció la siguiente regulación: i) incrementó de uno a cuatro años las penas mínimas de prisión; ii) impuso penas máximas de prisión hasta de 40 años; iii) la pena de multa la incrementó hasta de 50.000 SMLMV; iv) la conducta de suministro que tenía como destinatario a un menor, se castigaba con penas de prisión de 6 a 12 años prisión; y, v) se duplicaron los mínimos para diversas circunstancias: cuando la conducta se realizaba valiéndose menor o de persona habituada, o se llevaba a cabo en centros educación, culturales, deportivos, recreativos, vacacionales, cuarteles, cárceles, lugares donde se celebren espectáculos o diversiones o en sitios aledaños a los anteriores.

²⁸ Véase, Constitución Política de Colombia, preámbulo, artículos 1, 2, 13, 44, 46, 47, 48, 49, entre otros.

²⁹ Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, artículo 46 (*Diario Oficial* No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006); Ley 100 de 1993, que regula el sistema de seguridad social integral, artículos 153-3 y 162 (*Diario Oficial* No. 41.148, del 23 de diciembre de 1993).

³⁰ Véase, Corte Constitucional, sentencias T-696 de 2001, Magistrado ponente, ÁLVARO TAFUR GALVIS y T-684 de 2002, Magistrado ponente, MARCO GERARDO MONROY CABRA, en las cuales se reconoce que la drogadicción crónica, por la debilidad psíquica que la acompaña, merece una especial atención por parte del Estado, en virtud del artículo 47 constitucional que contempla que, “el Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”.

3.4.4. La forma como se introdujo el tema en el referendo permite acercarnos a otra finalidad encubierta o latente de la norma analizada. Para nadie es un secreto que el uso y el abuso de drogas “ilegales” de los niños, adolescentes y jóvenes son fenómenos identificados como conflictos graves por muchas personas, que reclaman una política de Estado respecto de ellos. Esta circunstancia hacía previsible que el incluir el tema en el debate del referendo motivaría la participación de muchos electores en el mismo, lo cual incrementaba las posibilidades de su aprobación que era una especial preocupación de sus impulsores. La Corte Constitucional, sin embargo, se percató de esto y así lo dejó consignado en la sentencia:

Del mismo modo, es plebiscitaria también en la Ley 796 de 2003 la pregunta número 16 también declarada inexecutable por la Corte, con la que se persigue atraer a los votantes para respaldar con su voto una posición de Gobierno en relación con el combate a la drogradicción, norma esta que resulta no sólo extraña a las demás preguntas del referendo sino, además, claramente dirigida a concitar una opinión favorable a una política determinada, que, al propio tiempo, sirva como señuelo para atraer votantes. Es pues claro su carácter plebiscitario y el propósito que la anima. Es esta una de las razones que sobre esa pregunta nos llevaron a votar su inexecutableidad³¹.

3.4.5. De todos los temas tratados en el referendo, debe mencionarse otro que guarda relación estrecha con el aquí analizado. Y es el que se presentó como “reducción del Congreso”, que correspondía al párrafo del numeral 6° del artículo 1°, presentado como reforma del artículo 176 de la Constitución de 1991, cuyo tenor era el siguiente:

Parágrafo. Con el fin de facilitar la reincorporación a la vida civil de los grupos armados al margen de la ley que se encuentren vinculados decididamente a un proceso de paz bajo la dirección del Gobierno, éste podrá establecer, por una sola vez, circunscripciones especiales de paz para las elecciones a corporaciones públicas que se realicen antes del 7 de agosto del año 2006, o nombrar directamente por una sola vez, un número plural de Congresistas, Diputados y Concejales en representación de los mencionados grupos en proceso de paz y desmovilizados.

El número será establecido por el Gobierno Nacional, según la valoración que haga de las circunstancias y del avance del proceso. Los nombres de los Congresistas, Diputados y Concejales a que se refiere este artículo serán convenidos entre el Gobierno y los grupos armados y su designación corresponderá al Presidente de la República.

³¹ Corte Constitucional, sentencia C- 551 de 2003, Op.cit.

Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno podrá no tener en cuenta determinadas inhabilidades y requisitos necesarios para ser Congresista Diputado y Concejal.

Por las condiciones establecidas en la norma, los únicos actores armados que podrían beneficiarse con ella eran los paramilitares, articulados en las autodenominadas “Autodefensas Unidas de Colombia” –AUC–. La intención era otorgarle a los paramilitares, por la vía de la democracia directa, el status de delincuentes políticos, y correlativo a ello, el permitirles el acceso a corporaciones de elección popular, una de las reivindicaciones que sus líderes reclamaban como contraprestación a los “valiosos servicios” prestados al país. Así mismo, aprovechar el caudal político que tenían, gracias al control territorial, poblacional, económico y político que habían logrado por medio del exterminio de la oposición política, del desplazamiento forzado, de la apropiación de la tierra y de otros bienes de los desplazados, del clientelismo armado, la coerción, y otros mecanismos.

Lo paradójico, y eso debe destacarse, es que para ese momento no había duda de que este actor armado había tenido en el narcotráfico un factor importante de su poder económico³² y mientras con el referendo se le premiaba equiparando sus crímenes con la categoría del delito político, reputando el narcotráfico como delito conexo y con el acceso a los cargos de representación popular, de otro lado, se criminalizaban las personas vulnerables al mercado por ellos construido, esto es, los consumidores y los dependientes de las drogas ilícitas³³.

³² Como vinieron a reconocerlos las versiones libres de todos sus integrantes, incluyendo sus máximos líderes. Así mismo, las investigaciones judiciales y todos los estudios e investigaciones regionales y del orden nacional, que tienen como objeto las dinámicas bélicas del paramilitarismo en Colombia.

³³ Se debe aclarar que este específico parágrafo fue declarado inconstitucional, lo cual determinó que no hiciera parte del referendo finalmente sometido a votación de los electores. Véase, Corte Constitucional, sentencia C- 551 de 2003, magistrado ponente, EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. Una de las tantas razones expresadas para la declaratoria de inexequibilidad, fue que este concreto asunto era propio de un plebiscito, no así de un referendo: “De tal suerte que si al Pueblo se convoca al primero y en realidad se trata del segundo, esa manipulación de los ciudadanos constituye un fraude a la Constitución y un engaño a la ciudadanía que asiste a un acto diferente a aquél para el cual en apariencia se le convoca”.

3.5. El Proyecto de Acto Legislativo: otro intento de hegemonía del punitivismo.

El fracaso de la vía de la democracia directa a través del referendo para reformar la Constitución con el fin de dar cobijo a la criminalización del consumo de drogas, motivó al Gobierno Nacional en cabeza del Señor Presidente ÁLVARO URIBE VÉLEZ a intentarla a través del Congreso, camino que se reputaba expedito por cuanto la mayoría de los grupos políticos allí existentes han dado muestras suficientes de identificarse con sus programas. Por tal razón, en múltiples ocasiones se presentaron iniciativas de Actos Legislativos que pretendían dar aval constitucional a la criminalización explícita, directa y sin camuflajes, del consumo y el porte para el consumo de drogas ilegales. Todas estas tentativas fracasaron, teniendo incluso el rechazo de importantes integrantes de los partidos aliados al mismo Gobierno.

La circunstancia anterior hizo variar la estrategia empleada, fruto de lo cual fue la presentación por parte del Gobierno Nacional de un Proyecto de Acto Legislativo con el mismo fin³⁴, pero con una nueva retórica: la pena para los consumidores y los adictos no es la cárcel, tiene un carácter terapéutico y se ejercita en su propio bien, un discurso que se reputa suficiente para conjurar las críticas sobre la legitimidad y la conveniencia de la iniciativa.

Dada la importancia de la propuesta, que por lo trasegado tiene mucha viabilidad de fructificar, es necesario abordar varios asuntos respecto de la misma: la legitimidad ética y política de los argumentos que se han aducido para su justificación; la legitimidad del órgano escogido para tramitarla, el actual Congreso de la República; la capacidad administrativa para judicializar los casos; y las razones políticas que subyacen a esta propuesta.

3.5.1. Una “nueva” legitimación del derecho penal: la “invención” de una “pena terapéutica”.

Para el análisis de la legitimidad ética y política de los argumentos que se han aducido, se comienza con los términos concretos de la justificación del Proyecto:

³⁴ El Proyecto fue presentado a la Cámara de Representantes por los Ministros del Interior y de Justicia, FABIO VALENCIA COSSIO y de Protección Social, DIEGO PALACIO BETANCOURT, “Por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política”. Véase, http://prensa.camara.gov.co/camara/site/artic/20070730/asocfile/p_a_1_285_2009c_dosis_minima_1.doc (consulta del 15 mayo de 2009).

El porte y consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas está prohibido. Con fines preventivos y rehabilitadores, la ley establecerá medidas con carácter pedagógico, profiláctico o terapéutico para quienes consuman dichas sustancias. Por decisión de una instancia conformada por el sector salud y la rama judicial, estas medidas podrán estar acompañadas de limitaciones temporales al derecho a la libertad, y se harán efectivas en instituciones adaptadas para los fines propios de la prevención y la rehabilitación. Las limitaciones a la libertad que se llegaren a imponer, no implicarán de suyo la aplicación de penas de reclusión en establecimientos carcelarios.

Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos.

De esta propuesta, interesa por ahora destacar los siguientes elementos: regula todos los supuestos de consumo, incluyendo el recreativo, el ocasional y el que es consecuencia de la dependencia a la droga; prescribe intervenciones coactivas sobre la libertad ambulatoria, pero se corre a aclarar que no se trata de “penas de reclusión en establecimientos carcelarios”, sino de medidas terapéuticas o profilácticas, que se harán efectivas en “instituciones adaptadas para la prevención y rehabilitación”; asume que el consumo está asociado a un asunto de “valores y principios”, lo cual se resuelve por medio de campañas institucionales de prevención; el Estado benefactor fluye en toda la argumentación legitimatoria. La iniciativa la inspiran, definitivamente, fines nobles, solidarios, altruistas y democráticos: de un lado, “la protección a la salud de la persona, como derecho constitucional fundamental de ésta”, y, del otro, “hacer efectiva la obligación a cargo del Estado de adoptar las acciones y medidas necesarias para garantizar la protección y la recuperación de la salud de las personas”.

Las observaciones críticas a este discurso, en sus aspectos centrales, se pueden sintetizar en los siguientes enunciados:

3.5.1.1. Es el colmo que se afirme que la criminalización del consumo de drogas se fundamente en las obligaciones constitucionales que le conciernen al Estado para la tutela real y efectiva de la salud pública. Esta obligación está prescrita, de manera clara e indubitable, en innumerables disposiciones de la constitución política y es desarrollada en decenas de leyes y decretos, por lo que para hacer efectivo este derecho no basta sino voluntad política, esto es, de programas, recursos y ejecutorias. Pero lo paradójico es que no

hace mucho se adujo para justificar la criminalización del conflicto, el no estar en capacidad de asumir los costos de un enfoque de salud pública para este³⁵. Por estas razones se puede concluir que el argumento de la reforma constitucional para cumplir con este fin, no deja de ser un argumento falaz esgrimido por un Estado supuestamente preocupado por la salud de sus habitantes.

3.5.1.2. Toda intervención coactiva sobre la libertad de las personas, impuesta jurisdiccionalmente, con fundamento en una conducta “prohibida”, es una sanción penal, y sigue siéndolo así la misma se revista de buenas o nobles intenciones, esto es, de fines terapéuticos, pedagógicos o profilácticos. Incluso la historia de los sistemas punitivos ha demostrado que el revestimiento de la pena con fines angelicales, paternales, ha sido el recurso para agredir las garantías sustantivas y procesales, y, con el pretexto de tratos especiales, entronizar la discriminación y la flexibilización de los límites al sistema penal.

Y esto es precisamente lo que acontece con la proyectada regulación en comento, por cuanto con el pretexto terapéutico se impone la privación de la libertad hasta alcanzar la “rehabilitación”, que es lo que parece sugerir la iniciativa gubernamental, entronizando con ello penas indeterminadas. Y, aunque para la tranquilidad de todos se dice que la privación de la libertad no comporta “la aplicación de penas de reclusión en establecimientos carcelarios”, la historia de las medidas de seguridad para los inimputables³⁶, la de los sitios especiales de reclusión para los indígenas prescritos por el código carcelario³⁷, entre muchos otros casos, confieren la certidumbre de que por razones políticas y fiscales, se adaptarán para la “rehabilitación” de los simples consumidores y los adictos, patios especiales en las cárceles del país, que se caracterizarán por presentar las condiciones de mayor indignidad.

³⁵ FERNANDO LONDOÑO HOYOS, en su condición de Ministro del Interior y de Justicia, declaró: “En Colombia está permitido el consumo de drogas. Afrontemos el tema y pensemos si la sociedad colombiana está en capacidad de desarrollar métodos preventivos, clínicos y psicológicos para impedir que su juventud se envenene”. Véase: http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/sne/2002/octubre/01/11102002.htm (Consulta del 20 junio de 2009).

³⁶ Véase, ESCOBAR MEJÍA, *Conceptos Fiscales*, segunda parte, capítulo I, Súplica por los locos, págs. 179 y ss.

³⁷ Véase: Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en Colombia. Misión Internacional de Derechos Humanos y Situación Carcelaria, *Informe: Centros de reclusión en Colombia: Un estado de cosas inconstitucional y de flagrante violación de derechos humanos*, Bogotá, 31 de octubre de 2001; Defensoría del Pueblo, *Indígenas privados de la libertad en establecimientos penitenciarios y carcelarios del INPEC*, Bogotá, s.f., en: http://www.defensoria.org.co/pdf/informes/informe_119.pdf (consulta de abril 8 de 2009).

3.5.1.3. La alusión a que el consumo o la adición a las drogas son un problema cuyo origen se circunscribe a la ausencia de valores y principios morales, testimonia un sesgo en la interpretación del conflicto, que denotan la incompetencia de los agentes políticos que promueven la iniciativa. Y ello por varias razones:

La primera, porque no existe duda de que si de salud pública se trata, las drogas legales (por ejemplo, el alcohol, el tabaco), tienen mayores índices de consumo y de abuso³⁸ y, además, con mayor incidencia que las ilegales en las tasas de morbi-mortalidad y en los accidentes fatales. Y, si de salud pública se trata, hasta el agua que se consume en Colombia, ese líquido esencial para la vida humana y que se supone inofensivo, mata y enferma más que las drogas ilegales³⁹. Y, lo significativo, es que esta iniciativa de reforma constitucional no las comprendió e, incluso, las que se presentaron después, como el “Referendo por el Derecho Humano al Agua Potable”, fueron claramente entorpecidas⁴⁰. Este sesgo en las “preocupaciones” por la salud pública, para lo cual se puede uno servir de unos pocos ejemplos de los muchos posibles, permite ratificar que las intenciones benefactoras no son otra cosa que una

³⁸ Véase, República de Colombia. Ministerio de Protección Social, et. al., *Estudio Nacional de Consumo de Sustancias Psicoactivas en Hogares 2008*, en: <http://odc.dne.gov.co/IMG/pdf/BoletinEnLinea21DNE.pdf> (consulta del 15 junio de 2009). En este estudio, en cuanto al alcohol, el análisis de la encuesta arrojó que 2,4 millones de colombianos (12,2%) está en lo que se llama “consumo problemático”; y, respecto al tabaco, al menos 3.3 millones (45%), fuman.

³⁹ Un estudio de la Defensoría del Pueblo, en el cual se analizaron 952 cabeceras municipales de los 1.099 municipios del país, excluyendo a Bogotá, concluyó que, “En Colombia, el 79 por ciento de las cabeceras municipales no cuenta con agua apta para el consumo humano, es decir, que 748 municipios con 13 millones de habitantes reciben líquido de mala calidad”. Defensoría del Pueblo, “Tercer Diagnóstico sobre la calidad del agua para consumo humano”, Bogotá, D.C., Octubre 7 de 2007, en: http://www.defensoria.org.co/red/anexos/pdf/02/informe_136.pdf (consulta de enero 20 de 2009).

⁴⁰ El Referendo por el Derecho Humano al Agua Potable, logró reunir la firma de más de dos (2) millones de colombianos y entre sus propuestas se encuentran las siguientes: el agua potable como derecho fundamental; el agua como bien común y público; el uso prioritario de los ecosistemas esenciales al ciclo del agua para este fin; la prohibición de privatizar la gestión del agua y de los servicios de acueducto y alcantarillado; el derecho a un mínimo vital gratuito; el agua como parte integrante de los territorios indígenas. En el primer debate en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, el referendo sufrió tal grado de mutilaciones y deformaciones, que desnaturalizó la propuesta avalada por los firmantes. En ello tuvo un papel protagónico el Gobierno, cuya política tiene como ejes la privatización de los recursos naturales y la mercantilización de los servicios públicos, atractivos para lograr la firma del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos y atraer la inversión extranjera. Para la crítica a la manipulación que se ha hecho de este referendo, véase: COLMENARES: “El referendo que usted no firmó”, en *Semana Virtual Caja de Herramientas*, N° 156.

mascarada para legitimar ante el país la obsesión punitiva respecto de las drogas que el sistema ha ilegalizado.

Además, el estigma que se pretende reforzar al criminalizar el uso de las sustancias “ilegales”, es funcional al proceso de legitimación de las drogas legales, que constituyen un lucrativo negocio para poderosos grupos económicos, incluso multinacionales⁴¹ y, al mismo Estado, en el caso del alcohol⁴². No sobra, entonces, recordar lo que hace varias décadas expresó MICHEL FOUCAULT, sobre el fin de los castigos, con lo cual el problema no sería tanto suprimir los ilegalismos sino administrarlos, institucionalizando un trato diferenciado para los mismos, según su “economía” general:

[..] la prisión, y de una manera general los castigos, no están destinados a suprimir las infracciones; sino más bien a distinguirlas, a distribuirlas, a utilizarlas; que tienden no tanto a volver dóciles a quienes están dispuestos a transgredir las leyes, sino que tienden a organizar la trasgresión de las leyes en una táctica general de sometimientos. La penalidad sería entonces una manera de administrar los ilegalismos, de trazar límites de tolerancia, de dar cierto campo de libertad a algunos, y hacer presión sobre otros, de excluir a una parte y hacer útil a otra; de neutralizar a éstos, de sacar provecho de aquellos. En suma, la penalidad no “reprimiría” pura y simplemente los ilegalismos; los “diferenciaría”, aseguraría su “economía” general. Y si se puede hablar de una justicia de clase no es sólo porque la ley misma o la manera de aplicarla sirvan los intereses de una clase, es porque toda la gestión diferencial de los ilegalismos por la mediación de la penalidad forma parte de esos mecanismos de dominación. Hay que reintegrar los castigos legales a su lugar dentro de una estrategia legal de los ilegalismos⁴³.

En iguales términos lo hace THOMAS SZASZ, cuando refiere que un derecho penal, que se identifica con la dinámica bélica, comienza por definir los amigos y enemigos, para correlativamente legitimar la conducta de los primeros, y estigmatizar y degradar la de los “otros”:

⁴¹ Véase el magistral estudio de SANDOVAL HUERTAS, pionero en Colombia sobre el tema, “El “Dumping” de productos farmacéuticos”, en *Derecho Penal y Criminología*, págs. 275-300. Véase, también: SAAVEDRA ROJAS, “Fármacos y estupefacientes: Política y moral”, págs. 61-117; DEL OLMO, “Drogas: Distorsiones y realidades”, en *Revista Nueva Sociedad*, N° 102, págs. 81-93; de la misma, *¿Prohibir o domesticar? Políticas de drogas en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 1992.

⁴² Véase LONDOÑO BERRÍO, “La problemática de la droga en Colombia”, en *Nuevo Foro Penal*, N° 47, págs. 7-44.

⁴³ FOUCAULT, *Vigilar y Castigar*, págs. 277-278.

Al igual que la guerra contra la herejía, era una guerra por la fe ‘verdadera’, la guerra contra la el abuso de drogas es en realidad una guerra por el ‘fiel’ consumo de drogas: oculta tras la guerra contra la marihuana y la heroína está la guerra a favor del tabaco y el alcohol; y, en general, oculta tras la guerra contra el uso de drogas censuradas política y médicamente, está la guerra favorable al uso de las drogas aprobadas política y médicamente⁴⁴.

La segunda razón para cuestionar el argumento según el cual el problema del consumo de drogas “ilegales” es de valores, es que olvida como muchos grupos sociales, culturales, étnicos o generacionales, privilegian algunas sustancias como expresión espiritual, lúdica, recreativa e incluso evasiva, y, además, puede acontecer que a otros grupos o generaciones les resulten intolerantes, lo cual no legitima a estos últimos, ni siquiera cuando son mayoría, a degradar, estigmatizar y mucho menos a criminalizar a los otros, por cuanto con ello se haría tabula rasa con el pluralismo étnico y cultural.

Es pertinente, respecto de este problema, traer al debate a uno de los clásicos del liberalismo, el filósofo inglés JOHN STUART MILL, cuando confronta de manera radical la legitimidad ética y política de las mayorías, para regular la conducta humana cuyas consecuencias tienen exclusiva repercusión en las personas que las realizan:

Pero el argumento más fuerte contra la intervención del público en la conducta personal es que, cuando él interviene, lo hace inadecuadamente y fuera de lugar [...] la opinión de una tal mayoría impuesta como ley a la minoría, cuando se trata de la conducta personal, lo mismo puede ser errónea que justa; pues en tales casos, “opinión pública” significa, lo más, la opinión de unos cuantos sobre lo que es bueno o malo para otros; y, muy a menudo, ni siquiera eso significa, pasando el público con la más perfecta indiferencia por encima del placer o la conveniencia de aquellos cuya conducta censura, no atendiendo más que a su exclusiva inclinación. Existen muchas personas que consideran como una ofensa cualquier conducta que no les place, teniéndola por un ultraje a sus sentimientos; como aquel fanático que, acusado de tratar con demasiado desprecio los sentimientos religiosos de los demás, respondía que eran ellos los que trataban los suyos con desprecio al persistir en sus abominables creencias⁴⁵.

⁴⁴ SZASZ, *Droga y ritual*, pág. 234. Sobre la discriminación entre drogas, como asunto atravesado por relaciones de poder en el contexto internacional, véase: DIEZ RIPOLLÉS, *Estudios Penales*, Vol. 3, págs. 790-791, donde el autor concluye que, “La cuestionable distinción entre drogas legales e ilegales ha pasado a convertirse en una nueva forma de opresión cultural y económica de los países poderosos: Se obliga a reprimir el tráfico y consumo de drogas conaturales a ciertas culturas ajenas a la occidental mientras se fomenta el consumo de las drogas propias de esta última”. El reciente debate suscitado con motivo del hallazgo de cocaína en la bebida energizante Red Bull, que los productores califican de “coca descocainizada”, es ilustrativo del tema. Véase, GUEVARA, “¿Por qué la coca de mi Red Bull sí es legal?”.

⁴⁵ STUART MILL, *Sobre la libertad*, pág. 96.

La tercera, y tal vez la más importante, es que circunscribir los casos de dependencia a las drogas como un problema moral, oculta, encubre y minimiza variables que tienen el real peso en el origen del conflicto, como por ejemplo la exclusión, la marginalidad, la discriminación, la violencia, la ruptura del tejido social, la frustración de expectativas en sociedades construidas sobre los ejes de la competencia, la productividad y la insolidaridad, que los usufructuarios del sistema político y económico quieren ocultar por su responsabilidad en este tipo de situaciones.

3.5.1.4. El Proyecto propone una práctica “terapéutica” coactiva, violenta, con lo cual se aniquila una garantía que es columna vertebral de un Estado democrático, esto es, el derecho del enfermo o paciente a ser debidamente informado y a decidir, con absoluta autonomía, si se somete o no al tratamiento. La iniciativa, pues, olvida que si alguna certidumbre tiene cualquier profesional de la salud respecto a las adicciones, es que la terapéutica, cualquiera que sea su naturaleza, tiene como condición sine qua non de eficacia, la asunción voluntaria de la persona que se pretende curar, rehabilitar o desintoxicar.

3.5.2. El principio de subsidiariedad: ¿sin alternativas a la criminalización?

En el Estado constitucional de derecho, existen plurales límites político-jurídicos, que condicionan la validez de la ley penal: uno de ellos, es que la conducta criminalizada, transgreda o amenace los derechos humanos, lo cual es recogido en el enfoque dogmático que concibe el bien jurídico en su función limitadora⁴⁶. Otra importante limitación viene del principio de idoneidad, conforme al cual la respuesta punitiva tiene la carga probatoria de demostrar que es idónea para ejercer una tutela eficaz de los bienes jurídicos que dice proteger⁴⁷. Incluso, acreditada dicha idoneidad, ello no es suficiente,

⁴⁶ Véase, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “La legislación colombiana en materia de estupefacientes”, Op. cit., pág. 24, quien al referirse al consumo y al porte de droga para el propio consumo, considera que tal conducta no debe ser criminalizada, porque, “[...] es evidente la ausencia de lesividad para el bien jurídico tutelado. Patrocinar la punición de quien se autointoxica, de una conducta inocua es, como se ha dicho, propiciar un vulgar derecho penal de autor de corte peligrorista y autoritario, antiliberal y ajeno a nuestro sistema constitucional y legal”.

⁴⁷ Véase, FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, págs. 179-180, donde este jurista expresa un juicio categórico de deslegitimación del derecho penal para regular el consumo de estupefacientes y otras sustancias que generan dependencia, con fundamento tanto en su inutilidad, su carácter contraproducente para prevenir la violencia, como en la confusión ilegítima del derecho con la moral: “El orden represivo en el que

porque además es obligado demostrar que la respuesta penal es insustituible, esto es, que no existen otros modos no penales de intervención que tengan aptitud y representen menos costo social, para responder a las situaciones problemáticas. Esta exigencia es recogida por la dogmática penal, en el principio de subsidiariedad⁴⁸.

Conforme al mismo, resulta perentorio preguntarse si el Estado colombiano ha acometido siquiera una investigación científica e interdisciplinaria que explique las variables, las causas, las razones que motivan o favorecen el uso de drogas que generan dependencia –lícitas e ilícitas–, atendiendo a las especificidades de la población de nuestro país que las consume, por regiones, culturas, etnias, grupos éteos, clases sociales, etcétera. La respuesta es que dicho estudio es inexistente; desde luego, sin contar con un saber sociopolítico, económico y antropológico sobre esta concreta materia, resulta imposible tener una comprensión cabal del conflicto y, correlativo a ello, diseñar y construir políticas que de manera eficaz ejerzan una intervención o regulación sobre éste, en los eventos en que sus formas de uso se han convertido en un problema de salud pública.

Para paliar estas falencias el Proyecto del Gobierno acude, como ya se analizó, a reducir el consumo y la dependencia de las drogas a un problema de valores y principios morales. Y no sobra insistir que el consumo de drogas, incluso el de las ilícitas, no afecta en muchos

prohibiciones y penas se entrelazan constituye una organización de la violencia inútil frente al consumo de estupefacientes y otras sustancias tóxicas. Inútil, porque resulta inidóneo para impedirlo o, al menos, reducirlo de manera significativa: las toxicomanías, al igual que otros comportamientos perseguidos en el pasado como el aborto, el adulterio o el concubinato, encuentran sus raíces en profundas motivaciones de carácter psicológico o social, frente a las cuales la eficacia de la pena es mínima, por no decir nula. Lo expuesto hasta aquí nos advierte que una ley penalizadora [...] únicamente produciría más violencia: por un lado, la propia violencia que lleva implícita la pena, del todo ineficaz, si lo que se busca es la prevención; y, por otro, la violencia inherente a la mayor clandestinización del uso de la droga y la ulterior marginación social del toxicómano. [...] En ambos casos, la intervención penal es un signo de confusión entre el derecho y la moral, ya que tales medidas no gozan de idoneidad para tutelar los bienes jurídicos que pretenden y así no se consigue la desaparición, sino la clandestinización de esas conductas no deseadas, esto es, que su justificación se reduce únicamente a ese ocultamiento de lo que se quiere evitar (se esconde, no desaparece), contrario a las funciones tutelares del derecho penal, en aras de la afirmación simbólica de un principio o de un valor “moral”.

⁴⁸ Véase: BARATTA, “Principios del derecho penal mínimo”, en *Criminología y sistema penal*, pág. 310; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal*, págs. 83-87; Díez RIPOLLÉS, *Estudios Penales y de Política Criminal*, Vol. 5, págs. 837-838; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones*, vol. I, pág. 66 y ss.; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, págs. 464 y ss.; ROXIN, *Derecho Penal*, pág. 65.

casos ni siquiera la salud personal o las relaciones familiares o sociales. Es expresión lúdica absolutamente legítima y el status de “problema” para estos casos es una construcción social atravesada por autoritarismos, razones políticas y económicas, cuando no el desprecio por la pluralidad cultural.

El criterio para decidir de manera definitiva los ámbitos problemáticos es la salud pública, de allí que cuando la naturaleza de las sustancias o los hábitos culturales de consumo generen un riesgo para ella, las políticas públicas han de favorecer la prevención, especialmente de sectores vulnerables (por ejemplo, los niños), y garantizar soluciones para las personas que se han convertido dependientes, y, como consecuencia de ello, ven restringidas sus oportunidades sociales, culturales, laborales y en peligro su salud personal. Cualquiera que haya trabajado en este campo, tiene presente que la terapéutica involucra incidir en la transformación de las relaciones en los ámbitos que son el contexto vivencial de la persona, como el familiar (v. gr. violencia intrafamiliar, el abuso sexual, la ruptura de los vínculos afectivos, etcétera), el escolar (el acceso a la educación, la discriminación) el laboral (el trabajo infantil, la precariedad del trabajo, el desempleo, el subempleo), el comunitario (el desplazamiento forzado, la discriminación por opciones sexuales, por razones étnicas). La persona que ha construido una dependencia a las drogas, en términos antropológicos, es un ser social que como todos está en constante lucha por el reconocimiento, el respeto a su dignidad, oportunidades de participación en diversos tipos de relaciones sociales. Son los conflictos surgidos en estos escenarios, que no tienen un desarrollo satisfactorio para la persona, los que favorecen que el uso de drogas pueda convertirse en una vulnerabilidad, e incluso, en enfermedad crónica. En palabras de PIERRE BOURDIEU, esta violencia estructural tiene un precio en la vida cotidiana, más allá de lo que los poderes beneficiarios de ella, están dispuestos a reconocer:

No se puede bromear con la Ley de la conservación de la violencia: toda violencia se paga y, por ejemplo, la violencia estructural que ejercen los mercados financieros, en forma de despidos, precariedad laboral, etcétera, tiene su contrapartida, más pronto o más tarde, en forma de suicidios, delincuencia, crímenes, droga, alcoholismo y pequeñas o grandes violencias cotidianas⁴⁹.

⁴⁹ BOURDIEU, *Contrafuegos*, pág. 58.

Lo mínimo que debería esperarse del sistema general de seguridad social, es que disponga de programas de tratamiento integral y facilite su acceso, a los dependientes de diversas sustancias psicoactivas que desean salir de esa situación. Sintomático de la falta de voluntad política en esta materia, es registrar que el tratamiento integral y continuado para las adicciones, tenga que ventilarse por vía de tutela, por no encontrarse comprendido de manera clara y sin dubitación alguna en el Plan Obligatorio de Salud (POS), a pesar de que estas constituyen, según la Organización Mundial de la Salud, una enfermedad crónica. De allí la importancia que la Corte Constitucional, tomando cartas en el asunto, haya asumido que la dependencia a las drogas afecta la vida y la dignidad de las personas, por limitar sus oportunidades y proyectos esenciales, y en consecuencia, obligue a que sean atendidos por el Sistema Integral de la Seguridad Social, a través de las Empresas Promotoras de Salud de los sistemas contributivo y subsidiado o mediante instituciones públicas o privadas que tengan convenio con el Estado, y que el tratamiento sea integral y continuado, hasta la hospitalización en centros especializados, cuando el paciente, por su particular condición, lo amerite⁵⁰.

De allí que el Gobierno Nacional en vez de andar impulsando referendos o actos legislativos –que tanto dinero le cuestan al erario–, debería regular como parte del Plan Obligatorio de Salud (POS) el tratamiento integral de los adictos, incluyendo el internamiento en centros especializados cuando el caso así lo amerite, confirmando claridad sobre este derecho. La resistencia para diseñar y ejecutar

⁵⁰ Véase, Corte Constitucional, sentencias T-684 de 2002, Magistrado ponente, MARCO GERARDO MONROY CABRA y T-814/08, Magistrado ponente, RODRIGO ESCOBAR GIL. En este último fallo se concluye que, “[...] quien sufre de farmacodependencia es un sujeto de especial protección estatal, pues a la luz de la Carta Política y de la jurisprudencia constitucional, se trata de una persona que padece una enfermedad que afecta su autonomía y autodeterminación, pone en riesgo su integridad personal y perturba su convivencia familiar, laboral y social. Así las cosas la atención en salud que se requiera para tratar efectivamente un problema de drogadicción crónica, debe ser atendida por el Sistema integral de seguridad social en salud, bien a través de las empresas promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado o mediante instituciones públicas o privadas que tengan convenio con el Estado”. Esta decisión, no tuvo un buen recibimiento por parte de las EPS, por cuanto Juan Manuel Díaz-Granados, el presidente de Acemi, que las representa, expresó lo siguiente sobre dicho fallo: “Las EPS son claras en decir que lo que no está en el POS es de responsabilidad del Estado. Lo que está es la atención de urgencias en momentos de crisis para estos casos. El POS judicial, como se le llama, es infinito”. *El Tiempo*, “EPS deben cubrir tratamientos de adictos que no tienen cómo pagarlos: Corte Constitucional”, 19 de octubre de 2008.

una política pública en este sentido, probablemente obedezca al temor de afectar las pingües utilidades de los empresarios de la salud, sector caro al Señor Presidente URIBE VÉLEZ, protagonista de las leyes de privatización de la seguridad social cuando tuvo la condición de Senador de la República.

Y para solo tratar un grupo poblacional, como el de los niños y los jóvenes, una política de prevención de la drogadicción debe comenzar por garantizarles la plenitud de sus derechos, desde la personalidad, la familia, la alimentación, la educación, la sana recreación, el acceso a la cultura, entre otros. Las estadísticas de violencias en su contra – intrafamiliar, sexual–, de pobreza y miseria⁵¹, de deserción escolar, de trabajo infantil⁵², su representación en las cifras del desplazamiento forzado, para solo mencionar unas pocas variables, indican que no existe seguridad para sus derechos. Tales circunstancias los hacen vulnerables no solo al consumo de drogas –que termina siendo un mal menor–, sino también a ser instrumentalizados por las redes de prostitución, del narcotráfico, carne de cañón de todos los ejércitos⁵³,

⁵¹ Cfr. ESPITIA, “La exclusión de los jóvenes en Colombia”, en *Semanario Virtual Caja de herramientas*, N° 164. Sobre la base de que la juventud comprende el grupo etéreo entre 15 y 30 años, y a partir de los datos de la Gran Encuesta Integrada de Hogares del Dane, en este estudio se concluye lo siguiente: En 2007, 27% del total de jóvenes estaba por fuera del mercado de trabajo y del sistema educativo. En diciembre de 2008, este valor ascendió al 35%, esto es, 5'200.000 jóvenes. Como no perciben ingresos o este es esporádico, “muchos de ellos no logran iniciar su vida laboral, con lo cual no adquieren experiencia ni capacidad productiva, quedando así en un ciclo virtuoso de reproducción de la pobreza”. Cerca de 5'300.000 personas de la Población Económicamente Activa es pobre, y, de ese total, el 45% es joven. Y concluye el autor que, “dado que los jóvenes afianzan su crecimiento personal y de autoestima durante esta etapa de la vida, el hecho adverso de la exclusión social puede contribuir a truncar dichos procesos, generando problemas psíquicos y de comportamiento social que entre otras, se ven reflejados en los indicadores de delincuencia, criminalidad y destrucción del capital social, fenómenos que suelen ser atacados, ingenuamente, mediante políticas públicas de corte punitivo que en nada contribuyen con la resolución del problema, en lugar de diseñar mecanismos que aseguren la movilidad social y el desarrollo integral de los jóvenes, como mecanismos expeditos que permitan ser incluidos dentro de un contexto social democrático”.

⁵² “Según la OIT, en Colombia hay por lo menos 1.058.810 menores de edad (entre 5 y 17 años) laborando en condiciones que vulneran sus derechos, los alejan de la escuela y los exponen a múltiples riesgos para su integridad. A ellos se suman otros 961.507 que desempeñan labores domésticas en jornadas extenuantes, con similares consecuencias, según la Encuesta Nacional de Hogares hecha por el Dane en el 2007”. Cfr. *El Tiempo*, “1'058.810 menores laboran en Colombia, reveló la OIT a propósito del Día contra el trabajo infantil”, doce de junio 2009.

⁵³ Véase, PNUD, *El conflicto, callejón con salida. Informe Nacional de Desarrollo Humano – Colombia 2003*, Bogotá, 2003, capítulos 10 y 11. Lo que aquí se expresa respecto de la prevención del reclutamiento para la guerra, es pertinente respecto de la drogadicción: “[...] Además de desmovilizar combatientes [...], hay otro modo de quitarle gente a la guerra, y es evitar que las organizaciones armadas sigan reclutando jóvenes en los campos y ciudades de Colombia. La mejor manera de hacer esto es ofrecerle opciones

incluso el del Estado⁵⁴ y, además, factores de “riesgo” para convertirlos en víctimas propiciatorias de las ejecuciones extrajudiciales, banalizadas hoy con la etiqueta de “falsos positivos”⁵⁵.

En conclusión, no cabe duda de que el incumplimiento estructural de las obligaciones del Estado colombiano en materia educativa, preventiva, terapéutica respecto del problema de la dependencia de las drogas, tanto legales como ilegales, que de manera explícita reconoce el Gobierno en su Proyecto de Acto Legislativo aquí analizado, permite aseverar que no se trata de un Estado de cosas inconstitucional, sino de una ilegitimidad política que se trata de capitalizar en términos de criminalización.

3.5.3. Que no cunda el pánico: ¡Se trata apenas de un simple “artículo”!

Lo que defendemos quienes defendemos la dosis personal es la libertad. La libertad, incluso, para jodernos la vida, si la vida nos jode y nos la queremos joder.

HÉCTOR ABAD FACIOLINCE⁵⁶.

atractivas a las personas “reclutables”, vale decir, garantizar el desarrollo humano de los grupos en riesgo” (Ibid., pág. 263). Sobre los motivos de vinculación de los niños y jóvenes a la guerra, véase también: GONZÁLEZ, *Los niños de la guerra*; PÁEZ, *Las niñas en el conflicto armado en Colombia*; HERRERA, *Sembrando vida*.

⁵⁴ El Informe del Consejo de Seguridad de la ONU del 26 de mayo de 2009, respecto a los niños y a los conflictos armados, afirma que en Colombia, “las Naciones Unidas recibieron información fidedigna sobre la utilización de niños por miembros de las fuerzas de seguridad para fines de inteligencia”.

⁵⁵ Véase, Declaración del Profesor ALSTON, Relator Especial de las Naciones Unidas para las ejecuciones arbitrarias. Misión a Colombia del 8 al 18 de junio de 2009, en *Semanario Virtual Caja de Herramientas*, N° 163. En este informe provisional, se cuestiona el uso de la expresión “falsos positivos” para denominar lo que en realidad son asesinatos, en términos del Derecho Internacional Humanitario: “La expresión falsos positivos brinda una suerte de aura técnica para describir una práctica que se caracteriza mejor como el asesinato a sangre fría y premeditado de civiles inocentes con fines de beneficio”. Y el mismo informe agrega, que “Las cantidades mismas de casos, su repartición geográfica y la diversidad de unidades militares implicadas, indican que éstas fueron llevadas a cabo de una manera más o menos sistemática, por una cantidad significativa de elementos dentro del Ejército”. De otro lado, las investigaciones judiciales sobre lo que se ha venido a llamar “falsos positivos”, han demostrado que uno de los criterios de selección de las víctimas asesinadas, era el de su marginalidad social, atribuible entre otras causas, a su condición de ser adicto a las drogas. El gobierno por su parte, después de conocer el informe referido del Relator de la ONU, afirma que se trata de un problema de desinformación de las “organizaciones políticas” solícitas a denunciar como “homicidio fuera de combate” las bajas dentro de la guerrilla por parte de la fuerza pública. Véase, *Elespecador.com*, “Uribe insiste en que guerrilla quiere hacer aparecer sus bajas como falsos positivos”, 23 Junio de 2009 (consulta del 25 de junio de 2009).

⁵⁶ ABAD FACIOLINCE “Columna en marihuanada”.

El proyecto argumenta que constitucionalmente es válido que el Estado criminalice la conducta del consumo de droga, como una forma de obligar al ciudadano a velar por su propia salud.

No cabe duda, que un Estado debe tener la posibilidad de limitar o sancionar [...] el consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas cuando ese consumo, particularmente referido al uso personal, amenace el interés común, o atente contra los derechos del otro o aún contra sus propios derechos, como lo sería, poner en riesgo la salud de la propia persona que incurre en el consumo de estas sustancias, siendo mandato constitucional el que la persona procure el cuidado de su propia salud y la de la comunidad⁵⁷.

Y no cabe duda tampoco, que uno de los ejes que identifican al Estado Social y Democrático de Derecho, es el derecho de la persona a definir con autonomía los asuntos existenciales que sólo a ella le conciernen, como es su particular representación de la “vida buena”, la convicciones políticas, las reglas morales, la religión, los gustos estéticos, el régimen alimenticio, los placeres privados, etcétera. El único límite que se le impone es que la conducta externa no afecte los derechos fundamentales de las otras personas. A ello alude el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad.

Cuando se autoriza entonces al Estado a definir erga omnes las formas “saludables” de vida, y bajo sanción penal se obliga a su acatamiento, como es el caso de esta reforma que se intenta, no se trata simplemente de la introducción de un “articulito” –eufemismo con el que oficialmente se banaliza su significado–, sino de una reforma del modelo de Estado que constitucionalmente nos rige. En este sentido, MANUEL ITURRALDE, cuando expresa:

Por otro lado, tales razones responden a una visión que choca por completo con el Estado liberal y democrático que establece la Constitución Política. Así, la pretensión de “ejercer una protección coactiva para proteger a la sociedad y al consumidor mismo de los efectos de la droga”, como afirma Arias, no es simplemente cuestión de cambiar un articulito de la carta política; implica transformar por la puerta de atrás el modelo de Estado que nos gobierna.

Esto, que exige un debate mucho más transparente y serio, constituye además un retroceso político de más de sesenta años. Basta analizar las medidas adoptadas por regímenes autoritarios para entender por qué no es deseable tener gobiernos que traten a sus ciudadanos, que ejercen su

⁵⁷ Proyecto de Acto Legislativo “Por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política”, Op. cit.,

libertad sin lastimar a nadie, como locos o enfermos que deben ser curados y encerrados, aún en contra de su voluntad⁵⁸.

El tema amerita traer al debate valiosas reflexiones de algunos clásicos del liberalismo, con ocasión de las agresiones contra la libertad al amparo del argumento de la legitimidad del Estado para prescribir una moral universal, modelos de virtud o de vida buena, cuyo incumplimiento se regula con el castigo. El primero de ellos, EMMANUEL KANT profiere un juicio categórico de deslegitimidad contra el gobierno paternal, aquel que atribuyéndose calidades de buen padre de familia, define de manera despótica el único modelo de virtud que deben prohiar los súbditos, y lo impone incluso de forma coactiva:

La *libertad* en tanto hombre, cuyo principio para la constitución de una comunidad expreso en la fórmula: Nadie me puede obligar a ser feliz a su manera (tal como él se figura el bienestar de los otros hombres), sino que cada uno tiene derecho a buscar su felicidad por el camino que le parezca bueno, con tal que al aspirar a semejante fin no perjudique la libertad de los demás que puede coexistir con la libertad de cada uno según una ley universal posible (esto es, con tal que no perjudique ese derecho del otro). Un gobierno fundado en el principio de la benevolencia para con el pueblo, tal como el de un *padre* para con los hijos, es decir, un *gobierno paternal* (*imperium paternale*) en el que entonces, los súbditos, como niños menores de edad incapaces de diferenciar lo que les es verdaderamente útil o dañino, están obligados a comportarse de un modo meramente pasivo a fin de

⁵⁸ ITURRALDE, "Falacias de la penalización de la dosis mínima". En iguales términos, RANGEL, "La terapéutica verdad", quien se refiere al asunto aquí analizado, en los siguientes términos: "Ese proyecto atenta contra la libertad individual, contra el sagrado derecho que tiene todo individuo a decidir libremente qué hacer con su vida y con su cuerpo, siempre y cuando no lesione los derechos de su prójimo. Desde el punto de vista de la filosofía liberal, el Estado no tiene ningún derecho a tutelar ni a castigar a un adulto libre por lo que hace en su vida privada. Menos derecho tiene a castigarlo con el supuesto propósito de redimirlo, o de protegerlo de sí mismo". Igualmente, el exmagistrado de la Corte Constitucional, GAVIRIA DÍAZ, "¿Por qué, penalizar o no la dosis mínima de drogas?", quien sobre el mismo proyecto, hace la siguiente consideración: Polo Democrático Alternativo. "Si fuéramos a penalizar el consumo de ciertas sustancias, en razón de que afectan la salud de quien las ingiere, entonces debería estar penalizado el consumo de grasas. Habría que fijar una dosis de chicharrón para todos los ciudadanos. La democracia es fundamentalmente un sistema de gobierno amable, que persuade, que educa. Los padres que piensan que el rejo es bueno para sus hijos están equivocados. Esos mismos personajes son los que, siendo gobernantes, creen que lo mejor es el encierro en las cárceles [...]. No hay nada más peligroso que el paternalismo. Es un autoritarismo disfrazado con un rostro amable. Paternalismo es decirle a una persona: "Mire, yo conozco mejor que usted sus intereses, déjeme protegerlo". Al ciudadano no se le puede tratar como a un incapaz. Eso es propio de las dictaduras. Los tribunales de tratamiento fueron propios de los regímenes detrás de la cortina de hierro y en la Alemania nazi. Son medidas terribles". Véase también, UPRIMNY, "Una dosis mínima de cordura".

esperar únicamente del juicio del jefe de Estado la manera en que *deben ser felices*, y sólo de su bondad el que él lo quiera igualmente, -un gobierno así es el mayor *despotismo* pensable (constitución que suprime toda libertad de los súbditos que, por tanto, no tienen derecho alguno)⁵⁹.

Y en mismo orden de ideas, STUART MILL, cuando define los ámbitos de exclusiva soberanía del individuo:

El objeto de este ensayo es el de proclamar un principio muy sencillo encaminado a regir de modo absoluto la conducta de la sociedad en relación con el individuo, en todo aquello que sea obligación o control, bien se aplique la fuerza física, en forma de penas legales, o la coacción moral de la opinión pública. Tal principio es el siguiente: el único objeto, que autoriza a los hombres, individual o colectivamente, a turbar la libertad de acción de cualquiera de sus semejantes, es la propia defensa; la única razón legítima para usar de la fuerza contra un miembro de una comunidad civilizada es la de impedirle perjudicar a otros; pero el bien de este individuo, sea físico, sea moral, no es razón suficiente.

Ningún hombre puede, en buena lid, ser obligado a actuar o a abstenerse de hacerlo, porque de esa actuación o abstención haya de derivarse un bien para él, porque ello le ha de hacer más dichoso, o porque, en opinión de los demás, hacerlo sea prudente o justo. Éstas son buenas razones para discutir con él, para convencerle, o para suplicarle, pero no para obligarle o causarle daño alguno, si obra de modo diferente a nuestros deseos. Para que esta coacción fuese justificable, sería necesario que la conducta de este hombre tuviese por objeto el perjuicio de otro. Para aquello que no le atañe más que a él, su independencia es, de hecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y su espíritu, el individuo es soberano.⁶⁰

Las razones aquí expresadas permiten vaticinar que de llegar a aprobarse la criminalización del consumo de drogas, con los argumentos del carácter terapéutico del castigo o el Estado como custodio de la moral pública, se abriría un boquete profuso e incontenible para una cascada legislativa que criminalizaría también múltiples escenarios hasta ahora del resorte exclusivo de la autonomía personal, como las preferencias de la vida sexual, el régimen alimentario, las costumbres, el culto religioso, las formas de vestir, imponiendo como hegemónicas la visión moral de minorías con poder o de mayorías que asumen como inadmisibles la pluralidad y la divergencia⁶¹.

⁵⁹ KANT, *Teoría y Praxis*, www.elaleph.com. 1999.

⁶⁰ STUART MILL, *Sobre la libertad*, Op. cit., pp. 26-27.

⁶¹ Este vaticinio, infortunadamente, ya se está haciendo realidad. Por ejemplo, el senador ÉDGAR ESPÍNDOLA de Convergencia Ciudadana, partido cooptado por parapolítica, presentó un proyecto de ley en el cual la infidelidad conyugal se

3.5.4. La parapolítica: a cargo de una “cruzada” contra el narcotráfico.

La criminalización del consumo y porte de drogas “ilegales”, se pretende justificar también en que es parte de la cruzada contra el narcotráfico; en efecto, así reza la iniciativa gubernamental:

Dentro de una política integral de lucha contra la droga como la que con coherencia ha venido implementando el gobierno Colombiano, donde se sanciona, se extradita, se extingue el dominio, se invierten millonarios recursos en campañas de fumigación y erradicación manual de cultivos ilícitos, etc., no es coherente ni sostenible que una conducta como el consumo y porte de sustancias estupefacientes o psicotrópicas para uso personal, no sea sancionada⁶².

A este argumento hay que darle un contexto y un escenario, para comprender su significado y hacer una valoración crítica del mismo, como se muestra en seguida.

3.5.4.1. En la estructura transnacional del narcotráfico, media una distancia sideral entre el consumidor o el adicto a la droga, de los que financian la producción, del “capo” del cartel y sus testaferros, y de las instituciones financieras o bancarias multinacionales que “lavan” las ganancias. Asumir la identidad de actores que se relacionan de forma tan diversa con el proceso, induce a confundir las causas, las motivaciones e intereses, lo cual necesariamente conlleva a políticas erradas. Y ello es, precisamente, lo que acontece con el Proyecto, en el que conductas legítimas, que constituyen el ejercicio de la autonomía de una persona, o que son expresión de su vulnerabilidad dada la adición a una sustancia, se confunden con actividades de actores que obtienen astronómicas ganancias de su participación en el mercado transnacional de las drogas ilegales, que en procura de la impunidad, de la rentabilidad y sostenibilidad

sanciona con escarnio público y con multa hasta de 8 millones de pesos (16 salarios mínimos), si se confirma que la infidelidad fue consumada. Los argumentos aducidos, son los siguientes: “hay muchos hogares disfuncionales porque no se cumple la fidelidad. Eso ha conllevado a problemas de alcoholismo y depresión y los niños han sufrido problemas por los divorcios, son acomplejados y con conflictos. Por eso queremos que se entienda el hogar como el núcleo de la sociedad”. Y para él el problema de nuestra sociedad, no es ni la pobreza, ni la inequidad, ni la violencia, ni la parapolítica, sino el “[...] haber acabado la familia, los principios cristianos, es que este Congreso este proponiendo que personas del mismo sexo se casen y tengan hijos, eso sí es grave”. *Revista Semana*, “Inquietud por la propuesta de legislar sobre la vida privada al ‘cobrarles una multa a los infieles’”, en: http://www.semana.com/wf_InfoArticulo.aspx?IdArt=106067 (Consulta del 9 abril de 2007).

⁶² Proyecto “Por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política”, Op. cit.

del negocio, acuden al ejercicio de la violencia, la “justicia” por propia mano, la cooptación del poder político y la corrupción de las democracias.

Dicha confusión en el proyecto, que de alguna forma termina criminalizando a las víctimas del “narcotráfico”, oculta los problemas de fondo que representa el abuso de las drogas, e inhibe la posibilidad de que social e institucionalmente se identifiquen los factores y las auténticas soluciones o tratamientos al conflicto, en términos democráticos y respetando la dignidad humana⁶³.

3.5.4.2. Dado que se articula la criminalización del consumo con la estratagema de la lucha contra el narcotráfico, no deja de ser paradójico que se acuda al Congreso para la reforma constitucional. Y esto se expresa por cuanto la investigación por la “parapolítica” dejó en evidencia la captura que los paramilitares hicieron de dicho órgano legislativo, al punto que hoy una tercera parte de los congresistas elegidos para el período 2006-2010 están judicializados e incluso condenados, por ser beneficiarios del clientelismo armado, el fraude, la corrupción, la compra votos, y la violencia que los paramilitares ejercieron contra la población. De otro lado, como lo han demostrado las investigaciones judiciales y académicas⁶⁴, y las

⁶³ Véase, DIEZ RIPOLLÉS, *Estudios Penales y de Política Criminal*, Vol. 5, “El control penal del abuso de drogas: una valoración político criminal”, págs. 843-844, donde expresa que el prohibicionismo respecto del consumo, tiene efectos perversos en la prevención, por cuanto “se adopta la muy cuestionable decisión ético-política de proteger la salud de los ciudadanos adultos aun en contra de su voluntad. Y por si fuera poco, se procede además a ello empleando los medios coactivos más poderosos de que dispone el Estado”, y además, “obstaculiza la asunción de responsabilidades por la colectividad sobre las causas sociales de la expansión del abuso de drogas, el igual que frena su implicación en la consolidación de pautas de consumo responsable de tales sustancias. Por el contrario, se generaliza la idea de que estamos ante un asunto de exclusiva competencia de los órganos represivos del Estado”. Sobre políticas alternativas a la prohibición, véase: BARATTA, “Introducción a una sociología de la droga”, en *Estudios Penales*, págs. 73-93; del mismo, “Introducción a la criminología de la droga”, págs. 329-346; ROMANI, “Prohibicionismo y drogas: ¿un modelo de gestión social y agotado”, en BERGALLI, *Sistema penal y problemas sociales*, págs. 429-450; DEL OLMO, “Drogas: distorsiones y realidades”, en *Nueva Sociedad*, 102, págs. 81-93; la misma: “La cara oculta de la droga”, en *Poder y Control*, N° 2, págs. 23-48.

⁶⁴ Véase: CAMACHO GUIZADO, “De narcos, paracracias y mafias”, en *En la encrucijada. Colombia en el siglo XXI*, págs. 387-419; CRUZ RODRÍGUEZ, “Los estudios sobre el paramilitarismo en Colombia”, en *Análisis Político*, N° 60, págs. 117-134; CUBIDES CIPAGAUTA, “Narcotráfico y guerra en Colombia: los paramilitares”, en *Violencias y estrategias colectivas en la Región Andina*, págs. 377-410; el mismo: “Narcotráfico y paramilitarismo: ¿Matrimonio indisoluble?”, en *El poder paramilitar*, págs. 205-259; DUNCAN, “Narcotraficantes, guerreros y mafiosos. Historia de una subordinación”, en *Narcotráfico en Colombia. Economía y violencia*; el mismo: *Los señores de la guerra*;

versiones libres de sus comandantes, este actor llegó a conquistas un gran poder económico, gracias a la producción, comercialización y exportación de drogas ilegales. Y, sin embargo, los partidos políticos cuyos congresistas fueron así elegidos, al no tener sanción política por tal circunstancia⁶⁵, han procedido a sustituirlos, con lo cual los votos paramilitares continúan incidiendo en la actual conformación del Congreso y, por supuesto, deciden asuntos fundamentales en el mismo, como el proyecto de referendo para la reelección presidencial y el proyecto que aquí se discute⁶⁶.

Es obligado, entonces, interrogarse sobre la legitimidad de la actual representación política en Colombia y, si a partir de las realidades denunciadas, es posible seguir hablando de democracia, si es que

FRANCO, "El mercenarismo corporativo y la sociedad contrainsurgente", en *Estudios políticos*, N° 21, págs. 54-82; GONZÁLEZ/BOLÍVAR/VÁSQUEZ, *Violencia política en Colombia*, págs. 59-75; GUTIÉRREZ/BARÓN, "Estado, control territorial paramilitar y orden político en Colombia", en *Nuestra guerra sin nombre*, págs. 267-309; MEDINA GALLEGU, "La economía de guerra paramilitar: una aproximación a sus fuentes de financiación", en *Análisis Político*, N° 53, págs. 77-87; PIZARRO LEONGÓMEZ, "Colombia: ¿Guerra civil, guerra contra la sociedad, guerra antiterrorista o guerra ambigua?", en *Análisis político*, N° 46, págs. 164-180; RANGEL, "¿Adónde van los paramilitares?", en *El poder paramilitar*, págs. 11-23.

⁶⁵ En este momento es perentorio recordar dos hechos políticos que guardan relación con esta materia: de un lado, que cuando comenzó la judicialización y captura de los congresistas vinculados a la "parapolítica", el Presidente URIBE VÉLEZ les reclamó que con urgencia, antes de su aprehensión, dieran el voto a las iniciativas legislativas del gobierno. Del otro, que la reforma política con la cual se pretendía depurar el Congreso, al consagrar la "silla vacía" como sanción para los partidos políticos cuyos congresistas fueran judicializados por la parapolítica, sufrió un rotundo fracaso, en lo cual tuvo mucho protagonismo el Gobierno, muy probablemente por temor a perder sus mayorías en el Congreso.

⁶⁶ Lo mismo cabe decir de la reforma política impulsada también por el Gobierno Nacional, que terminó introduciendo el "orangután", en cuya virtud se les concedió status de delincuentes políticos, con sus correlativos derechos políticos, a los jefes paramilitares. Véase: *El Espectador*, "Abren puertas para que 'paras' accedan a cargos de elección popular", Bogotá, 26 Mayo 2009: "El ex presidente Liberal, César Gaviria Trujillo, advirtió que en la reforma política hay un "verdadero orangután, inconveniente y nocivo para el país"; se trata del artículo cuarto, que faculta a los jefes paramilitares para que sean escogidos para cargos de elección popular y puedan tener contratos con el Estado. "Lo que tumbó la Corte Constitucional en la ley de justicia y paz ahora lo pretenden convertir en una consagración constitucional [...]. Yo no había visto una monstruosidad igual, como la de consignar los derechos de los jefes paramilitares en la constitución", advirtió Gaviria. Véase, también, PAREDES, "Debate sobre posible 'para-mico' en la Reforma Política", en *Semana.com* (consulta del 26 Mayo de 2009). Así mismo, el reciente aval del Congreso a la amnistía para los paramilitares, al amparo del "principio" de oportunidad. Sobre esto último, véase: *El Espectador*, "Denuncian que ley aprobada por el Congreso da amnistía disfrazada a delitos de lesa humanidad", 18 Junio de 2009; SOCHA M., "Principio de oportunidad para los desmovilizados", en *Semanario Virtual Caja de Herramientas*, N° 163.

ella es algo más allá de lo meramente formal, y significa un elector informado, libre, con posibilidad de participación en la pluralidad de propuestas políticas, la no criminalización de la oposición, etcétera⁶⁷.

3.5.5. ¿Y de los recursos institucionales y financieros, qué?

El Proyecto en comento consagra el carácter universal del derecho a la salud, y prescribe que los servicios públicos necesarios para su garantía, están a cargo del Estado. Y uno de dichos servicios son las medidas terapéuticas, pedagógicas, cuya imposición le corresponde a un Tribunal mixto conformado por jueces y personas del “sector de la salud”:

Con fines preventivos y rehabilitadores, la ley establecerá medidas con carácter pedagógico, profiláctico o terapéutico para quienes consuman dichas sustancias. Por decisión de una instancia conformada por el sector salud y la rama judicial, estas medidas podrán estar acompañadas de limitaciones temporales al derecho a la libertad, y se harán efectivas en instituciones adaptadas para los fines propios de la prevención y la rehabilitación⁶⁸.

¿Y cuál es el universo de personas que se pretende judicializar y sancionar a través de los Tribunales terapéuticos? El reciente “Estudio Nacional de hogares sobre el uso de sustancias psicoactivas 2007-2008”, concluye que 540.000 colombianos habrían consumido drogas ilegales en el último año. Además, hay 254.000 colombianos que tienen dependencia de marihuana. Y de 140.000 personas que declararon consumo de cocaína en el último año, el 60%, es decir 85.000, clasifican en el grupo de “abuso” o “dependiente”,⁶⁹.

⁶⁷ Es pertinente aquí la advertencia que hace La Comisión Latinoamericana de Drogas y Democracia, cuando expresa que “El lucro de las drogas es el principal financiador del comercio ilegal de armas y millares de jóvenes son muertos en luchas internas por el control del comercio o en combates con la policía o con militares, que también son víctimas fatales de esta guerra singular. Parte de las fuerzas responsables por el mantenimiento del orden y de las estructuras de poder fue cooptada por el crimen organizado y el poder corruptor del dinero asociado al tráfico de drogas penetra en todos los niveles de los poderes públicos y corroe los propios fundamentos de la democracia”. Comisión Latinoamericana de Drogas y Democracia, “Drogas y democracia en América Latina: hacia un cambio de paradigma”, en: <http://static.elespectador.com/archivos/2009/02/8c238757c07a0abcbf7ea1d3947213ca.doc> (consulta del 1 junio de 2009).

⁶⁸ Véase: Proyecto de Acto Legislativo “Por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política”, Op.cit.

⁶⁹ Véase: *Estudio Nacional de hogares sobre el uso de sustancias psicoactivas 2007-2008*, producto del esfuerzo del Ministerio del Interior y de Justicia, la Dirección Nacional de Estupefacientes y el Ministerio de la Protección Social, con el apoyo de la Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, la Embajada de Estados Unidos

Tal volumen de casos, de procesarse de manera real y efectiva, terminaría colapsando el sistema judicial al ocupar gran parte de su personal, de su infraestructura y recursos financieros. Ante esta circunstancia, de aprobarse y ponerse en ejecución una política criminal prohibicionista, es posible vaticinar dos escenarios igualmente distópicos: el primero, dado el carácter estructuralmente selectivo del sistema penal⁷⁰, habría un ensañamiento contra “chivos expiatorios” reclutados entre los grupos socioeconómicos más vulnerables, para cierta apariencia de eficacia a la ley. En otras palabras, se trataría de un derecho penal esencialmente simbólico⁷¹, con el cual se le significaría a los ciudadanos que el Estado se ha hecho cargo de los problemas socialmente atribuidos al consumo de drogas y le ha dado respuestas a sus demandas de que se haga algo respecto de ellos, con la correlativa cuota de legitimación que tal estrategia conlleva. En este sentido, BOAVENTURA DE SOUSA y MAURICIO GARCÍA VILLEGAS, cuando expresan que

El déficit de maniobra política de los gobiernos propicia el uso simbólico de los discursos legales. Mientras más limitado es el margen de maniobra política de los gobiernos en Colombia y más incontrolable es la violencia, más inclinados están estos a tratar dichos problemas de manera tal que el énfasis institucional se ponga en la legitimación, la comunicación y el uso simbólico del derecho y no en la obtención de resultados. En estos contextos críticos, la producción e implementación de normas da lugar a una reconstrucción de los problemas sociales y a un escape político hacia terrenos en los cuales los gobiernos pueden obtener mayores ventajas o

en Colombia y la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas de la OEA, en <http://odc.dne.gov.co/img/pdf/BoletinEnLinea21dne.pdf> (consulta del 15 junio de 2009). En sentido crítico a las cifras aportadas por este estudio, véase GONZÁLEZ POSSO, “La ignorancia es atrevida”, en *Semanario Virtual Caja de Herramientas*, N° 152.

⁷⁰ BARATTA, “Derechos Humanos: Entre violencia estructural y violencia penal”, en *Criminología y sistema penal*, págs. 340-341: “El modo como el sistema de justicia criminal interviene sobre este limitado sector de la violencia “construido” con el concepto de criminalidad es estructuralmente selectivo. Esta es una característica de todos los sistemas penales. Existe enorme discrepancia entre el número de situaciones sobre las cuales el sistema es llamado a intervenir y aquel sobre el cual puede intervenir y efectivamente interviene [...]. La inmunidad y la criminalización son concretadas, generalmente por los sistemas punitivos según la lógica de las desigualdades en las relaciones de propiedad y poder”.

⁷¹ Sobre este concepto, véase: DIEZ RÍPOLLES, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *Crítica y justificación del derecho penal*, págs. 147-172; BERGALLI, “Las funciones del sistema penal”, en *Sistema Penal y problemas sociales*, págs. 25-82; HASSEMER, “Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en *Pena y Estado*, N° 1, págs. 23-36; VAN DER KERCHOVE, “¿Las leyes penales están hechas para ser aplicadas?”, en *Nuevo Foro Penal*, N° 48, págs. 181-198; GARCÍA VILLEGAS, *La eficacia simbólica del derecho*; el mismo: “Función simbólica del Derecho y estabilidad institucional”, en *Ética y conflicto*.

simplemente atenuar los efectos perversos de su incapacidad política. El déficit de legitimidad, originado y causado a la vez por la ineficacia instrumental del Estado, se compensa parcialmente con el aumento de la comunicación a través de la producción de discursos legales como respuesta a las demandas sociales de seguridad, justicia social y participación⁷².

La otra alternativa sería aquella funcional a lo que NILS CHRISTIE nombra como “la industria del control del delito”⁷³, que consistiría en el encarcelamiento (“internamiento terapéutico”, en palabras del Proyecto) de cientos de miles de personas, lo cual supondría enormes inversiones y gastos: en la construcción, el financiamiento, el equipamiento de las “instituciones adaptadas para los fines propios de la prevención y la rehabilitación”; en la dotación de los sistemas de vigilancia electrónica, las alarmas, las pulseras electrónicas para los liberados condicionalmente; en la contratación del personal “científico” necesario para las “terapias”; en el ejército de guardianes para garantizar la vigilancia y el control disciplinario; en servicios alimentarios, etcétera. Y, obviamente, con costos para las libertades al punto de convertirnos totalmente en un Estado policía⁷⁴.

Las razones precedentes llevan, pues, al convencimiento de que la regulación en términos punitivos del conflicto, será otra de las

⁷² DE SOUSA SANTOS/GARCÍA VILLEGAS, *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia*, tomo I, págs. 73-74. Sobre el concepto, véase además: DIEZ RIPOLLÉS, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *Crítica y justificación del derecho penal*, págs. 147-172; HASSEMER, “Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en *Pena y Estado*, N° 1, págs. 23-36.

⁷³ Cfr. CHRISTIE, *La industria del control del delito*, pág. 123: “Controlar a partes de la población ociosa en forma directa y crea nuevas tareas para la industria y sus propietarios. Desde este último punto de vista, los reclusos adquieren un papel nuevo e importante: se convierten en la materia prima de la industria del control del delito”.

⁷⁴ Véase en este sentido, BARATTA, “Principios del derecho penal mínimo”, *Op. cit.*, pág. 314, donde expresa que, “El desigual funcionamiento de la justicia penal encuentra, pues, en la discrepancia entre los recursos administrativos y el programa legislativo, una causa estructural. Si no se quiere aceptar como fisiológica la existencia de una vastísima cifra oscura de criminalidad y la realización de la función punitiva por medio de chivos expiatorios-, quedan teóricamente, sólo dos posibilidades: adecuar los recursos a los programas de acción legislativos, o bien, redimensionar los programas de acción sobre la base de los recursos disponibles en o para el sistema. La primera alternativa debe ser excluida no sólo por la imposibilidad de realizar una gigantesca inversión, cuyos costos económicos jamás podrían equilibrar los eventuales efectos útiles del sistema mismo, sino también porque sería insostenible el costo social de una operación de efectiva adecuación, que, de todas maneras, queda planteada únicamente como hipótesis teórica, esto es, una militarización de la justicia penal y del Estado”.

formas de criminalizar a los jóvenes, en condiciones de miseria y pobreza, que estarán sobrerrepresentados en las cifras institucionales de persecución de la conducta, no obstante ser ella propia de todos los estratos sociales y de todas las condiciones etáreas⁷⁵.

En lo que hay certeza es que cuando el sistema penal criminaliza el ejercicio de los derechos fundamentales, las bagatelas y las erige en el problema central de la “inseguridad ciudadana”, son estas conductas las que terminan acaparando la atención de los actores que controlan los filtros iniciales de la persecución penal –entre ellos, la Fuerza Pública–, y, por ende, del sistema judicial, reforzando de esta forma las inmunitades que el sistema le depara a los poderes económicos y políticos responsables de los grandes crímenes, como lo serían en el caso colombiano, las desapariciones forzadas⁷⁶, las ejecuciones extrajudiciales⁷⁷, el desplazamiento forzado⁷⁸, las masacres, la corrupción, el etnocidio contra las comunidades indígenas⁷⁹, la violencia sexual contra los niños y niñas, entre otros. Sobre estos conflictos, que afectan a millones de colombianos, el Gobierno no expresa indignación alguna, e incluso no es infrecuente que los banalice atribuyéndole la información a una “guerra jurídica” contra el Estado y sus instituciones

⁷⁵ Véase, *Estudio Nacional de hogares sobre el uso de sustancias psicoactivas 2007-2008*, Op. cit., el cual arrojó las siguientes cifras: El grupo de edad con mayor prevalencia del último año de uso de drogas ilícitas es el de 18 a 24 años con cerca de 6%, seguido por el grupo de 15 a 34 años con un 3,9% y el de 12 a 17 años con un 3,4%. En cuanto a estratos socioeconómicos, el mayor consumo de drogas ilícitas en términos del uso reciente se encuentra en el estrato 4 (4,2%), seguido por los estratos 5 y 6 (2,9%), el estrato 3 (2,8%) y los estratos 1 y 2 (2,4%), para cada uno de ellos.

⁷⁶ Con motivo de la campaña lanzada por diversas organizaciones colombianas para lograr tornar visible el problema y que se ratifique la Convención Internacional de Naciones Unidas para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, se menciona que en las cuatro décadas de conflicto armado interno, se han presentado entre 15.000 y 50.000 desapariciones. Véase: “ONG colombianas lanzan campaña contra desaparición forzada”, en *Semana.com* (consulta del 27 de mayo de 2009).

⁷⁷ Véase: Centro de Investigación y Educación Popular - Cinep-, *Falsos Positivos. Balance del Segundo Semestre de 2008. Informe Especial*, Bogotá, D.C. - Abril de 2009, en http://www.cinop.org.co/sites/cinop.cinop.org.co/files/Informe%20falsos%20positivos%202008-II%20-%20Abril%202009%20_FINAL_.pdf (consulta del 30 mayo de 2009).

⁷⁸ La Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES), calcula en 4.3 millones los colombianos víctimas del desplazamiento forzado, cifra equivalente al 9.3% de la población nacional. *Elespectador.com*, “Población desplazada en Colombia alcanza los 4,3 millones de personas” (consulta del 1 de mayo de 2009).

⁷⁹ Véase: Tribunal Permanente de los Pueblos, *Empresas transnacionales y derecho de los pueblos en Colombia, 2006 – 2008*, en: <http://www.colectivodeabogados.org/img/doc/DictamenSesiondeliberante.doc> (consulta del 20 de noviembre de 2008); LONDOÑO BERRÍO, “El fuero y la jurisdicción penal especial indígenas en Colombia”, en *Anuario de Derecho Penal* 2006, págs. 153- 210.

democráticas⁸⁰. El concentrar entonces las indignaciones, los estigmas y la represión penal en unos pocos, seleccionados generalmente entre los más vulnerables, constituye una eficaz estrategia para ocultar o minimizar los crímenes e injusticias de los poderes dominantes, con la inmunidad subsecuente que les garantiza su “legitimidad”. En este mismo sentido ZYGMUNT BAUMAN, cuando dice que,

Cualquier peligro que se intuye en la delincuencia “en la cima”, o se atribuye a ella, corresponde a un orden totalmente distinto. Sería sumamente difícil visualizar cómo el hecho de castigar a los culpables podría aliviar los sufrimientos cotidianos atribuidos a los peligros más tangibles que acechan en las calles y los barrios más peligrosos de la ciudad donde uno vive. De ahí que no es mucho el capital político que se gana por “parecer que se hace algo” para poner fin a la delincuencia “en la cima”. Y no es grande la presión política que se ejerce sobre los legisladores y guardianes del orden para que se devanen los sesos y aglicen los músculos en una lucha más eficaz contra esa clase de delincuencia; no tiene comparación con el clamor público contra ladrones de autos, asaltantes y violadores, o contra los guardianes de la ley y el orden que se muestran poco severos en aplicarles el merecido castigo⁸¹.

3.5.6. Una solución salomónica: criminalizar inocentes para garantizar la condena de un posible culpable.

En el Proyecto se recurre al manido argumento⁸² de que la nocriminalización del consumo, sirve al “narcomenudeo”, que se

⁸⁰ Para el Presidente URIBE VÉLEZ, en reciente declaración, “solo existen 22 casos comprobados” de falsos positivos, y “la Fuerza Pública no se dejará acomplejar por centenares de falsas acusaciones”. Las denuncias sobre estos crímenes, obedecen a falsas acusaciones “para tratar de paralizar la acción de la Fuerza Pública contra los terroristas”. Caracol Radio. “Uribe dice que solo existen comprobados 22 casos de ‘falsos positivos’”, Marzo 23 de 2009, en: <http://www.caracol.com.co/nota.aspx...> Véase, también: “Uribe denuncia política de ‘falsas acusaciones’ contra Fuerzas Militares”, en El Espectador.com (consulta del 8 Mayo 2009). Sin embargo, la propia Fiscalía General de la Nación reporta que la Unidad Nacional de Derechos Humanos tiene en sus manos 1.009 casos, en los que se comprenden 1.666 víctimas. El Espectador, 30 de abril de 2009.

⁸¹ BAUMAN, *La Globalización*, pág. 162.

⁸² Desde el exministro del Interior y de Justicia FERNANDO LONDOÑO HOYOS ya se escuchaba este argumento, cuando le atribuyó carácter ambiguo a la Corte Constitucional que descriminalizó el consumo: “[...] porque cada persona tiene una dimensión diferente sobre lo que debe ser la cantidad de una dosis personal”, lo cual en su sentir, “[...] hace muy relativo el control policial. Los traficantes no llevan en su bolsillo más cantidad de lo que podría confundirse con una dosis personal. Esto hace imposible el trabajo de la policía para reprimirlos”. Véase: http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/sne/2002/octubre/01/11102002.htm (Consulta del 20 abril de 2009). El propio Presidente URIBE VÉLEZ, lo reitera mucho después: “Creo que el Congreso de la República, más que escuchar al Gobierno, tiene que escuchar a la comunidad. Sin que yo mencionara el tema, espontáneamente la comunidad lo dice [...] Presidente, usted ordenó que la Policía confiscara los expendidos de droga.

ampara en tal circunstancia para evadir la acción policial, lo cual garantiza su impunidad; en efecto:

A través de la dosis personal, se está no solo permitiendo el consumo masivo por la juventud, atentando contra su integridad personal y su salud, sino convirtiendo a los jóvenes en pequeñas mulas del narcotráfico, que con el argumento siempre esgrimible ante las autoridades de policía, de portar la dosis para uso personal, la cual no se encuentra penalizada en Colombia a partir de la sentencia de la Corte Constitucional, se dedican al expendio, venta y tráfico de drogas, aumentándose gravemente no sólo los índices de consumo de drogas ilícitas, sino del tráfico de estupefacientes, con gravísimos efectos tanto para la persona como para el Estado colombiano dentro del contexto de la lucha internacional contra las drogas⁸³.

El derecho penal del Estado constitucional de derecho, encuentra inadmisibles la posibilidad de que problemas de orden probatorio que empíricamente se pueden suscitar para acreditar la existencia del hecho punible, se resuelvan con presunciones de responsabilidad, con la formulación de tipos penales ambiguos, y, con mayor razón, con la criminalización de las conductas, que así no conculquen un bien jurídico, se hallan fenoméricamente cercanas a la primera. Cuando así se procede, se institucionaliza un trato idéntico a supuestos sociológicos y jurídicos radicalmente divergentes.

Y ya se ha expresado que lo probatorio es un problema de inteligencia institucional, de investigación. La pregunta obligada es: ¿qué pasa con todos los recursos institucionales dispuestos para ella en la Fiscalía, en la fuerza pública, en el Das, etcétera?

Pero es muy difícil porque, tras de la dosis personal todos los días aparecen nuevos expendidos. Con la permisividad de la dosis personal, todos los días se involucran más niños en la distribución de droga. Con la excusa de que la dosis personal no puede ser sancionada, todos los días hay más tráfico en pequeñas cantidades". También, ESPEJO, "Gobierno volverá a insistir en penalización de dosis personal", en *El Espectador*, 4 de diciembre de 2008. El argumento fue apropiado luego por quien hoy ocupa la cartera del Ministerio del Interior y de Justicia, el Doctor FABIO VALENCIA COSSIO: "La eliminación de la dosis mínima es apenas una de las herramientas que debe tener una política nacional para proteger a nuestros niños y jóvenes, que son inducidos al consumo por los criminales distribuidores que se amparan en que no hay sanciones para los que mercadean al menudeo [...] es absurdo afirmar que el Estado piensa encarcelar a los adictos, porque, como bien lo dice el señor presidente Uribe, un adicto es un enfermo y un enfermo no es culpable". *El Tiempo*, "Uno de cada 10 colombianos ha probado la droga, dice estudio del Centro Nacional de Consultoría", febrero 24 de 2009.

⁸³ Proyecto de Acto Legislativo, "Por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política", Op. cit.

Hay dos hechos que dan luces respecto a lo que pasa con la inteligencia institucional: el primero de ellos se relaciona con el DAS, Departamento de inteligencia de la Presidencia de la República y bajo la dirección y control del Presidente. Como es de público conocimiento, este organismo desde mucho tiempo atrás venía realizando interceptaciones ilegales de teléfonos y correos, seguimientos a las familias, hurgando aspectos íntimos de la vida privada de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de Magistrados auxiliares responsables de la investigación de la parapolítica, de periodistas, opositores políticos, y directores de organizaciones dedicadas a la defensa y protección de los Derechos Humanos, entre otros. Tal circunstancia es de tal gravedad que obligó a la Corte Suprema a solicitar la presencia de un Relator Especial de la ONU para la Independencia Judicial. Y relacionado también con esta dependencia, el llamamiento a juicio de su exdirector, Jorge Noguera, acusado por la Fiscalía de torpedear investigaciones de paramilitares, entregarles información confidencial, suministrarles información de sindicalistas, dirigentes políticos y profesores –emblemático, el caso de Alfredo Correa de Andrés– que luego terminaron asesinados⁸⁴.

El segundo se relaciona con los informantes –entre ellos “los desmovilizados”⁸⁵–, eje de la inteligencia de la “Seguridad democrática”, que según las investigaciones recientes sobre las ejecuciones judiciales –mal llamados “falsos positivos”–, han tenido una relevante participación en el aporte de datos de las víctimas propiciatorias, y para lograr engañarlas y facilitar su ejecución por agentes del Estado. Y también han demostrado especial eficacia en el aniquilamiento del tejido social comunitario⁸⁶, en la construcción

⁸⁴ Véase, *El Espectador*, “Fiscalía llama a juicio a ex director del DAS Jorge Noguera”, 8 de mayo 2009.

⁸⁵ El régimen de desmovilización individual esta contenido en la Ley 418 de 1997, la cual fue reglamentada por el Decreto 128 de 2003, cuyo artículo 9º establece que “el desmovilizado que voluntariamente desee hacer un aporte eficaz a la justicia entregando información conducente a evitar atentados terroristas, secuestros o que suministre información que permita liberar secuestrados, encontrar caletas de armamento, equipos de comunicación, dinero producto del narcotráfico o de cualquier otra actividad ilícita realizada por organizaciones armadas al margen de la ley, de conformidad con las disposiciones legales vigentes o la captura de cabecillas, recibirá del Ministerio de Defensa Nacional una bonificación económica acorde al resultado, conforme al reglamento que expida este Ministerio”.

⁸⁶ Véase, URIBE DE HINCAPIÉ, “El Republicanismo patriótico”, pág. 19, donde magistralmente la Profesora señala que la red de informantes contribuye a la configuración de una “sociedad vigilada”, que termina aniquilando la política, porque “las confianzas entre vecinos, las viejas lealtades solidarias y las tramas de sociabilidad se fracturan, se disuelven, se atomizan, porque cualquiera puede ser enemigo,

de los montajes para las detenciones masivas⁸⁷ y la judicialización de opositores políticos del Gobierno, los defensores de derechos humanos, los dirigentes sindicales, los líderes populares, indígenas, entre otros.

Si los ejes investigativos están en gran parte articulados a estructuras criminales, no resulta extraño que la venta “al detal” de drogas, goce de tal libertad. Los inmuebles y lugares dedicados a tal fin no son recónditos, ni situados en las selvas, como para pasar desapercibidos, de allí que una mínima “inteligencia” que no requiere ser “superior”, basta para lograr su identificación. Por este motivo, con certeza se puede afirmar que no se requiere una reforma constitucional para lograr eficacia investigativa respecto de estas conductas.

Tampoco cabe duda de que a los habitantes, especialmente urbanos, les preocupa la presencia de las drogas en sus comunidades, por la violencia que acompaña y por la vulnerabilidad de los jóvenes frente a las mismas, por eso no son infrecuentes las denuncias en múltiples escenarios. La persistencia de estos fortines es fundamentalmente posible por fenómenos de corrupción policial, situación que se soslaya con el argumento que la policía es incapaz de vencer las argucias de los traficantes que se amparan en ser portadores de una “dosis personal”.

De otro lado, son plurales las referencias investigativas que indican que gran parte de la violencias graves en muchos territorios del país, tienen origen en la disputa por el dominio territorial y poblacional, entre paramilitares, desmovilizados, o “bandas emergentes o criminales” –Bacrim–, y que correlativo a dicho dominio ejercen el monopolio de la distribución de drogas ilegales, conjuntamente, con los préstamos

cualquiera puede ser el informante y en este contexto de sospechas mutuas declinan las acciones colectivas, la deliberación pública, la organización social y termina imperando el silencio y el retraimiento de los individuos hacia la esfera privada y doméstica”.

⁸⁷ BUSTAMANTE PEÑA, “Los falsos positivos: ni falsos ni positivos”. En: *Semanario Virtual Caja de Herramientas*, N° 0041, donde expresa que las “Capturas ilegales que rompen todo principio de Estado de Derecho y que se basan en los testimonios de personas cobijadas por otro cuestionable concepto de la seguridad democrática “la red de cooperantes”, cuyo bello nombre lingüísticamente vislumbra y evoca solidaridad patria, pero en realidad esconde a caza recompensas dispuestos a vender sus mentiras y falsas acusaciones sin importarles la suerte de los encarcelados y sus familias. El resultado: la gente aplaude cuando ve por televisión la espectacularidad de las “capturas masivas” y muy pocos señalan al gobierno por lo que realmente son inhumanas detenciones arbitrarias y la utilización indiscriminada e irresponsable de caza recompensas, en su mayoría reinsertados que han convertido el deber ciudadano de la denuncia en un negocio”.

usureros conocidos como “paga-diario” o “gota a gota”⁸⁸, la prostitución de menores y adolescentes, la explotación de los juegos de azar, el chance⁸⁹, las máquinas tragamonedas⁹⁰, fuera de otras actividades económicas legales e ilegales. Y ante la “impunidad” con la cual ejercen sus actividades, parece pertinente sospechar o formular como hipótesis que esas actividades son la contraprestación o retribución que se hace al paramilitarismo, por el control social que ejercen sobre poblaciones especialmente conflictivas o peligrosas, mientras la tarea central de la fuerza pública se concentra en la guerra contra los enemigos. En este sentido debe entenderse lo señalado por OROZCO ABAD, cuando asevera que,

⁸⁸ Véase, *El Tiempo*, “El negocio del ‘gota a gota’ se sigue moviendo, incluso con amenazas de muerte para los morosos”, diciembre 7 de 2008. En esta noticia se registra que el fenómeno se encuentra presente en todo el país, y tiene a los paramilitares y a los “desmovilizados”, como los titulares principales del negocio. Y debemos agregar que el cobro de las acreencias obviamente no puede ser por los conductos institucionales, esto es, el sistema judicial, porque los intereses pactados rebasan con creces los de la usura, regulada como delito en el Código Penal, con lo cual los usureros se ven precisados a acudir a la “justicia” por propia mano, a través de amenazas, las vías de hecho, no siendo infrecuente el homicidio. Y no se registran denuncias, porque la vulnerabilidad económica de quienes acuden a prestar, determina que lo tengan como el único “banco” asequible y, además, el terror los inhibe, porque conocen la capacidad de agresión de los prestamistas, quienes generalmente gozan de dominio territorial, lo cual acrecienta el sentimiento de indefensión, porque tal circunstancia generalmente encuentra correlación con la corrupción de las autoridades.

⁸⁹ Véase, *El Tiempo*, “Camino a repetirse adjudicación del chance en medio de corrupción e infiltración de grupos ilegales”, 22 abril de 2009. La Oficina del Zar Anticorrupción, ÓSCAR ORTIZ, llama la atención sobre lo que parece ser una estrategia común en muchos departamentos y que pasa por la declaración de urgencia manifiesta, la ampliación de contratos con los operadores que ya tenían el negocio y, finalmente, la aparición de un solo proponente en la licitación definitiva. Revista Semana, “Las viudas del chance”, en <http://www.semana.com/noticias-nacion/viudas-del-chance/109629.aspx> (consulta del 23 Febrero 2008). En esta investigación periodística se señala que en la ciudad de Barranquilla, en los últimos seis años, fueron asesinados 18 empresarios y promotores de apuestas, en razón de “una puja por el control del negocio”. Pero la misma situación, se ha presentado a lo largo de todo el país.

⁹⁰ Véase, *Revista Semana*, N° 1414, “La suerte capturada”, junio 6 de 2009. En este artículo periodístico, se cita la siguiente declaración del zar anticorrupción, ÓSCAR ORTIZ: “Desde cuando nació, Etesa - Empresa Territorial para la Salud- tiene un diseño perverso que ha permitido que se convierta en un foco de corrupción, y de hecho el problema es de tal dimensión, que ya se está discutiendo la forma como será liquidada y creada la nueva organización”. Esta circunstancia explica que la entidad ha sido incapaz de ejercer control sobre las máquinas tragamonedas y casinos piratas, controladas por “grupos ilegales y nuevas mafias”, que les generan utilidades cercanas a 650 mil millones de pesos. Véase, también, DIANA CAROLINA JIMÉNEZ, “Proponen políticas para adictos al juego”, *El Colombiano*, 23 mayo de 2009, donde se registra que el país tiene 500.000 adictos al juego “ludópatas”, y se concluye con el siguiente comentario “La pregunta que se hacen los psicólogos, la autora del proyecto de ley y hasta los mismos ludópatas, es cómo pagar 2 millones de pesos que cuesta un tratamiento, cuando es natural que un adicto al juego esté endeudado hasta el cuello y muchas veces, hasta reportado en datacrédito”.

[...] el gobierno ha decidido utilizar a ex paramilitares como guardias en nueve ciudades del país y que quiere hacer extensiva la medida a los guerrilleros desmovilizados. Parecería, en tal sentido, que el gobierno Uribe se sirve de un tratamiento policivo-punitivo en el plano simbólico de sus enemigos, pero que en el plano instrumental prefiere un tratamiento político-militar de los desmovilizados. Yo, por mi parte, defendí una política similar en “otra época, es decir, cuando no se sabía tanto sobre la simbiosis profunda entre el narcotráfico y el paramilitarismo. Hoy encuentro más riesgosa la medida. Hoy, podría ser interpretada razonablemente como un dispositivo gubernamental de apoyo a la legalización y afianzamiento de la revolución conservadora de corte narco-paramilitar en que parece apoyarse, por lo menos temporalmente, el Estado colombiano en su guerra contra las guerrillas revolucionarias de izquierda⁹¹.

⁹¹ OROZCO ABAD, *Combatientes, rebeldes y terroristas*, pág. XXVIII. En igual sentido, CEPEDA-CASTRO, “Los paramilitares: Dispositivo del modelo “democrático” de control social”, en Linda Helfrich / Sabine Kurtenbach (Eds.). Colombia, caminos para salir de la violencia, págs. 143-144. Lo que afirman estos autores, es algo que ha venido aconteciendo en diversos lugares del país. Paradigmático en tal sentido, es el sector de la Comuna 13 de Medellín, la cual fue objeto de una intervención militar conocida como la “Operación Orión”, en octubre de 2002, mediante la cual el Estado expulsó a los grupos insurgentes que desde diez años atrás hacían presencia en la zona. El Presidente URIBE VÉLEZ en diversas ocasiones ha manifestado que el dispositivo bélico utilizado allí, debe ser replicado respecto del conflicto político armado en otros escenarios urbanos del país. En Buenaventura, llegó a expresar que, “Este problema de la inseguridad y violencia en Buenaventura hay que arreglarlo, pues si lo hicimos en la comuna 13 de Medellín, ¿porqué no lo podemos hacer aquí?” (*El Colombiano*. “Buenaventura vivirá su propia “Operación Orión”, Medellín, 10 diciembre de 2005). Sin embargo, Diego Fernando Murillo, alias “Don Berna”, Jefe de los Bloques Cacique Nutibara y “Héroes de Granada, ante un Fiscal de Justicia y Paz, declaró que los paramilitares bajo su mando apoyaron a la Fuerza Pública en dicha operación, con el conocimiento de los generales que la dirigieron. Véase: Eltiempo.com, “Paramilitares apoyaron a la Fuerza Pública en la operación Orión, dijo ‘Don Berna’ durante audiencia”, en: http://www.eltiempo.com/colombia/justicia/paramilitares-apoyaron-a-la-fuerza-publica-en-la-operacion-orion-dijo-don-berna-durante-audiencia_5509827-1 (consulta del 25 de junio de 2009); Verdadabierta.com/web3/justicia-y-paz/extraditados/1370-don-berna-volvio-a-senalar-a-montoya-y-gallego (consulta del 23 de Junio de 2009). De esta forma, se corrobora lo que expresara el Cinep, en su investigación sobre la Comuna 13, en el sentido de que lo acontecido allí fue “la aplicación de un modelo de agresión criminal contra la comunidad” y que “[...] no se trató, estrictamente, de una guerra entre dos bandos, se pusieron a prueba estrategias y modalidades de arrasamiento del tejido social y comunitario por la vía de la fuerza (militar y jurídica) para, finalmente, imponer el control social e implantar en el territorio comunal la presencia de un Estado paramilitar”. Banco de Datos de Violencia Política Cinep & Justicia y Paz, *Comuna 13, la otra versión. Noche y Niebla, Caso Tipo No 2*, Bogotá, Cinep, mayo de 2003, pp. 9-10. En idéntico sentido, véase Grupo Interdisciplinario de Violencias y Conflictos del INER-, Dinámicas de guerra y construcción de paz. *Estudio interdisciplinario del conflicto armado en la Comuna 13 de Medellín*, Medellín, Universidad de Antioquia, Universidad de Medellín, Corporación Región e Instituto Popular de Capacitación, 2008, págs. 97 y 135-137.

3.5.7. La demonización de las “drogas ilegales”: origen y causa de los grandes crímenes.

Un argumento recurrente del Gobierno, es atribuirle al consumo de drogas “ilegales” la causa directa de la mayoría de crímenes que se cometen en el país; en efecto:

Hay un clamor en Cali para que se sancione la dosis personal de droga, en toda parte. En estos días los caleños, en toda parte, espontáneamente, se quejan por el problema de la dosis personal de droga, como factor desencadenante de una serie de delitos [...] en un país que fumiga al año 160 mil hectáreas de droga, que este año debe erradicar 50 mil hectáreas de droga manualmente, en un país que ha extraditado en los últimos cuatro años y medio 554 ciudadanos, en un país que tiene una de las legislaciones más severas del mundo para confiscar riqueza ilegítima, creo que todo eso se contradice con esta permisividad al consumo. Hay que entender que la dosis personal de droga, legalizada como está en Colombia, es un factor desencadenante de una gran cantidad de delitos⁹².

En otras ocasiones, se reputa los lugares de expendio, como nichos donde emergen las organizaciones criminales, lo cual facilita el reclutamiento de los jóvenes que a ellas concurren⁹³.

Parece ser que el Gobierno, con motivo del tema, hizo una revolución epistemológica en la Criminología, que le sirve de base para una propuesta, radicalmente nueva, en la Política criminal, por las siguientes consideraciones:

3.5.7.1. Descubrió la variable que la criminología positivista siempre anduvo buscando: el origen de los delitos: ¡Eureka! La respuesta está en los efectos de las drogas ilegales –y sólo éstas– en los consumidores. De ello se deriva una nueva guerra contra este

⁹² Véase: http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/sne/2007/abril/25/06252007.htm (Consulta del 20 de mayo de 2009). Véase también el “Editorial” de *El Tiempo*, “Una adicción peligrosa”, once de Mayo 2007. También, el discurso del presidente URIBE VÉLEZ, con motivo de ceremonia de ascensos de subtenientes de la Policía Nacional, el 25 de junio de 2007, donde expresó: “Insistiré en la necesidad de penalizar la dosis personal de droga, porque no comprendemos que en este país, donde se extradita, se confisca, se erradica droga, se paga un sacrificio tan alto por el terrorismo de la droga, haya permisividad con la dosis personal, que induce al crimen”. Véase: http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/sne/2007/junio/25/10252007.htm (consulta del 20 mayo de 2008).

⁹³ “Según manifestó Santos esos expendios de droga se convierten en una especie de origen de la criminalidad”, “alrededor de esos expendios de drogas es que nacen las pandillas, que después se vuelven bandas delincuenciales”. *El Espectador*, “Ministros Santos y Valencia Cossio critican la despenalización de la droga”, trece de febrero 2009.

novísimo enemigo público, portador de todos los peligros, digno de absoluto rechazo, merecedor de los máximos castigos. Pero el poder, es piadoso, porque apenas les va a imponer internamientos coactivos en centros terapéuticos. La invención de este tipo de terapia-castigo, se explica por lo siguiente: “Hay un debate profundo de qué debe hacerse: prevención o sanción. En mi concepto no son excluyentes. Hay científicos que aseveran que es mucho más eficaz la prevención cuando está acompañada de la sanción. Ahora: el Gobierno le ha aceptado al Congreso de la República que la sanción no sea pena privativa de la libertad”⁹⁴.

Definitivamente, se está en presencia del “gobierno por medio del crimen”, a través de la construcción de enemigos útiles, como señala NILS CHRISTIE:

Las guerras no siempre son tan malas para aquellos que no están obligados a pagar el precio más directo de participar en ellas. Los enemigos no son siempre una amenaza, pueden ser de suma utilidad. Los enemigos congregan, permiten que las prioridades se cambien, hacen posible que se concentre la atención alrededor de ciertos problemas y que se olvide todo lo demás. (...). Los buenos enemigos son odiados por la población, cuanto más odiados, son mejores. Eso une a la población. Los buenos enemigos lucen fuertes. Eso moviliza. Pero en realidad, el enemigo debe ser más bien débil, de manera que no represente un peligro real para los que están en el poder. Los buenos enemigos no están claramente definidos. Eso permite mantener una guerra indefinidamente. Algunos de ellos pueden incluso ocultarse en la oscuridad. Pero debe haber algún tipo de realidades encerradas en el peligro que represente el enemigo. Las drogas tienen todas las características necesarias para funcionar como enemigos convenientes. Existe un peligro real en las drogas, algunos se vuelven fuertemente adictos, viven vidas miserables, o mueren. Pero al mismo tiempo, sabemos que los verdaderos asesinos, por lo menos en Estados Unidos de América y en Europa, son las sustancias como el alcohol y el tabaco⁹⁵.

Pero aún puede preguntarse ¿por qué los sistemas punitivos tratan como enemigos a tantas personas, tan “insignificantes” para el poder en cuanto no representan peligro para su “orden público”, ni para la seguridad de su soberanía y de sus instituciones? ZYGMUNT BAUMAN explica esta selectividad y ensañamiento:

La espectacularidad -la versatilidad, severidad y presteza- de las operaciones punitivas es más importante que su eficacia, la cual, dada la desidia de la

⁹⁴ Véase: http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/sne/2007/abril/25/06252007.htm (Consulta del 20 de mayo de 2009).

⁹⁵ CHRISTIE, “El derecho penal y la sociedad civil”, en AA. VV., págs. 51-54.

atención pública y el corto alcance de su memoria, rara vez se pone a prueba. Incluso es más importante que el volumen real de delincuencia detectada y denunciada; aunque, desde luego, es útil que de vez en cuando se lleve a la atención del público un nuevo tipo de delito que resulte ser odioso y repugnante además de ubicuo, y que se lance una nueva campaña de detección/castigo, ya que esto ayuda a concentrar la mente general en los peligros que representan la delincuencia y el delincuente, y le impide preguntarse por qué, a pesar de tantas medidas policiales que prometían conseguir la anhelada Sicherheit, uno se siente tan inseguro, perdido y asustado como antes⁹⁶.

3.5.7.2. La relación causal que el Gobierno pregona entre el consumo de drogas “ilícitas” y los delitos, obliga a formular las siguientes preguntas: ¿dónde están las investigaciones que confieren aval a esta tesis? ¿El consumo de drogas sirve para explicar la criminalidad asociada al caso de la “Yidispolítica”, de los “falsos positivos”, de la “parapolítica”, de interceptaciones ilegales de las comunicaciones por parte del DAS, del desplazamiento forzado que afecta a más de cuatro millones de colombianos, de la corrupción en la contratación pública o de la articulación de personas a los grupos insurgentes, para no mencionar sino algunos crímenes que hoy tienen algún grado de visibilidad? La respuesta a este último interrogante, por mucho analfabetismo político que se ostente, no puede sino ser negativo, con lo cual se deja en evidencia la funcionalidad política del prohibicionismo en este específico asunto.

3.5.8. Quiénes son los beneficiarios: ¿los empresarios “morales” o el capital?

El recurrente interés de regular la “dosis personal” dentro del sistema penal por parte del actual Gobierno, es interpretado por algunos como manifestación de una cruzada de “empresarios morales”, esto es, de actores sociales que prevalidos de su poder político quieren imponer sobre todos los demás su moral particular, incluso haciendo uso de la dimensión simbólica del sistema penal, para reforzar o institucionalizar sus propias concepciones que atañen a la esfera privada de las personas.

Varios pronunciamientos del Presidente ÁLVARO URIBE VÉLEZ parecieren darle validez a esta tesis en el caso concreto del consumo de drogas ilegales:

⁹⁶ BAUMAN, *La Globalización*, Op.cit., pág. 155.

Colombia no puede tener esa contradicción ética de ser muy severo con producción, con tráfico, con bienes ilícitos, y al mismo tiempo ser totalmente laxo, permisivo con el consumo [...] es muy grave que en este país muchos de los que critican el narcotráfico den el mal ejemplo de consumir drogas y que esa dosis personal no se pueda sancionar⁹⁷.

No hay derecho que mientras aquí hay soldados mutilados porque están cuidando a los erradicadores de droga, se permitan reuniones sociales con dosis personal de droga en virtud de una interpretación errónea del libre desarrollo de la personalidad⁹⁸.

Con ocasión de la clausura en Cartagena de la Cumbre de lucha contra las drogas, el Presidente Uribe Vélez, llegó a expresar que,

Tenemos que sancionar la dosis personal de droga. Es una vergüenza para nuestro país que digan ‘vamos a hacer turismo en Cartagena para comprar droga’, vamos a hacer turismo a Bogotá para comprar droga’. Esa indulgencia que hay aquí con la dosis personal nos afecta⁹⁹.

No obstante si se analiza de manera sistemática el ordenamiento jurídico, las consecuencias de convertir en hecho punible la conducta, permite vislumbrar que este proyecto, además de una lucha por “hegemonías” en el terreno de la moral¹⁰⁰, con consecuencias para las libertades democráticas, comporta importantes beneficios a favor

⁹⁷ Véase, *El Tiempo*, “Por tema de dosis mínima, Álvaro Uribe recrimina fuertemente al Fiscal General”, 23 febrero 2009. Unos pocos días después, el editorial de *El Colombiano*, adhiere a esta tesis: “Sería miope e irresponsable que el país continuara apoyando la tesis del libre desarrollo de la personalidad, como un argumento para no procurar una reforma legal que prohíba el consumo de la dosis personal. La libertad es la facultad de hacer lo que debe hacerse y no lo que el individuo desee, ejecutando hechos que conduzcan a su degradación personal y social. Libertad no puede confundirse con libertinaje”. *El Colombiano*, “Sí penalizar la dosis mínima”, 26 de febrero de 2009.

⁹⁸ *El Espectador*, “Por quinta vez, Uribe intentará penalizar consumo de droga”, 19 de Mayo 2008.

⁹⁹ *El Colombiano*, 1 agosto 2008.

¹⁰⁰ Es una hegemonía en disputa, porque como lo dice ITURRALDE, “Lo que resulta inmoral e incoherente es que, probada la ineficacia y el costo absurdo de la guerra contra las drogas, no sólo se persista en ella sino que se profundice llevándola a los consumidores. Esto equivale a decir que aunque tomamos el camino equivocado, como ya hemos andado buena parte de éste, debemos recorrerlo todo, hasta sus últimas consecuencias y llevándonos por delante a quien se atraviese. La decisión razonable es replantearse la política con respecto a las drogas y buscar medidas que sean más efectivas que las puramente represivas”. Cfr. “Falacias de la penalización de la dosis mínima”, en <<http://www.semana.com/noticias-opinion-on-line/falacias-penalizacion-dosis-minima/122138.aspx>> (consulta de 27 de marzo 2009).

de sectores de la economía, que hasta el presente han trasegado de manera prudentemente silenciosa¹⁰¹.

Si tanto el mero consumo como la dependencia a las drogas “ilegales” son erigidos a la condición de hecho punible y sancionados así sea con “medidas terapéuticas”, que es lo que se pretende con el Proyecto analizado, tal circunstancia daría a los patronos la oportunidad para aducir que se está en presencia de una causa justa de despido, respecto de los trabajadores que realicen la conducta o tengan la condición de dependientes. Diversos supuestos del Código Sustantivo del Trabajo, consagrados en el artículo 62, que regula precisamente las justas causas de despido, podrán aducirse con el paradigma prohibicionista, entre otras causales, las siguientes: que se trata de un “acto inmoral o delictuoso” (numeral 5°), el arresto correccional fue por tiempo superior a 8 días (numeral 7°), o el “vicio” del trabajador afecta la disciplina del establecimiento (numeral 11). Por tal motivo, la regulación en términos punitivos, servirá para garantizar la disciplina de trabajo y mayor rentabilidad o lucro de la actividad económica.

Así mismo, el Proyecto prescribe que todos los casos serán sometidos a la valoración de un tribunal mixto, como parte de la jurisdicción del Estado, y las instituciones “adaptadas para los fines propios de la prevención y la rehabilitación”, estarán igualmente a cargo del Estado”. Si estamos en lo cierto, el Proyecto comporta un considerable ahorro a las entidades privadas vinculadas al sistema integral de seguridad social, por cuanto hasta el presente y con amparo en la normatividad constitucional y legal, el conflicto de la dependencia a las drogas ilegales –y también las legales–, se asume como enfermedad crónica, lo cual obliga a que su tratamiento sea de la competencia del sistema de la seguridad social. Y este sistema también está en la obligación de acometer campañas de prevención respecto del consumo y abuso de drogas, como es lo propio

¹⁰¹ Sin embargo, los costos de un enfoque no prohibicionista, propios del Estado Social de Derecho, cuyas políticas públicas privilegien la prevención y la rehabilitación, no es ignorado por el Gobierno de URIBE VÉLEZ, el cual llegó a expresar que, “El costo asociado con el consumo de drogas, generado por la pérdida de capital humano, pérdida de productividad laboral y escolar, gastos en atención de emergencias y tratamiento, se estima en \$ 750.790 millones de pesos (Cálculos de la Dirección de Justicia y Seguridad, Departamento Nacional de Planeación)”. Departamento Nacional de Planeación, Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006, en: <http://www.presidencia.gov.co/planacio/cap2.htm#1> (Consulta de junio 20 de 2009).

respecto de toda situación que genere riesgo de enfermedad. Con el proyecto, tanto los programas preventivos, como terapéuticos y de rehabilitación, pasan a ser responsabilidad exclusiva del Estado.

No obstante, lo más grave es que cuando la ley convierta en hecho punible la conducta, así la misma no se aplique o lo sea marginalmente, tal circunstancia bastará para excluir a todos de las posibilidades que les brinda la seguridad social, porque obviamente nadie pedirá los servicios de cualquier naturaleza que esta presta, porque el hacerlo será un reconocimiento explícito de la responsabilidad penal, y prueba suficiente para su condena. La política prohibicionista comporta entonces, una grave afectación del derecho a la salud de los usuarios de drogas “ilegales”, al hacerles imposible el acceso a los servicios necesarios para prevenir su afectación o lograr su restablecimiento. Esta tesis ha sido cabalmente expuesta por un grupo de magistrados de la República de Argentina, ante la reforma de la Ley de Estupefacientes en su país, que por su similitud con el caso colombiano, merece citarse en lo que es pertinente:

[...] la prohibición del consumo a través de la represión de la tenencia de estupefacientes margina al usuario de drogas y condiciona su contacto con las instituciones sanitarias u otros organismos de asistencia social, ya que los identifica con la agencia policial; representándose el peligro concreto de ser detenidos. Ello los aleja de los centros de atención, privándolos no solamente de la acción terapéutica necesaria por su consumo, sino también de la atención médica que urgen otras patologías (hepatitis B y C, Sida, cáncer; endocarditis, embolias, abscesos pulmonares, etc.) y la posibilidad de recibir información acerca de cómo evitarlas (Por ejemplo en relación al virus HIV el uso de condones, la no utilización de jeringas compartidas, descontaminación de agujas, etc.). Que la pretendida solución de un problema social complejo a través del sistema penal, resulta violatoria del derecho al acceso a la salud, el que sólo es posible como lo ha señalado el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación 14), si los miembros de una población tienen a su alcance establecimientos bienes y servicios que lo posibiliten¹⁰².

3.5.8. La lucha por el mercado de los votos.

En su primera candidatura para el período presidencial 2002-2006, ÁLVARO URIBE VÉLEZ presentó su programa político en el llamado

¹⁰² Véase: <http://www.pensamientopenal.com.ar/16032009/actualidad02.pdf> (consulta de junio 20 de 2009).

“Manifiesto Democrático”¹⁰³, y en él no existe referencia alguna al consumo de drogas y, obviamente, tampoco una propuesta criminalizadora para el mismo. Iniciado su primer período presidencial presentó el documento “Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006. Hacia un Estado Comunitario”, en el cual se formula una estrategia para el consumo de drogas integral, preventiva, participativa, no prohibicionista, que pretende abarcar los campos “educativo, laboral, familiar y comunitario, con la activa participación de la ciudadanía y las entidades gubernamentales y no gubernamentales que trabajan el tema”¹⁰⁴. Este documento, llegaría a convertirse luego en la Ley 812 de 2003, “Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”¹⁰⁵, que sobre el consumo sólo expresa que el Consejo Nacional de Estupefacentes “orientará la política de prevención y tratamiento” y que los bienes incautados al narcotráfico “serán empleados también para atender drogadictos, en sus necesidades clínicas y terapéuticas, con asistencia social correlativa: alojamiento y manutención hasta su recuperación total”. Finalmente, y como ya se había indicado antes, en el Proyecto inicial de Referendo no se incluyó pregunta alguna relativa al consumo de drogas ni al narcotráfico, lo cual sólo vino a acontecer después a la mitad del debate sobre el mismo (Véase, supra, II, 4).

Con estos referentes cabe preguntar por las circunstancias que condujeron a que el tema del consumo de drogas ilegales pasara a ser fundamental en la agenda política del Gobierno y que el enfoque prohibicionista se erigiera hegemónico en ella. Varias razones

¹⁰³ ÁLVARO URIBE VÉLEZ, *Manifiesto Democrático - 100 Puntos*, en: http://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85269_archivo_pdf.pdf (Consulta de mayo 10 de 2009).

¹⁰⁴ “Un primer elemento de la estrategia es la creación del Sistema nacional de prevención integral del consumo de sustancias psicoactivas, que se encargue de la coordinación, desarrollo y fortalecimiento de las políticas, planes y estrategias de prevención del consumo que adelantan las diferentes instituciones del orden nacional, regional y local. Adicionalmente, se robustecerán las medidas que controlen a los centros o instituciones de atención, tratamiento y rehabilitación integral del consumo de sustancias psicoactivas, tanto públicas como privadas. Se impulsará la investigación, la evaluación y los sistemas de información, esenciales en la toma de decisiones y seguimiento de políticas relacionadas con la prevención, tratamiento y rehabilitación. Finalmente, el Gobierno Nacional continuará en la búsqueda de cooperación internacional, para intercambiar experiencias con otros países en la implementación de políticas frente al consumo”. Departamento Nacional de Planeación, Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006, en: <http://www.presidencia.gov.co/planacio/cap2.htm#1> (Consulta de junio 20 de 2009).

¹⁰⁵ Véase, *Diario Oficial*, año CXXXIX, N° 45231, del 27 de junio de 2003.

concurrer a explicar esta situación: el fundamentalismo moral, el ser mal perdedor sumado al convencimiento de tener capacidad de “persuasión” en el Congreso, para vencer sus resistencias¹⁰⁶, lo que explicaría que por siete ocasiones presentara la misma iniciativa. Pero el mayor peso de la explicación recae en los réditos de legitimación política y de carácter electoral que se pueden derivar de esta propuesta.

A favor de esta conclusión está el hecho de haberlo integrado como pregunta del referendo, cuando de manera desesperada se analizaron temas que pudieran sumarle votos, ante el riesgo de no llegar a contar con los suficientes, forzando la situación al no guardar conexidad con los temas que eran centrales de la iniciativa (véase supra, II, 4.4). Así mismo, el retomarlo como asunto importante de su campaña para la reelección al cargo de presidente, reputando que le era favorable en términos electorales, dado que su propuesta contrastaba de manera radical con la del candidato del partido de oposición¹⁰⁷. Desde luego, no se puede desconocer que el Presidente Uribe Vélez continúa en campaña, lo cual guarda correlación con los esfuerzos actuales en pro del proyecto de referendo para su nueva reelección.

Si hay expectativas de réditos electorales es porque el Gobierno ha logrado verificar que el asunto, en la representación pública, constituye un problema de importancia, que existe una demanda de que el Estado tome la iniciativa y formule una política pública que resuelva u otorgue un tratamiento adecuado a las repercusiones más graves que de él se derivan. A esta demanda ciudadana siempre ha aludido el Gobierno, pero interpretándola en el sentido de que el “clamor popular” es por la criminalización del consumo de drogas. Este es el marco contextual que sirve de justificación al Proyecto que se analiza, el cual dice así en uno de sus considerandos:

¹⁰⁶ Entre los elementos de “persuasión”, cabe destacar la disponibilidad de cargos públicos para premiar las lealtades expresadas en votos, como se vino a demostrar con los procesos penales contra los congresistas Yidis Medina y Teodolindo Avendaño, y la denuncia del El ex superintendente de Notariado y Registro, Manuel Cuello Baute, sobre la entrega de Notarías a congresistas como contraprestación a su voto a favor de la reelección. Véase: Semana.com, “El ventilador de las notarías”, en: <http://www.semana.com/noticias-politica/ventilador-notarias/125628.aspx> (consulta del 26 de junio de 2009).

¹⁰⁷ Se alude al exmagistrado de la Corte Constitucional, Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ, ponente de la sentencia C-221 de 1994 que descriminalizó el consumo, quien fue el candidato presidencial para el período 2002-2006, por el Polo Democrático Alternativo.

Es el clamor popular que ha recogido el Presidente de la República a lo largo de 6 años de gobierno en cada uno de los consejos comunales realizados en toda la geografía colombiana, para que se sancione el porte y consumo de drogas, conducta lesiva para la salud de la persona, de su núcleo familiar, de la comunidad en general, y particularmente según las estadísticas brindadas por diferentes fuentes, para la juventud¹⁰⁸.

A ese “clamor popular” por el prohibicionismo ha aludido el Presidente Uribe Vélez, en muchas ocasiones anteriores:

Un gran reclamo de la base popular de la Nación tiene una queja profunda por la permisividad del consumo en el país (...) por ejemplo en Bosa - Bogotá me dijeron que los niños salen a jugar; y rápidamente los enganchan para distribuir cocaína y marihuana¹⁰⁹.

[...] éste ha sido un clamor nacional y por eso no puede dejar de pedirle al Congreso de la República que penalice la dosis mínima¹¹⁰.

Pero la necesidad de reconocimiento y de legitimación política también se da en el contexto de las relaciones internacionales y la política criminal prohibicionista respecto del consumo se hace útil para ello. El Gobierno Nacional, ante el 52° período de sesiones de la Comisión de Estupefacientes, realizado en Viena en Marzo de 2009, se presentó así:

Colombia ha sustentado en la coherencia sus políticas en la lucha contra las drogas, la criminalidad, el terrorismo y las amenazas a la salud pública. Esa coherencia se ve reflejada en el mensaje, que de manera consistente y reiterada, Colombia ha venido enviando

¹⁰⁸ Proyecto de Acto legislativo, “Por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política”, Op.cit.

¹⁰⁹ Cit. por ALEJANDRO GAVIRIA, “Contra el paternalismo”, *El Espectador*, 28 Marzo de 2009.

¹¹⁰ ESPEJO, “Gobierno volverá a insistir en penalización de dosis personal”, en *El Espectador*, cuatro de diciembre de 2008. En igual condición, varios de los miembros de su gabinete: Por ejemplo, CARLOS HOLGUÍN SARDI, como Ministro del Interior y de Justicia, expresó que la reforma constitucional para criminalizar el consumo de drogas ilegales, “es un clamor de las madres de familia [...] la angustia que está viviendo la familia colombiana, viendo como sus niños y adolescentes se van por el camino de la droga” (Cfr. *El Espectador*, “No hay consenso en torno a la penalización. Dosis personal, ¿sin futuro?”, Julio 22 de 2008); y, JUAN MANUEL SANTOS, en condición de jefe de la cartera de Defensa, con motivo de las controversias suscitadas con el anteproyecto que se analiza, dijo: “[...]ojalá ellos tuvieran la oportunidad de venir a las ciudades colombianas y hablar con la gente para darse cuenta que en cualquier consejo de seguridad, en cualquier contacto con la comunidad, lo primero que sale a relucir, dentro de los problemas de seguridad” (cfr. *El Espectador*, “Ministros Santos y Valencia Cossio critican la despenalización de la droga”, 13 Febrero de 2009).

a la comunidad internacional, para hacer mayores esfuerzos en la reducción de la demanda, consecuente con esta premisa nuestro país no ha asumido ni puede asumir una postura permisiva frente al consumo interno, el cual también acaba por incentivar la oferta¹¹¹.

Este es un discurso recurrente y a manera de prueba sumaria, debe citarse una de las tantas intervenciones del Presidente URIBE VÉLEZ, en igual sentido:

Es preciso penalizar el consumo de la dosis personal, tanto para proteger a los colombianos como para mostrarle al mundo que no aceptamos el uso de drogas ilícitas. Sólo así podemos exigir una estrategia global contra la cadena del narcotráfico. Es un contrasentido pedirle al resto de países que frene el consumo, cuando en Colombia lo permitimos, así sea en la dosis mínima¹¹².

Respecto de los discursos transcritos, caben las siguientes observaciones:

3.5.8.1. No se puede negar que muchos núcleos familiares, sectores educativos, dirigentes populares y comunitarios, profesionales del área de la salud, registren como problema el incremento del consumo de drogas, especialmente cuando se trata de niños y jóvenes. Asimismo, es frecuente que los habitantes, especialmente de los barrios populares de las ciudades grandes y medianas, establezcan la correlación entre los “drogadictos” y la “inseguridad ciudadana”, porque asumen que quienes se encuentran en tal condición, su sobrevivencia sólo se garantiza con delitos contra el patrimonio, lo cual genera una vulnerabilidad de los habitantes en los espacios públicos de manera permanente, fuera del relajamiento de los “frenos inhibitorios” que los hacen propicios a todas las “fechorías”. Y con mayor razón se preocupan cuando ven proliferar en sus barrios lugares de expendio de drogas, de manera permanente. Todo esto explica que de parte de todos ellos exista un reclamo para que el Estado intervenga respecto a estos conflictos, que muchas veces rebasan los controles informales que las familias y las comunidades han construido para regular con sus propios medios los conflictos.

¹¹¹ Cit. en Proyecto de Acto legislativo, “Por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política”, Op.cit.

¹¹² Cit. en *El Colombiano*, “Sí penalizar la dosis mínima” (Editorial), febrero 26 de 2009.

Tan extendida puede ser la representación del consumo y la dependencia a las drogas como problema, que en muchos territorios del país los actores armados ilegales (por ejemplo, la guerrilla, las milicias, el paramilitarismo), en el proceso de conquista o consolidación territorial comienzan ejerciendo prácticas punitivas contra personas conocidas públicamente como consumidoras o “adictas”, que van desde la “pena de muerte”, el desplazamiento forzado o penas infamantes, e incluso ya consolidados, regulen el consumo definiendo áreas concretas, no visibles para la comunidad, como perímetro exclusivo para el consumo. Y ello no es gratuito, por cuanto el ejercicio de esta violencia, comporta réditos de legitimación ante la población, porque les permite a los actores armados representarse como soberanos, con monopolio de la coerción, garantes del orden, la convivencia y de la moral pública, gracias a sistema de justicia expedido y eficaz que han implementado¹¹³.

En los barrios marginales de ambos tipos de ciudades las células de las autodefensas eliminaban sistemáticamente a los delincuentes comunes y a individuos “indeseables” del estilo de atracadores de esquina, drogadictos e indigentes. Lo que en medios de comunicación se hacía referencia como “operaciones de limpieza”, en realidad eran acciones de grupos criminales dirigidas a obtener el monopolio de la violencia sobre un vecindario y de paso enviar un mensaje psicológico de protección y justicia a sus habitantes. Después de las matanzas, las células de la red comenzaban un trabajo político y militar de organización de la comunidad¹¹⁴.

Estas prácticas, que cosifican a los consumidores y dependientes de las drogas, que los aniquila, que los violenta por razones de legitimación política, es una forma de populismo punitivo muy particular, que rige la cotidianidad de las vidas de muchos

¹¹³ Véase: SALAZAR J., “La criminalidad urbana: Actores visibles e invisibles”, en *Revista Foro*, N° 22, pág. 41 y 42; JARAMILLO A., “Milicias Populares en Medellín: Entre lo público y lo privado”, en *Revista Foro*, N° 22, págs. 28, 32-33; PÉCAUT, *Guerra contra la sociedad*, págs. 201-202; GUTIÉRREZ SANÍN, “¿Ciudadanos en armas?”, en *Las violencias: inclusión creciente*, págs. 196- y 197; MOLANO, “La justicia guerrillera”, en *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia*. tomo II, pág. 343; AGUILERA PEÑA, “Justicia guerrillera y población civil, 1964-1999”, en: *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia*, tomo II, págs. 393-394 y 418 – 419.

¹¹⁴ DUNCAN, *Los señores de guerra*, pág. 339. ALFREDO MOLANO recoge la entrevista a un actor insurgente, quien señala que estas prácticas punitivas pueden obedecer a la sospecha que les genera el consumo de determinadas sustancias, que hacen a la persona especialmente vulnerable: “Al comando habían llegado muchas quejas de la gente sobre ellos. La principal era que no se les veía hacer nada. Pero también que eran peleadores, embusteros, groseros y que Joel era bazuquero. El bazuco lo tenemos prohibido desde hace mucho y es una falta grave, porque de ahí salen los ladrones y de los ladrones -porque les gusta mucho la plata- salen los sapos” (cfr. “La justicia guerrillera”, Op. cit., pág. 343).

colombianos¹¹⁵. Pero un Estado Social y Democrático de Derecho, que debe buscar legitimación en los términos éticos y políticos que tal modelo jurídico le impone, tiene que proceder de manera muy diferente.

Y, desafortunadamente, no es este el caso de la iniciativa de reforma constitucional objeto de este comentario, que pretende que el Estado instaure un trato al conflicto, que no difiere en gran medida del dispensado por sus reales y presuntos opositores armados. Y esto se expresa por plurales razones: i) es una simple mascarada que no trata las causas profundas del conflicto, y lo que termina es favoreciendo su agudización, al deslegitimar, desmontar e inocular prácticas preventivas, educativas y terapéuticas de contenido democrático, propias de los controles sociales no punitivos; ii) violenta importantes derechos de las personas que consumen o son dependientes de las drogas “ilegales”, como el derecho al trabajo, a la salud, a la libertad; iii) con el ropaje falaz de una paternal y benefactora protección a quienes consumen y dependen de las drogas, se legitima el despotismo, y construye un “hueco negro” con proclividad y capacidad de hacer desaparecer todas las libertades y derechos caros al modelo jurídico-político del Estado constitucional de derecho¹¹⁶.

¹¹⁵ El concepto de “populismo punitivo” tiene plurales significados, según los autores y las corrientes criminológicas. Originariamente, lo formuló ANTHONY BOTTOMS para referirse al uso del derecho penal con fundamento en tres apotegmas: las mayores penas pueden reducir el delito, las penas contribuyen a reforzar el consenso moral existente en la sociedad y hay unas ganancias electorales producto de este uso. Véase, LARRAURI, “Populismo punitivo... y cómo resistirlo”, en *Jueces para la Democracia*, N° 55, págs.15-22. Aquí se reformula el concepto para comprender, además del incremento de las penas por la ley estatal, el proceso de criminalización de conductas de la ley estatal y las prácticas punitivas de otros actores que en territorialidades bélicas ejercen soberanía, con los respectivos monopolios de la coerción, los impuestos y la administración de justicia; desde luego, el consenso que se pretende reforzar, no es exclusivamente moral, sino también de carácter político y los réditos por su uso no se encuentran circunscritos a lo electoral, sino que puede abarcar la legitimación política en el orden interno y externo, y la gobernabilidad. Sobre el problema conceptual de los sistemas y prácticas punitivos de los actores armados que confrontan al Estado, véase: PÉREZ TORO, “Guerra y delito en Colombia”, en *Estudios Políticos*, N° 16, págs. 11-41; del mismo, “Lícito e ilícito en territorios de conflicto armado”, en *Espacios Urbanos no consensados*, págs. 75-106; LONDOÑO BERRÍO, *Legalidad, legitimidad y efectividad de los sistemas punitivos*.

¹¹⁶ No cabe duda que consideraciones de carácter moral, son los argumentos más socorridos para legitimar coerciones contra la libertad religiosa, de pensamiento, científica. En Colombia, las mismas han sido determinantes (subyacen a) en la criminalización de todos los supuestos de aborto, la eutanasia y han aflorado en forma reciente, en iniciativas legislativas, de criminalización del adulterio, etc. Sobre este debate en general, Cfr. FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, Op.cit., págs. 175-180.

Y todas estas afrentas y dolores se infligen en función de “marketing político”, o en otras palabras, para lograr legitimación política y réditos electorales. Ello por cuanto con la criminalización, el juicio de responsabilidad se centra de manera exclusiva en el individuo, con lo cual al modelo económico político –e incluso, los beneficiarios del mismo– se sustrae de la atención pública, y nadie se interroga si este es causa de la marginalidad, la exclusión, la miseria y la discriminación, si los valores hegemónicos ayudan o no a configurar un recio tejido social, lazos de solidaridad y sentido a la existencia, y si todo esto guarda correlación con la conducta criminalizada. De esta forma la “culpa” recae de manera exclusiva en el individuo y la violencia que se le impone a través de la pena, viene entonces a restablecer la confianza de todos los ciudadanos en el sistema¹¹⁷. Los “chivos expiatorios” seleccionados entre los más vulnerables, terminan siendo cosificados por sistema punitivo, por ser funcionales para aplacar las demandas de “seguridad” y “orden” que la “opinión pública” le formula al sistema, para que “la comunidad” se sienta confiada y segura en éste, legitime su existencia y los agentes e instituciones que lo representan.

3.5.8.2. Erigir como criterio fundamentador del derecho penal a la “opinión pública”, el “clamor popular” o el “sentir de la comunidad”, es asumir como cierto e indiscutible el paradigma consensual de la sociedad colombiana, que la concibe sin intereses antagónicos, sin desigualdades materiales, sin diversidad cultural, no pluralista y sin clases sociales. Es sólo sobre esta falacia que aquellas expresiones pueden jugar un papel en la materia tratada. E incluso en el supuesto

¹¹⁷ Al respecto, DAVID GARLAND, establece la correlación entre el programa neoliberal, la paulatina desaparición del Estado Social y la conflictividad sobreviviente, con las nuevas explicaciones sobre el delito y las “desviaciones”: “El delito -junto con las conductas asociadas a la underclass como el uso de drogas, el embarazo adolescente, las madres solteras y la dependencia del welfare- comenzó a funcionar como una legitimación retórica de las políticas sociales y económicas que castigaban efectivamente a los pobres y como una justificación para el desarrollo de un fuerte Estado disciplinario. En el discurso político de este período, fueron completamente desacreditadas las explicaciones sociales sobre el problema del delito. Según se decía, tales explicaciones negaban la responsabilidad individual, excusaban las faltas morales, diluían el castigo, alentaban las malas conductas y, en este sentido, eran emblemáticas de todo lo que tenía de errado el welfarismo. El delito pasó a ser considerado, en cambio, como un problema de indisciplina, de falta de autocontrol o de control social, un asunto de individuos malvados que “debían ser disuadidos y merecían ser castigados. En lugar de ser un indicador de necesidades o privaciones, el delito era una cuestión de culturas o personalidades antisociales, así como de elecciones racionales individuales frente a una laxa aplicación de la ley y unos regímenes de castigo blandos” (Cfr. *La cultura del control*, pág. 177).

de que la opinión, el clamor o el sentir sean verificables y unívocos en el caso concreto, de todas formas cabe objetar que los mismos pueden ser sesgados, prejuiciosos e injustos, por ser susceptibles de manipulaciones por parte de los diversos actores que se disputan los campos jurídico y político (por ejemplo, el gobierno, la clase política, los gremios económicos, los medios de comunicación, Estados extranjeros, organismos internacionales, etcétera), cuyos intereses pueden motivar a una atención sesgada de la comunidad sobre determinadas actores, conductas o sustancias y correlativamente, una apatía, indiferencia e incluso, la convalidación de otros actores, conductas o sustancias, adscritos a los poderes dominantes, garantizando para ellos la impunidad, todo lo cual ha sido puesto al descubierto por la criminología liberal y, más fuertemente, la crítica¹¹⁸.

Para corroborar esta tesis, el Presidente en uno de los discursos ya citados, alude a que en el municipio de Bosa, recogió el “reclamo popular” supuestamente para que impulsara una iniciativa para prohibir el consumo de drogas ilegales. Pero lo admirable es que ninguna persona le hubiere manifestado que en esa misma localidad, se venía presentando la desaparición de muchos jóvenes, los mismos que luego fueron encontrados asesinados y presentados por miembros del Ejército como “dados de baja” en enfrentamiento militar. ¿Será entonces posible que en esa oportunidad el Presidente Uribe Vélez, no hubiera escuchado de parte de la comunidad ninguna referencia a este asunto?¹¹⁹ ¿O será que el poder define lo que es o no materia de noticia, lo que es o no un problema público, lo que es o no un “clamor popular” que merece ser escuchado?

3.5.8.3. La rentabilidad en términos electorales del tema ha colonizado la actual campaña para la presidencia en el período 2010-2014, especialmente como medio para medir el grado de “Uribismo” de las opciones presidenciales. Tal es el caso por ejemplo de ANDRÉS

¹¹⁸ Respecto a la opinión pública, en sentido crítico, véase: BARATTA, “Seguridad”, en *Criminología y sistema penal*, pág. 213.

¹¹⁹ Amnistía Internacional, en su Informe de 2009, sobre estos hechos, expresa: “El homicidio de decenas de jóvenes en Soacha, cerca de la capital, Bogotá, obligó al gobierno a reconocer finalmente que las fuerzas de seguridad eran responsables de ejecuciones extrajudiciales. Según los informes, el homicidio de estos jóvenes – presentados falsamente por las fuerzas armadas como “guerrilleros muertos en combate”– se llevo a cabo en connivencia con grupos paramilitares o bandas de delinquentes. Como consecuencia del escándalo, en octubre fueron destituidos de las fuerzas armadas 27 oficiales, incluidos 3 generales, y en noviembre el comandante en jefe del Ejército, el General Mario Montoya, que había estado relacionado con violaciones de derechos humanos, tuvo que dimitir”.

FELIPE ARIAS, ex ministro de la cartera de agricultura y ahora precandidato por el partido conservador, quien para demostrarse como legítimo heredero de la “seguridad democrática”, toma las banderas del prohibicionismo en materia de consumo de drogas ilegales. En reciente entrevista, expresó:

La despenalización de la dosis personal está siendo aprovechada por los traficantes de drogas de nuestro país, que trafican libremente por dosis personales [...] no puede ser que Colombia sea el país que ha hecho el sacrificio más grande en la lucha contra el narcotráfico. Todo para que en la calle se permita la venta dosificada de drogas. [...] Lo que está buscando el Gobierno es, precisamente, ejercer una protección coactiva para proteger a la sociedad y al consumidor mismo de los efectos de la droga [...] ¹²⁰.

Las líneas transcritas evocan el análisis crítico que hace EUGENIO RAÚL ZAFFARONI de la nueva legislación autoritaria, caracterizada por un discurso populachero, vindicativo y völkisch, que luego de verificar con una investigación mercado los réditos electorales derivados de una política criminalizadora, hace del poder punitivo una mercancía más para la captura de la clientela de los votos:

Como el estado desapoderado de los países llevan la peor parte en la globalización no puede resolver los problemas sociales serios, sus políticos optan por simular que los resuelven o que saben cómo hacerlo, se vuelven maneristas, afectados, la política pasa a ser un espectáculo y el estado mismo se convierte en un espectáculo. Los políticos –presos en la esencia competitiva de su actividad- dejan de buscar lo mejor para preocuparse sólo por lo que pueda transmitirse mejor y aumentar su clientela electoral [...]

El signo de la legislación autoritaria cool de nuestros días es la opacidad, la tristeza, la depresión, la mediocridad, la falta de creatividad, la superficialidad, la irrespetuosidad al ciudadano: es simplemente la decadencia ¹²¹.

3.5.8.4. Criminalizar el consumo de “drogas ilícitas” para expresarle al mundo que el Estado colombiano rechaza esta conducta, es patrocinar un derecho penal simbólico, sin referencia a un bien jurídico respecto del cual se haya acreditado que es merecedor y necesitado de tutela penal, y que el derecho penal está en condiciones de otorgársela. De esta forma se desconocen los límites materiales que condicionan

¹²⁰ *El Espectador*, “¿Por qué penalizar o no la dosis mínima de drogas?”, marzo 25 de 2009. Polo Democrático Alternativo.

¹²¹ ZAFFARONI, *El Enemigo en el Derecho Penal*, pág. 99-100.

la validez del mismo, simplemente para ostentarlo al mundo una imagen que no se corresponde con nuestra realidad ni con lo que somos, esto es, que en nuestra sociedad existen las drogas y que en algunos casos se ha convertido en un problema de salud pública. Pero este drama pertenece a muchas sociedades, tanto centrales como en la periferia del capitalismo, y muchas de ellas tienen respecto de la prohibición del conflicto, un concepto desfavorable, por ser una política pública que reputan contraproducente, ineficaz y despótica y en contradicción con los principios del Estado social y democrático de derecho. El contradecir estos postulados, por ignorancia o por falta de voluntad política, es lo que nos debe dar vergüenza.

Ostentar con una política prohibicionista en el contexto internacional, a veces simplemente es el producto de una actitud servil propia de “soberanías hipotecadas”¹²²; en otras, tiene como función latente el interés del Gobierno, del régimen político, de sus agentes o de los poderes dominantes, por presentarse ante el mundo como adalides de la “guerra contra el narcotráfico”, especialmente cuando hay incompetencia para regularlo, una excesiva corrupción o complicidad y connivencia con este supuesto enemigo. En estos casos el derecho penal se convierte en la forma para procurar un certificado “democrático”¹²³.

4. Conclusión.

En el texto se analizan dos discursos, el prohibicionista y el libertario, los cuales se disputan la hegemonía en la representación, interpretación y valoración del conflicto que surge con motivo del consumo de drogas “ilegales” en Colombia; se identifican los actores que prohíjan uno y otro, con sus respectivos argumentos. Se asume postura a favor del enfoque libertario, y se dan las razones que lo revisten de legitimidad y validez, tanto en lo político como

¹²² En este sentido, se afirma que “[...] en casi todos los países del mundo las cuestiones del derecho y la justicia han resistido bastante a la globalización, pero en Colombia la justicia penal en todo lo que tiene que ver con el narcotráfico, está transnacionalizada. Es este aspecto, Colombia no es un país soberano, es una país tutelado por los E.U”. Cfr. DE SOUSA SANTOS, “La justicia del país está empeñada”, en *El Tiempo*, mayo 6 de 2001, pp. 1-22. Véase también: DE SOUSA SANTOS/GARCÍA VILLEGAS, “Estudio preliminar. Colombia, ¿El grado cero de la emancipación social?”, en *Emancipación social y violencia en Colombia*, págs. 42-44.

¹²³ Véase: BARATTA, “Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal”, en *Pena y Estado*, N° 1, págs. 51-54; del mismo, “Integración-prevención: Una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemática”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 24, págs. 533 y ss.; HASSEMER, “El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho penal eficaz” en *Persona, Mundo y responsabilidad*, págs. 44 y 45.

en lo jurídico. Pero, especialmente, se describen y analizan todas las incongruencias, fraudes, falacias y paradojas del enfoque prohibicionista, en procura de develarlo, minarlo, socavarlo y detenerlo, como práctica de resistencia contra un populismo punitivo que de forma desesperada busca legitimar el castigo, para universalizar particularismos morales y aniquilar las libertades que identifican una auténtica democracia. Se espera no haber sido inferiores a este compromiso académico, ético y político.

5. Bibliografía.

ABAD FACIOLINCE, HÉCTOR: "Columna enmarihuana", en *El Espectador*, catorce de marzo 2009.

AGUILERA PEÑA, MARIO: "Justicia guerrillera y población civil, 1964-1999", en Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas: *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis sociojurídico*, tomo II, capítulo XXI.

ALSTON, PHILIP, en *Semanario Virtual Caja de Herramientas*, N° 163, Bogotá D.C., Viva la Ciudadanía, junio 19 de 2009 (consulta del 20 de junio de 2009).

AMNISTÍA INTERNACIONAL: Informe de 2009.

AA. VV.: *Las Drogas: perspectiva socio-política*, Medellín, Facultad de Derecho-Universidad de Medellín, 1991.

BANCO DE DATOS DE VIOLENCIA POLÍTICA CINEP & JUSTICIA Y PAZ. Comuna 13, la otra versión. Noche y Niebla, Caso Tipo No 2, Bogotá, Cinep, mayo de 2003.

BARATTA, ALESSANDRO: "Introducción a una sociología de la droga: problemas y contradicciones del control penal de las drogodependencias", en *Estudios Penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989, págs. 73-93.

—: "Integración-prevención: Una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemática", en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 24, Madrid, Edersa, 1984, págs. 533-552.

—: "Introducción a la criminología de la droga", trad. de Mauricio Martínez, en *Nuevo Foro Penal*, N° 41, julio septiembre de 1988, Bogotá, Temis, págs. 329-346.

—: "Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica", en *Pena y Estado*, N° 1, Trad. de Mauricio Martínez Sánchez, Barcelona, PPU, 1991.

—: "Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social", en Alessandro Baratta: *Criminología y sistema penal* (Compilación in memoriam), Colección Memoria Criminológica, No. 1, Buenos Aires, IB de F, 2004, págs. 168-198.

—: “Seguridad”, en Alessandro Baratta. *Criminología y sistema penal (Compilación in memoriam)*, págs. 199-220.

—: “Principios del derecho penal mínimo (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)”, trad. del italiano por Beatriz Lenzi, en Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal (Compilación in memoriam)*, págs. 299-333.

—: “Derechos Humanos: Entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos”, trad. de Mauricio Martínez Sánchez, en Alessandro Baratta: *Criminología y sistema penal (Compilación in memoriam)*, págs. 334-356.

BAUMAN, ZYGMUNT: *La Globalización. Consecuencias Humanas*, 2ª edición, trad. de Daniel Zadunaisky, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

BERGALLI, ROBERTO: “Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas sociojurídicas”, en Roberto Bergalli (coordinador). *Sistema Penal y problemas sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch alternativa, 2003, págs. 25-82.

BOURDIEU, PIERRE: *Contrafuegos. Reflexiones para servir a la resistencia contra la invasión neoliberal*, 3ª edición. Trad. de Joaquín Jordá, Barcelona, Anagrama, 2003.

BUSTAMANTE PEÑA, GABRIEL: “Los falsos positivos: ni falsos ni positivos”, en *Semanario Virtual Caja de Herramientas*, N° 0041, Bogotá D.C., Viva la Ciudadanía, diciembre 1º de 2006.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN: *Lecciones de Derecho Penal (vol I)*, Madrid, Trotta, 1997.

CAMACHO GUIZADO, ÁLVARO: “De narcos, paracracias y mafias”, en Francisco Leal Buitrago (Editor), *En la encrucijada. Colombia en el siglo XXI*, Bogotá, Grupo Editorial Norma, 2006, págs. 387-419.

Centro de Investigación y Educación Popular - Cinep-, Falsos Positivos. Balance del Segundo Semestre de 2008. Informe Especial, Bogotá, D.C. - Abril de 2009, en: http://www.cinep.org.co/sites/cinep.cinep.org.co/files/Informe%20falsos%20positivos%202008-II%20-%20Abril%202009%20_final_.pdf (consulta del 30 mayo de 2009).

CEPEDA-CASTRO, IVÁN: “Los paramilitares: Dispositivo del modelo “democrático” de control social”, en Linda Helfrich / Sabine Kurtenbach (Eds.). *Colombia, caminos para salir de la violencia*, Madrid, Iberoamericana / Vervuert, 2006.

CHRISTIE, NILS: *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del Holocausto?*, 2ª edición, traducción de Sara Costa, Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L., 1993.

—: “El derecho penal y la sociedad civil. Peligros de la Sobrecriminalización”, en AA. VV., *XX Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho Penal, 1998.

COLMENARES, RAFAEL: "El referendo que usted no firmó", en *Semanario Virtual Caja de Herramientas*, N° 156, Bogotá D.C., Viva la Ciudadanía, mayo 1 de 2009 (consulta de mayo 2 de 2009).

COMISIÓN LATINOAMERICANA DE DROGAS Y DEMOCRACIA: *Drogas y democracia en América Latina*: hacia un cambio de paradigma, en: <http://static.elespectador.com/archivos/2009/02/8c238757c07a0abcbf7ea1d3947213ca.doc> (consulta del 1 junio de 2009).

CONSEJO DE SEGURIDAD DE LA ONU: Informe del 26 de mayo de 2009.

CONSULTORÍA PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DESPLAZAMIENTO (CODHES), "Población desplazada en Colombia alcanza los 4,3 millones de personas", en *Elespectador.com*. (consulta del 1 de mayo de 2009).

CRUZ RODRÍGUEZ, EDWIN: "Los estudios sobre el paramilitarismo en Colombia", en *Análisis Político*, N° 60, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales – Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 117-134.

CUBIDES CIPAGAUTA, FERNANDO: "Narcotráfico y guerra en Colombia: los paramilitares", en Gonzalo Sánchez y Eric Lair (eds.), *Violencias y estrategias colectivas en la Región Andina*, Bogotá, Norma-IFEA-Iepri, 2004, pp. 377-410.

—: "Narcotráfico y paramilitarismo: ¿Matrimonio indisoluble?", en Alfredo Rangel (ed.), *El poder paramilitar*, Bogotá, Fundación Seguridad y Democracia- Planeta, 2005, pp. 205-259.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO: Indígenas privados de la libertad en establecimientos penitenciarios y carcelarios del INPEC, Bogotá, s.f., en: http://www.defensoria.org.co/pdf/informes/informe_119.pdf? (consulta de abril 8 de 2009).

DEFENSORÍA DEL PUEBLO: "Tercer Diagnóstico sobre la calidad del agua para consumo humano", Bogotá, D.C., Octubre 7 de 2007, en: http://www.defensoria.org.co/red/anexos/pdf/02/informe_136.pdf (consulta de enero 20 de 2009).

DEL OLMO, ROSA: "La cara oculta de la droga", en *Poder y Control*, N° 2, Barcelona, PPU, 1987, págs. 23-48.

—: "Drogas: Distorsiones y realidades", en *Revista Nueva Sociedad*, N° 102, Caracas, 1989, págs. 81-93.

—: *¿Prohibir o domesticar? Políticas de drogas en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 1992.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN: Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006, en: <http://www.presidencia.gov.co/planacio/cap2.htm#1> (Consulta de junio 20 de 2009).

DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS: "El derecho penal simbólico y los efectos de la pena", en Luis Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann y Adán Nieto Martín

(Coordinadores): *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, págs. 147-172.

—: *Estudios Penales y de Política Criminal*, Lima, Idemsa, 2007 (V.3: “Tendencias político-criminales en materia de drogas”; V.5: “El control penal del abuso de drogas: una valoración político criminal”).

DUNCAN, GUSTAVO: “Narcotraficantes, guerreros y mafiosos. Historia de una subordinación”, en Alfredo Rangel (ed.), *Narcotráfico en Colombia. Economía y violencia*, Bogotá, Fundación Seguridad y Democracia, 2005.

—: *Los señores de guerra. De paramilitares, mafiosos y autodefensas en Colombia*, 3ª edición, Bogotá, D.C., Planeta, Fundación Seguridad & Democracia, 2007.

ESCOBAR MEJÍA, J. GUILLERMO: *Conceptos Fiscales por los que nacen procesados*, 2ª edición, Bogotá, Hombre Nuevo Editores - Le Monde Diplomatique Colombia - Desde Abajo, 2007 (segunda parte, capítulo I. “Súplica por los locos”, págs. 179 y ss.

ESPEJO, GERMÁN D.: “Gobierno volverá a insistir en penalización de dosis personal”, en *El Espectador*, diciembre 4 de 2008.

ESPITIA, JORGE: “La exclusión de los jóvenes en Colombia”, en *Semanario Virtual Caja de herramientas*, N° 164, Bogotá, D.C., Viva la Ciudadanía, 26 junio de 2009 (Consulta del 27 junio de 2009).

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN: *Derecho Penal Liberal de Hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2002.

FERRAJOLI, LUIGI: “El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”, en *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1996.

—: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. 2ª ed. Madrid: Trotta, 1997.

—: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.

—: *Democracia y garantismo*, Edición de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2008.

FOUCAULT, MICHEL: *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*, 2ª edición, trad. de Aurelio Garzón del Camino, México, Siglo XXI, 1978.

— *La historia de la sexualidad*. Tomo I, trad. de Guiñazú, Ulises, 27ª edición en español. México, Siglo XXI editores, 1999.

FRANCO, VILMA LILIANA: “El mercenarismo corporativo y la sociedad contrainsurgente”, en *Estudios políticos*, N° 21, Medellín, Instituto de Estudios Políticos- Universidad de Antioquia, julio-diciembre de 2002, págs. 54-82.

GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO: *La eficacia simbólica del derecho*, Ediciones Uniandes, Santafé de Bogotá, 1993.

—: “Función simbólica del Derecho y estabilidad institucional”, en Cristina Motta (comp.), *Ética y conflicto*, Tercer Mundo - Uniandes, Santafé de Bogotá, 1995.

GARLAND, DAVID: *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, traducción de Máximo Sozzo, Barcelona, Gedisa Editorial, 2005.

GAVIRIA, ALEJANDRO: “Contra el paternalismo”, en *El Espectador*, 28 de marzo 2009.

GAVIRIA DÍAZ, CARLOS. “Entrevista: ¿Por qué penalizar o no la dosis mínima de drogas?”, en *El Espectador*, 25 de marzo 2009.

GONZÁLEZ, FERNÁN/BOLÍVAR, INGRID y VÁSQUEZ, TEÓFILO: *Violencia política en Colombia. De la nación fragmentada a la construcción del Estado*, Bogotá, Cinep, 2002.

GONZÁLEZ, GUILLERMO: *Los niños de la guerra*, Bogotá, Editorial Planeta, 2002.

GONZÁLEZ POSSO, CAMILO: “La ignorancia es atrevida”, en *Semanario Virtual Caja de Herramientas*, N° 152, Bogotá, D.C., Viva la Ciudadanía, 27 marzo de 2009 (Consulta del 30 de marzo 2009).

GRUPO INTERDISCIPLINARIO E INTERINSTITUCIONAL DE INVESTIGACIÓN SOBRE CONFLICTOS Y VIOLENCIAS, *Dinámicas de guerra y construcción de paz. Estudio interdisciplinario del conflicto armado en la Comuna 13 de Medellín*, Medellín, Universidad de Antioquia, Universidad de Medellín, Corporación Región e Instituto Popular de Capacitación, 2008.

GUEVARA, SARA: “¿Por qué la coca de mi Red Bull sí es legal?”, en *Semana.com* (consulta del 11 junio de 2009).

GUTIÉRREZ SANÍN, FRANCISCO: “¿Ciudadanos en armas?”, en Jaime Arocha, Fernando Cubides y Myriam Jimeno: *Las violencias: inclusión creciente*, Santafé de Bogotá, Centro de Estudios Sociales. Facultad de Ciencias Humanas – Universidad Nacional, 1998.

GUTIÉRREZ SANÍN, FRANCISCO/BARÓN, MAURICIO: “Estado, control territorial paramilitar y orden político en Colombia. Notas para una economía política del paramilitarismo”, en Francisco Gutiérrez (coordinador académico), María Emma Wills y Gonzalo Sánchez, (coordinadores editoriales), *Nuestra guerra sin nombre. Transformaciones del conflicto en Colombia*. Bogotá, Iepri-Norma, 2006, págs. 267-309.

HASSEMER, WINFRIED: “Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en *Pena y Estado*, N° 1, traducción de Helena Larrauri, Barcelona, PPU, 1991, págs. 23-36.

—: “El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho penal eficaz” en *Persona, Mundo y responsabilidad*, traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita, Bogotá, Temis, 1999.

HERRERA, ADRIANA: *Sembrando vida: jóvenes a contrapelo en Colombia*, Bogotá, Andaquí Impresores, 2002.

ITURRALDE, MANUEL: "Falacias de la penalización de la dosis mínima", en <<http://www.semana.com/noticias-opinion-on-line/falacias-penalizacion-dosis-minima/122138.aspx>> (Consulta del 27 Marzo de 2009).

JARAMILLO A., ANA MARÍA: "Milicias Populares en Medellín: Entre lo público y lo privado", en *Revista Foro*, N° 22, Santa Fe de Bogotá D.C., Ediciones Foro Nacional por Colombia, noviembre de 1993.

KANT, EMMANUEL: *Teoría y Praxis*, www.elaleph.com. 1999.

LARRAURI, ELENA: "Populismo punitivo...y cómo resistirlo", en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, N° 55, Madrid, marzo de 2006, págs.15-22.

LONDOÑO BERRÍO, HERNANDO LEÓN: "Apuntes criminológicos sobre la ley 30 de 1986", en AA. VV., *Comentarios al Estatuto Nacional de Estupefacientes*, Medellín, Señal Editora, 1986, págs. 151 y ss.

—: "La problemática de la droga en Colombia", en *Nuevo Foro Penal*, N° 47, Bogotá, Temis, enero- marzo 1990, págs. 7-44.

—: *Legalidad, legitimidad y efectividad de los sistemas punitivos: El caso de la comuna 13 de la ciudad de Medellín, 2000–2005*, tesis de grado, Maestría en Ciencias Políticas, Instituto de Estudios Políticos – Universidad de Antioquia, 2007.

—: "El fuero y la jurisdicción penal especial indígenas en Colombia", en José Hurtado Pozo (director), *Derecho Penal y pluralidad cultural. Anuario de Derecho Penal 2006*, Lima, Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo–Suiza, 2007, págs. 153- 210.

MARTÍNEZ, MAURICIO: *Estado de Derecho y Política Criminal*, Santafé de Bogotá, D.C., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995 (capítulo III, "La despenalización de las drogas: el sometimiento a la constitución política", págs. 114-151).

MEDINA GALLEGOS, CARLOS: "La economía de guerra paramilitar: una aproximación a sus fuentes de financiación", en *Análisis Político*, N° 53, Bogotá, enero-marzo de 2005, págs. 77-87.

MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL, et. al., *Estudio Nacional de Consumo de Sustancias Psicoactivas en Hogares 2008*, en: <http://odc.dne.gov.co/IMG/pdf/BoletinEnLinea21dne.pdf> (consulta del 15 junio de 2009).

MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA, et. al., *Estudio Nacional de hogares sobre el uso de sustancias psicoactivas 2007-2008*, en <http://odc.dne.gov.co/img/pdf/BoletinEnLinea21dne.pdf> (consulta del 15 junio de 2009).

MOLANO, ALFREDO: "La justicia guerrillera", en Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas, *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis sociojurídico*, tomo II, capítulo XX, Bogotá, Colciencias – Centro

de Investigaciones Sociojurídicas (Cijus) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes - Universidad Nacional de Colombia – Universidad de Coimbra – Instituto Colombiano de Antropología e Historia - Siglo del Hombre Editores, 2001.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA: Misión Internacional de Derechos Humanos y Situación Carcelaria, *Informe: Centros de reclusión en Colombia: Un estado de cosas inconstitucional y de flagrante violación de derechos humanos*, Bogotá, 31 de octubre de 2001.

OROZCO ABAD, IVÁN: *Combatientes, rebeldes y terroristas: Guerra y derecho en Colombia*, 2ª edición, Temis y Universidad de los Andes, 2006.

PÁEZ, ERIKA: *Las niñas en el conflicto armado en Colombia*, Bogotá, Terre des Hommes/ Save the Children-uk, 2001.

PAREDES, CÉSAR: “Debate sobre posible ‘para-mico’ en la Reforma Política”, en *Semana.com* (consulta del 26 Mayo de 2009).

PÉCAUT, DANIEL: *Guerra contra la sociedad*, Bogotá D.C., Espasa Hoy, 2001.

PÉREZ TORO, WILLIAM FREDY: “Guerra y delito en Colombia”, en *Estudios Políticos*, N° 16, Medellín, Instituto de Estudios Políticos - Universidad de Antioquia, enero-junio de 2000, págs. 11-41.

—: “Lícito e ilícito en territorios de conflicto armado”, en Análida Rincón (Compiladora.), *Espacios Urbanos no con-sentidos*, Medellín, Universidad Nacional y Otros, 2005, págs. 75-106.

PIZARRO LEONGÓMEZ, EDUARDO: “Colombia: ¿Guerra civil, guerra contra la sociedad, guerra antiterrorista o guerra ambigua?”, en *Análisis político*, N° 46, Bogotá, Iepri, Universidad Nacional, mayo-agosto, 2002, págs. 164-180.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO – PNUD–: *El conflicto, callejón con salida. Informe Nacional de Desarrollo Humano – Colombia 2003*, Bogotá, 2003.

RANGEL, ALFREDO: “¿Adónde van los paramilitares?”, en Alfredo Rangel (ed.), *El poder paramilitar*. Bogotá, Fundación Seguridad y Democracia-Planeta, 2005, págs. 11-23.

—: “La terapéutica verdad”, en *Revista Semana*, N° 1404, marzo 28 de 2009,

RELATOR ESPECIAL DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LAS EJECUCIONES ARBITRARIAS: Misión a Colombia del 8 al 18 de junio de 2009. Declaración del Profesor Philip Alston, en *Semanario Virtual Caja de Herramientas*, N° 163, Bogotá D.C., Viva la Ciudadanía, junio 19 de 2009 (consulta del 20 de junio de 2009).

ROMANI, ORIOL: “Prohibicionismo y drogas: ¿un modelo de gestión social y agotado”, en Roberto Bergalli (Coordinador), *Sistema penal y problemas sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch Alternativa, 2003, págs. 429-450.

ROXIN, CLAUS: *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Trad. de Diego Manuel Luzón Peña y otros, Civitas, Madrid, 1997.

SAAVEDRA ROJAS, EDGAR: "Fármacos y estupefacientes: Política y moral", en Fernando Velásquez Velásquez (Editor), *Drogas. Problemática actual en España y América*, Bogotá, Temis, 1989, págs. 61-117.

SALAZAR J., ALONSO: "La criminalidad urbana: Actores visibles e invisibles", en *Revista Foro*, N° 22, Santa Fe de Bogotá D.C., Ediciones Foro Nacional por Colombia, noviembre de 1993.

SANDOVAL HUERTAS, EMIRO: "El "Dumping" de productos farmacéuticos", en *Derecho Penal y Criminología*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1982, págs. 275-300.

—: *Penología. Parte Especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984 (capítulo 2, V, págs. 247-301).

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA: "La justicia del país está empeñada", en *El Tiempo*, mayo 6 de 2001, págs. 1-22.

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA Y GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO: *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis sociojurídico*. Tomo I, Bogotá, Colciencias – Centro de Investigaciones Sociojurídicas (Cijus) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes – Universidad Nacional de Colombia – Universidad de Coimbra – Instituto Colombiano de Antropología e Historia – Siglo del Hombre Editores, 2001.

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA Y GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO: "Estudio preliminar. Colombia, ¿El grado cero de la emancipación social?", en Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (eds.), *Emancipación social y violencia en Colombia*, Bogotá, D.C., Grupo Editorial Norma, 2004.

SOCHA M., NELSON: "Principio de oportunidad para los desmovilizados", en *Semanario Virtual Caja de Herramientas*, N° 163, Bogotá, D.C., Viva la Ciudadanía, junio 19 de 2009 (consulta del 20 de junio de 2009).

STUART MILL, JOHN: *Sobre la libertad*, traducción del inglés por Josefa Sainz Pulido, Buenos Aires, Aguilar, 1954.

SZASZ, THOMAS: *Droga y ritual. La persecución ritual de drogas, adictos e inductores*, Fondo de Cultura Económica, México, 1990.

TRIBUNAL PERMANENTE DE LOS PUEBLOS: *Empresas transnacionales y derecho de los pueblos en Colombia*, 2006 – 2008, en: <http://www.colectivodeabogados.org/img/doc/dictamensesiondeliberante.doc> (consulta del 20 de noviembre de 2008).

UPRIMNY, RODRIGO: "Una dosis mínima de cordura", en *El Espectador*, Marzo 30 de 2009.

URIBE DE HINCAPIÉ, MARÍA TERESA: "El Republicanismo patriótico", introducción al libro *Reelección: El embrujo continúa. Segundo año del gobierno de Álvaro Uribe Vélez*, Plataforma Colombiana Derechos Humanos y Desarrollo, Bogotá, D.C., 2004.

URIBE VÉLEZ, ÁLVARO: Manifiesto Democrático - 100 Puntos, en: http://www.mineducacion.gov.co/1621/articulos-85269_archivo_pdf.pdf (Consulta de 10 de mayo 2009).

VALENCIA COSSIO, FABIO Y PALACIO BETANCOURT, DIEGO: Proyecto de Acto Legislativo “Por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política”, en: http://prensa.camara.gov.co/camara/site/artic/20070730/asocfile/p_a_1_285_2009c_dosis_minima_1.doc (consulta del 15 mayo de 2009).

VAN DER KERCHOVE, MICHEL: “¿Las leyes penales están hechas para ser aplicadas?”, en *Nuevo Foro Penal*, N° 48, Bogotá, Temis. Bogotá. 1990, págs. 181-198.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: “Las contravenciones en el Estatuto Nacional de Estupefacientes”, en Autores Varios. *Comentarios al Estatuto Nacional de Estupefacientes*, Bogotá, Temis- Colegas, 1988.

—: *Las drogas: Aspectos histórico, sustantivo y procesal*, Medellín, Colegas, 1989.

—: “La legislación colombiana en materia de estupefacientes”, en Fernando Velásquez V. (Editor), *Drogas. Problemática actual en España y América*, Bogotá, Temis, 1989.

—: *Derecho Penal. Parte General*, 4ª edición, Bogotá, D.C., Librería Jurídica Comlibros, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl: “Política criminal en materia de drogas en la República Argentina”, en *Nuevo Foro Penal*, N° 54, Bogotá, Temis, 1991; también, en JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS, PATRICIA LAURENZO COPELLO (coord.). *La actual política criminal sobre drogas: una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, págs. 117-176.

—: “El Derecho Penal Liberal y sus enemigos” (Lectio Doctoralis en ocasión del Doctorado Honoris Causa, Universidad Castilla – La Mancha 2004), en Eugenio Raúl Zaffaroni, *En torno de la cuestión penal*, Buenos Aires, B de F, 2005.

—: “Los desafíos del poder judicial”, en *Pensamiento Penal del Sur*, N° 2, Publicación de las Universidades Nacionales del Comahue, del Sur y de la Pampa, 2006.

—: *El Enemigo en el Derecho Penal*, Bogotá, D.C., Universidad Santo Tomás-Grupo Editorial Ibáñez, 2006.

Sentencias de la Corte Constitucional referenciadas

C-221 de 1994, Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz. Salvamentos de voto de los magistrados: José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa.

C- 551 de 2003, Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

C-101 de 2004, Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

C-879 de 2008, Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

T-696 de 2001, Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

T-684 de 2002, Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

T-814 de 2008, Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

IV. Bibliografía

KAI AMBOS (Coordinador): *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, Bogotá, Edit. Temis, 2008, 185 páginas.

La publicación de este texto contó con el decidido apoyo de la Agencia de Cooperación Alemana GTZ, La Fiscalía General de la Nación, la Embajada de la República Federal Alemana, la Georg August Universität de Göttingen y la Editorial Temis que lograron, a tal efecto, reunir a varios expertos de diferentes países alrededor de un asunto de primer orden en la discusión dogmática actual: la imputación de crímenes de los subordinados a los dirigentes. Con tales miras, se lleva a cabo un estudio de dicha problemática a partir de premisas del derecho comparado, concretamente, con fundamento en los ordenamientos vigentes en Alemania, Argentina, Chile, España y, por supuesto, Colombia; de esta manera, se ha logrado una publicación que no sólo echa mano de la ley penal sino que, aunado a ello, decanta lo que la jurisprudencia en dicha materia ha dicho y, desde luego, esboza la parte crítica siempre bajo el necesario rigor científico y académico.

Así pues, en primer lugar, se analiza el caso alemán por parte del experto internacional en estos ámbitos, el Profesor KAI AMBOS –encargado de liderar la confección del libro– quien con fundamento en el célebre caso “Los Disparos del Muro” [Jurisprudencia Corte Suprema Federal 5 Senado, sentencia del 26.7.1994-5 SrR 98/94 (Primera Instancia: Tribunal Estatal de Berlín)] trae a colación los diferentes puntos de vista esgrimidos sobre la materia: por un lado, la teoría de la responsabilidad plena planteada por los profesores JESCHECK y JAKOBS; y, por el otro, la figura de la autoría mediata en los aparatos organizados de poder –dominio por organización– liderada por ROXIN. Esta última es, precisamente, la tesis acogida por el Tribunal, por lo cual se sostiene que el dominio del hecho lo detenta el hombre de atrás que no participa en la ejecución de

la acción típica; opera, eso sí, en un aparato organizado de poder y los que actúan de manera inmediata se pueden intercambiar, de tal manera que será mayor la responsabilidad entre más alto sea su nivel jerárquico.

En segundo lugar, se estudia el caso argentino por parte del Profesor EZEQUIEL MALARINO quien acude al *“Juicio a los excomandantes”* o *“juicio a las juntas”* que trata de los crímenes estatales que se cometieron durante el gobierno militar denominado *“Proceso de Reorganización Estatal”*; al respecto, dice el catedrático de la Universidad de Buenos Aires que la jurisprudencia acoge, con amplitud, la teoría del dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de los aparatos organizados de poder de ROXIN. En esa medida, analiza la responsabilidad del superior teniendo en cuenta que las órdenes se impartieron en un acto de servicio y, a partir de allí, se desprende el exhaustivo análisis acerca de quien domina el aparato organizado de poder. De esa forma, entiende que los responsables en el caso del cual se ocupa controlaban toda la organización –bajo el dominio de ellos– lo que a la postre determinó que el autor no operara en forma individual sino que, por el contrario, formaba parte de un engranaje. Ahora bien, lo anterior fue acogido en el plano teórico toda vez que, recuérdese, no se aplicó el principio de accesoriedad y los comandantes respondieron como autores mediatos del delito preterintencional imputado al autor directo.

Así mismo, el autor analiza la autoría mediata, en una de sus tradicionales manifestaciones, esto es, en virtud de la coacción; a la par, se ocupa de la participación necesaria, a cuyo efecto acude a la Sentencia del 30 de diciembre de 1986 de la Corte Suprema de Justicia, por cuya virtud se afirma –de un lado– que la autoría mediata en virtud de dominio de un aparato organizado no encuentra un sustento legal en el derecho argentino y, por el otro, que los jueces no adoptan la mentada teoría. Aunado a ello, el estudio transita por la discusión en torno a la coautoría y el apoyo que un sector de la doctrina da a esta para solucionar la problemática de la imputación de crímenes del subordinado al dirigente; para terminar, alude a la figura de la inducción como otro referente en la discusión.

En tercer lugar, aparece el caso chileno muy bien ilustrado por el Profesor JOSÉ LUIS GUZMÁN DÁLBORA quien trae a colación el doble asesinato de ORLANDO LETELIER DEL SOLAR y de su secretaria de origen norteamericano, RONNIE MOFFITT, acaecido en el año de 1976.

Mediante dicho fallo se condenó, en su calidad de coautores, a los militares responsables y la discusión versó sobre el estudio de las tradicionales figuras del autor y los partícipes a la luz del Código Penal chileno, en un momento en el cual la discusión austral en torno a la figura de la autoría mediata era escasa. Dicha solución, sin embargo, es objeto de crítica por el expositor, toda vez que según afirma la intervención de los militares condenados es la propia de los partícipes en sentido estricto.

A la par, en cuarto lugar, el texto se ocupa del caso español tarea encomendada a la Profesora ALICIA GIL GIL quien emplea como punto de partida diversos casos como el del “Alcalde racista”, el terrorismo de los GAL y ETA y, finalmente, el de Augusto Pinochet. La autora advierte que los tribunales españoles no han utilizado la figura del autor mediato a través de los aparatos organizados de poder porque, entre otras cosas, el concepto de coautoría en dicha legislación es muy amplio y, en esa medida, la inclusión de la mentada construcción no resulta necesaria, así se parta de la teoría del dominio del hecho para explicarla. En todo caso, la expositora se inclina por la tesis de la inducción y de la participación necesaria, aunque no deja de discurrir en torno a la figura de la autoría mediata por aparatos organizados de poder jerarquizados, instituto que en los casos ya juzgados no se emplea por no responder a los requisitos que él demanda.

En seguida, en quinto lugar, el Profesor IVÁN MEINI analiza el caso peruano a cuyo efecto aborda el debate en relación con la masacre de Lucanamarca, perpetrada por el grupo terrorista Sendero Luminoso, para mostrar como en la primera y segunda instancias, se optó por la tesis del “autor mediato, en virtud de los aparatos organizados de poder”; con todo, la Corte Suprema consigna un voto en cuya virtud se considera al señor Abimael Guzmán como coautor.

En sexto lugar, de cara al caso colombiano, la Profesora CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ acude a diversos referentes jurisprudenciales a partir del llamado caso “Machuca”. Al respecto, hace el análisis de los proveídos de primera y segunda instancias y de la decisión adoptada en sede de Casación, en los cuales se sostienen diversas posturas: coautoría mediata, “coautores determinadores” y, finalmente, “coautoría impropia”. A más de ello, subraya la postura esgrimida por la Procuraduría en sede de Casación que propugna por la aplicación de la autoría mediata a través de aparatos organizados

de poder y propende por la discusión doctrinal para fundamentar su crítica; esto último, le permite tomar partido por la teoría de autoría mediata en aparatos organizados de poder con instrumento fungible que, según dice, no sólo tiene asidero en el C.P. de 1980 sino en el vigente C.P. o ley 599 de 2000.

Para concluir, se debe decir que se trata de un texto de amplio interés que sin duda invita al lector a un replanteamiento del asunto de cara al Derecho colombiano, máxime que se trata de un problemática que en nuestro país ha alcanzado manifestaciones preocupantes que, por supuesto, ameritan un análisis serio y ponderado, más allá de la tesis simplista de la “coautoría impropia” que domina en la jurisprudencia nacional.

LIZBETH BARRERA RODRÍGUEZ
Abogada Especialista en Derecho Penal.
Asistente del Departamento de Derecho Penal
Escuela de Derecho, Universidad Sergio Arboleda.

GUERRERO PERALTA, OSCAR JULIÁN: *Institutos Probatorios del Nuevo Proceso Penal*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2009, 285 páginas.

El Profesor OSCAR JULIÁN GUERRERO PERALTA, quien es docente tanto de la Escuela de postgrados de nuestra Universidad como de otras Casas de Estudios capitalinas, es una persona suficientemente conocida en los escenarios jurídico-penales del país y en el exterior, como que ha sido investigador invitado en dos oportunidades del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, de Freiburg i. Br., y es visitante asiduo del Instituto de Ciencias Jurídico-Penales de la Universidad Georg-August de Göttingen, Alemania, entre otras instituciones de ese país que ha frecuentado en su ya largo periplo académico. Además, su trayectoria como servidor público lo ha visto desfilar por importantes cargos en el Ministerio de Justicia, la Fiscalía General y la Procuraduría General de la Nación, donde ha brillado con luz propia.

Dentro de la producción académica de este importante jurista y sociólogo, se deben destacar sus textos de consulta “Fundamentos teórico-constitucionales del nuevo proceso penal”, cuya segunda edición ha aparecido hace un par de años; “El control de garantías como construcción de una función jurisdiccional”; y “Procedimiento Acusatorio y terminación anticipada del Proceso Penal”. Así mismo, es autor de diversos artículos y traducciones que aparecen publicados en obras especializadas sobre la materia en Colombia, Perú, México, Argentina y España, entre otros países.

En la obra que es motivo de examen, el Profesor GUERRERO PERALTA –fiel a su tarea de estudiar los rudimentos de la nueva Ley Procesal Penal patria–, más que realizar indagaciones propias del Derecho Probatorio como pareciera sugerirlo el título del texto, se detiene en el estudio de instituciones jurídicas que aunque consecuentes con esa disciplina, se identifican mejor por su estirpe constitucional.

Sin duda, figuras como el descubrimiento probatorio, la prueba de referencia, las estipulaciones probatorias, las prohibiciones de prueba, las excepciones a la regla de exclusión probatoria y otros temas como el de las dudas y la prueba en el proceso penal, reposan, inexorablemente, sobre aquel umbral mínimo que irriga todo el ordenamiento jurídico: el Derecho Constitucional.

A partir de esta premisa el autor se sumerge en la revisión de dichos institutos probatorios, con el objeto de extraer conclusiones que arrojen luces sobre como está, o mejor, como debería estar constituido el modelo procesal penal adoptado por el legislador colombiano de 2004.

Por eso, al abordar cada uno de los acápites del estudio, el estudioso acude de forma reiterada a las fuentes del derecho comparado de las que se vale en punto de las respuestas que sobre los mismos interrogantes que él pretende absolver, plantean la jurisprudencia y la doctrina de otros países, sobre todo las de los Estados Unidos en cuyo sistema se inspiró en parte el legislador colombiano, para dar paso a nuestro vigente modelo de investigación y enjuiciamiento penal.

Se ve, pues, a lo largo de la obra una permanente prédica en cuya virtud se busca establecer ese necesario equilibrio que debe existir entre las garantías constitucionales y los fines de un proceso penal, de cara a evitar el extravío de éste último en el contexto de las exigencias propias de un Estado de Derecho. Por ello, pues, el expositor sopesa las diferentes figuras probatorias examinados de cara a las a las aristas impuestas por el Estado de Derecho, en cuyo seno el debido proceso, el derecho de defensa y los demás derechos fundamentales del ciudadano, deben salir muy bien librados si es que se pretende construir un proceso penal democrático respetuoso, en todo caso, de los derechos y de las garantías del ciudadano.

Para esta publicación, pues, es motivo de gran alegría y beneplácito la aparición de esta nueva obra que –de seguro– mucho va a contribuir al entendimiento de la nueva ley procesal penal y de sus institutos probatorios, sobre todo en un momento en el cual se requiere de estudios académicos serios que como este ayuden a enrutar por los mejores senderos la tarea del legislador.

CARLOS E. LOZANO MARTÍNEZ
Estudiante de la Escuela de Derecho, adscrito
a los semilleros del Grupo de Investigación en Ciencias
Penales y Criminológicas “Emiro Sandoval Huertas”.