

Derecho penal y guerra: las víctimas complejas como enemigos¹

Criminal Law and war: complex victims as enemies

OMAR HUERTAS DÍAZ²

ohuertasd@unal.edu.co

IVÁN RICARDO MORALES CHINOME³

irmoralesc@unal.edu.co

RESUMEN

El tratamiento jurídico de las víctimas políticamente complejas, es decir, las víctimas que tienen una responsabilidad en los hechos que condujeron a su propia victimización dentro del conflicto armado, ha correspondido con la tradición jurídico-filosófica del derecho penal del enemigo, en donde el derecho es usado como arma de guerra e implica el desconocimiento total de los derechos humanos de los considerados enemigos y la impunidad para los agresores, situación que ha cambiado a partir de las condenas al Estado colombiano y a miembros de las Fuerzas Militares por desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales de víctimas políticamente complejas, especialmente en el caso del Palacio de Justicia, por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y tribunales nacionales.

PALABRAS CLAVES: víctimas políticamente complejas, derecho penal del enemigo, derechos humanos, derecho internacional humanitario, delito político, rebelión, desaparición forzada, ejecución extrajudicial.

ABSTRACT

Legal Treatment of Victims politically complex, ie victims who have a responsibility in the events that led to their own victimization within the armed conflict, has corresponded with the legal-philosophical tradition of enemy criminal law, where the law is used as a weapon of war and implies total ignorance of Human Rights considered enemies and impunity for perpetrators, that situation has changed from the sentences with the State and members of the Armed Forces for enforced disappearances and extrajudicial executions of complex political victims especially Courthouse by the Inter-American Court of Human Rights and national courts.

KEYWORDS: complex political victims, enemy criminal law, human rights, international humanitarian law, political crime, rebellion, forced disappearance, extrajudicial execution.

Fecha de recepción: septiembre 13 de 2012

Fecha de aceptación: octubre 28 de 2012

1. Artículo de reflexión producto de la investigación terminada por el grupo de investigación "NULLUM CRIMEN SINE LEGE" de la Universidad Nacional de Colombia, actualmente registrado con el código COL0078909 en Colciencias.

2. Abogado, profesor asociado, especialista en derecho penal y Ph.D en derecho, Universidad Nacional de Colombia; Ph.D en ciencias de la educación, Universidad Simón Bolívar; Mg. en derecho penal, Universidad Libre, máster en derechos humanos, estado de derecho y democracia en Iberoamérica, Universidad de Alcalá, España; Mg. en educación, Universidad Pedagógica Nacional.

3. Abogado Universidad Nacional de Colombia, magister en derecho con profundización en sociología y política criminal de la Universidad Nacional de Colombia. Becario sobresaliente de posgrado UN. Bogotá, Colombia.

Introducción

Históricamente en Colombia el tratamiento jurídico que se le ha dado a las víctimas políticamente complejas, es decir, a las víctimas que tienen una responsabilidad en los hechos que condujeron a su propia victimización dentro del conflicto armado, ha correspondido con la tradición jurídico-filosófica del derecho penal del enemigo que hoy está en el centro de la discusión del derecho penal moderno, en donde el derecho es usado como arma en la guerra contra el enemigo interno e implica el desconocimiento total de sus derechos humanos y la impunidad para los agresores, tratando a los considerados enemigos por fuera de la legalidad; esta situación ha pasado de un extremo a otro desde el inicio del conflicto armado hasta los actuales diálogos de paz, teniendo como punto más álgido los años 80 con la toma del Palacio de Justicia y el escalamiento de la confrontación. Sin embargo, a partir de los nuevos discursos de derechos humanos y la aplicación del derecho internacional por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional, y la consecuente condena al Estado colombiano por desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales de víctimas políticamente complejas, se le presenta un nuevo reto a la judicatura para reconocer tal circunstancia y aplicar el derecho internacional humanitario y el derecho penal contra los agresores de los derechos humanos, especialmente, las Fuerzas Militares históricamente impunes por estos hechos. Además, esta situación es importante develarla en un posible proceso de reconciliación nacional en donde los distintos actores deben reconocer su responsabilidad en los actos de barbarie que han acom-

pañado el conflicto armado interno por más de 60 años.

Rebelión armada, delito de rebelión y delito político, derecho penal y estatutos penales de excepción, conflicto armado interno, víctimas y derechos humanos, son hechos todos comprendidos en el horizonte más amplio de una relación compleja: guerra y derecho (Aponte, 1995, p. 87).

Si en nuestro país la norma jurídica ha sido utilizada como instrumento privilegiado del Estado para combatir los diversos actores que lo enfrentan, especialmente al rebelde revolucionario y, con él, otras formas del delito político y la simple oposición civil, estudiar cómo se trabaja con el derecho, cómo se lo concibe y se lo utiliza en los estrados judiciales, constituye un capítulo esencial de la relación entre guerra y derecho en Colombia. El escenario judicial es un teatro vivo de esa relación. La defensa de presos políticos expresa en la cotidianidad, en los casos y en las sentencias judiciales, los cambios que experimenta la lucha del Estado con sus opositores armados y, más allá, con los no armados, que son también convertidos en víctimas por la norma penal utilizada indiscriminadamente (Aponte, 1995, p. 87).

Desde mediados de los años 80, el derecho penal, construido más como derecho penal político del enemigo, vive la pretensión “eficientista” de agrupar artificialmente y sin reparar en diferencias, todos los actores colectivos que enfrentan al Estado, en el absoluto de la “asociación para delinquir”: guerrillas, narcotraficantes, paramilitares, terroristas, delincuentes comunes organizados, son abstraídos todos y conjugados en

el mismo universo criminalizante. Al mismo tiempo, entrada la década del 90, y frente a cada caso penal específico, los actores colectivos indiferenciados ya de hecho desde la norma, se disuelven y sus miembros serán simples delincuentes tanto más indiferenciados todavía: igualados todos y en cuyos procesos penales no vale ningún argumento ideológico, ninguna apelación —como en el caso particular del rebelde— a un altruismo en su conducta; en el proceso se juega en cambio la habilidad para negociar la rebaja de penas, para improvisadas confesiones y provocadas delaciones. El derecho penal del enemigo, como instrumento de guerra y como recurso prioritario para resolver conflictos políticos y sociales criminalizándolos, se vive más como una amenaza generalizada. A la justicia se le encarga, en gran medida, la guerra. Es una consecuencia más de la tradicional confusión existente en Colombia entre la guerra y la política: la guerra se vive como fin y todo, y, desde luego, la política, se subordina al fin bélico (Aponte, 1995, p. 88).

No solo el Estado sino las propias guerrillas participan y alimentan la confusión. La crisis en la caracterización de los rebeldes y las víctimas del conflicto ha corrido paralelamente a la degradación misma de la lucha guerrillera: la proliferación indiscriminada del secuestro y la comisión de meros delitos comunes, la bandolerización, la desidiologización general de la lucha armada, han sembrado confusión y desconcierto. Así, en un universo general descompuesto, frente al andamiaje eficientista de una justicia de enemigo que niega el derecho humano fundamental al debido proceso y frente a la degradación de la actuación guerrillera y de la guerra en general

se encuentran los tribunales judiciales. (Aponte, 1995, p. 88).

La instrumentalización del derecho en la guerra y la confusión entre delincuentes, rebeldes, terroristas, civiles y víctimas propias de los conflictos armados internos, han sido poco tratados y hasta desconocidos por los tribunales nacionales, por la Corte Constitucional y por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, encargada de delimitar por medio de la interpretación los tipos penales aplicables a los distintos grupos delincuenciales y a los rebeldes. Además, desde la promulgación de la Ley 975 de 2005 “ley de justicia y paz”, de corte transicional, a esta corporación le fue asignada la función de revisar las sentencias de desmovilizados, lo que implica pronunciarse también sobre las reparaciones de las víctimas de los paramilitares, que incluye a su vez la construcción de la memoria histórica y la determinación de responsabilidades de los distintos actores en el conflicto armado, sin embargo, en sus pronunciamientos no ha tratado el tema de las víctimas complejas desde una perspectiva amplia que sea acorde con la realidad de la guerra y ligado a la confusión entre víctimas y combatientes.

En general, el concepto de víctima en la legislación colombiana y la jurisprudencia internacional se corresponde con la definición contenida en el artículo 3 de la Ley 1448 de 2011, conocida como Ley de víctimas:

Se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1° de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al derecho internacional

humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno.

(...)

Parágrafo 1°. Cuando los miembros de la Fuerza Pública sean víctimas en los términos del presente artículo, su reparación económica corresponderá por todo concepto a la que tengan derecho de acuerdo al régimen especial que les sea aplicable. De la misma forma, tendrán derecho a las medidas de satisfacción y garantías de no repetición señaladas en la presente ley.

Parágrafo 2°. Los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley no serán considerados víctimas, salvo en los casos en los que los niños, niñas o adolescentes hubieren sido desvinculados del grupo armado organizado al margen de la ley siendo menores de edad.

Si bien la definición de víctima adoptada por el legislador es bastante amplia y está acorde con los tratados internacionales, recoge la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que solo reconoce como víctimas complejas a los menores de edad que hayan pertenecido a estos grupos armados organizados al margen de la ley y hayan sido desvinculados de los grupos delincuenciales siendo menores de edad.

De esta manera se excluye, a partir de la norma, la discusión del tratamiento a las víctimas complejas, discusión que de igual manera ha estado ausente en las sentencias que ha revisado la

constitucionalidad del articulado de la Ley 975 de 2005⁴ y de la Ley 1448 de 2011 (Corte Constitucional, 2012).

Por otro lado, si bien en la sentencia C-052 de 2012, la Corte Constitucional evitó tal discusión al revisar la constitucionalidad del artículo 3 de la Ley 1448 que contiene la definición de víctima, aun cuando los intervinientes la exhortaron para revisar la constitucionalidad de este artículo en su integridad y no solo sobre los cargos materia de impugnación (Corte Constitucional, 2012), a mi juicio no excluyó la presentación de una nueva demanda de inexequibilidad contra el parágrafo 2 del artículo 3 de esta misma ley, para poner sobre la mesa el debate sobre las víctimas complejas.

La figura de las víctimas políticamente complejas, es decir, las víctimas que tienen una responsabilidad en los hechos que condujeron a su propia victimización, se corresponde más con la realidad de la guerra, en donde el Estado también es culpable y hay múltiples responsabilidades en la victimización (Orozco, 2012), sin embargo el tratamiento jurídico a estos casos en los tribunales colombianos ha estado determinado por el desconocimiento de estas zonas grises —como es el caso de las anteriores sentencias enunciadas— y la impunidad para los agresores, especialmente para los miembros de las Fuerzas Militares del Estado colombiano.

4. Ver sentencias Corte Constitucional C-127/06, C-455/06, C-670/06, C-319/06, C-476/06, C-719/06, C-370/06, C-531/06, C-080/07, C-400/06, C-575/06, C-1199/08, C-426/06, C-650/06, C-029/09.

La figura de las víctimas políticamente complejas, de muy poco desarrollo en la jurisprudencia y en la doctrina del derecho, incluye una gran variedad de casos: los combatientes que caen en estado de indefensión, los menores reclutados ilegalmente que se convierten posteriormente en victimarios, los auxiliares de algún bando en particular (las guerrillas, los paramilitares o el Ejército y la Policía), entre otros.

Por tanto, el modesto estudio que presento a continuación solamente trata a los combatientes que por razones del combate quedaron en condición de indefensión y se convirtieron en víctimas de las Fuerzas Militares colombianas, a partir del análisis de dos casos en particular, el de Irma Franco, la guerrillera desaparecida en el Palacio de Justicia y los guerrilleros del M-19 ejecutados extrajudicialmente por el Ejército y el DAS en Bogotá, en 1985. Al respecto afirmo que las instituciones del Estado colombiano, entre estas la Rama Judicial y especialmente las Fuerzas Militares, que violando el derecho internacional humanitario y asegurando su impunidad en los tribunales trataron a los combatientes en estado de indefensión de acuerdo con la tradición jurídico filosófica que hoy está en el centro del debate jurídico penal moderno que se conoce como el derecho penal del enemigo.

En ambos casos, las víctimas también son victimarios: Irma Franco al hacer parte del grupo que se toma el Palacio de Justicia y los miembros del M-19 que asaltan un camión de leche en el barrio Diana Turbay en Bogotá. Pero en la medida en que la guerrillera sobrevive a la batalla de la contratoma y los combatientes del M-19 son desarmados y reducidos, quedan en condi-

ción de indefensión y se convierten en víctimas. Un principio básico es que la víctima no lo es por inocente sino por indefensa.

Por otro lado, analizo la situación de los auxiliares de la guerrilla, que si bien no son tratados por fuera de la legalidad son víctimas de la aplicación irregular de la ley penal a través de la vulneración del derecho al debido proceso, contenido en el artículo 29 de la Constitución Política Colombiana, con el fin de desarticular las bases de apoyo de las guerrillas mediante el encarcelamiento y la intimidación de los habitantes de las zonas de retaguardia.

Finalmente, de acuerdo con los nuevos desarrollos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, considero que la justicia penal tiene nuevas herramientas para reabrir las investigaciones en contra de los militares implicados en la violación de derechos humanos y entender que la guerra, a diferencia de la manera en que ha sido tratada históricamente por los tribunales, está llena de zonas grises que debe enfrentar el derecho para atribuir responsabilidades a los distintos actores y así garantizar el derecho a las víctimas y a la sociedad a la verdad en un conflicto que se ha postergado por décadas.

Caracterización del enemigo en la filosofía del derecho y del Estado

De acuerdo con la reconstrucción histórica del derecho penal del enemigo que han hecho los doctrinantes alemanes Günther Jakobs y Kai Ambos, se puede afirmar que la negación al enemigo del estatus de ciudadano para su eficaz

neutralización, ha acompañado a las distintas corrientes de la filosofía del derecho desde antes de la conformación del Estado-nación hasta la lucha global contra el terrorismo. La caracterización del enemigo en el caso colombiano, si bien tiene sus propias particularidades, no es ajena a esta conceptualización.

Se denomina “derecho” al vínculo entre personas que son a su vez titulares de derechos y deberes, mientras que la relación con un enemigo no se determina por el derecho, sino por la coacción. Ahora bien, todo derecho se halla vinculado a la autorización para emplear coacción, y la coacción más intensa es la del derecho penal. En consecuencia, se podría argumentar que cualquier pena, o, incluso, ya cualquier legítima defensa se dirige contra un enemigo (Jakobs & Cancio, 2005, p. 20).

Tal argumentación en absoluto es nueva, puesto que cuenta con destacados precursores filosóficos.

En sus escritos sobre el Estado ideal, Aristóteles exige que sus ciudades se preparen para tiempos de guerra y para tiempos de paz. Se debe evitar que los enemigos conquisten la ciudad y ello a través de mecanismos reforzados y zonas y formas de construcción de difícil acceso. Cuando trata el tema del enemigo externo, las reflexiones de Aristóteles sobre aquellos ciudadanos del Estado que “se deberían haber comportado como las partes de un todo al que pertenecen” hacen referencia al enemigo interno: el que no puede o no debe vivir en comunidad no es “miembro del Estado y por tanto, ni un animal ni un Dios”. Más claro aún se lo pone Zeus a Mermes en el mito de Prometeo: “a quien no



La guerra, a diferencia de la manera en que ha sido tratada históricamente por los tribunales, está llena de zonas grises que debe enfrentar el derecho para atribuir responsabilidades a los distintos actores y así garantizar el derecho a las víctimas y a la sociedad a la verdad en un conflicto que se ha postergado por décadas.

189

puede hacer suyas las costumbres y el derecho se le puede matar como se mata a un miembro enfermo del Estado” (Kai, 2007, p. 9).

Cicerón, por el contrario, advierte sobre solo tomar en consideración a los conciudadanos y no a los extranjeros; y ello debido a que en ese caso la sociedad común al género humano desaparece y con ella “el buen hacer, la generosidad, la bondad y la justicia”. Este ideal de respeto mutuo referido al extranjero tiene, no obstante, ciertos límites en relación con los enemigos: “Cuando

un buen hombre pudiera robar las ropas del cruel e inhumano tirano Parláis para no morir de frío, ¿no lo haría?”. El propio Cicerón proporciona la respuesta a esta pregunta retórica; así, no lo considera reprochable cuando el bien social restringe los derechos “de quien no resulta en modo alguno útil”. Más aún, en este ámbito resultan necesarias la separación y la exclusión (Kai, 2007, p. 10).

Con tiranos no existe sociedad alguna, sino la más tajante de las separaciones, y no es contrario a la naturaleza robar a quien resulta un honor matar. Toda esta estirpe que trae consigo la desgracia y está alejada de Dios debe ser excluida de la comunidad de los seres humanos, pues del mismo modo que algunas partes del cuerpo han de ser amputadas cuando ellas mismas pierden la sangre y en cierto sentido el aliento de la vida, perjudicando a las demás partes del cuerpo, asimismo esta bestialización con forma humana, este monstruo horroroso debe ser excluido de la común humanidad del cuerpo.

También en el *Digesto* se distingue entre enemigos externos e internos: enemigos son aquellos con los que entramos en guerra:

En general, ladrones y piratas. También es enemigo aquel que, con mala intención y espíritu traicionero, abandona la patria; pero no lo es, sin embargo, aquel con quien existe una relación de amistad, hospitalidad o análogas.

Para Locke, la violencia de un miembro de la en sí misma “pacífica” comunidad natural conduce al estado de guerra, el cual anula todas las obligaciones fundamentadas en el contrato social y otorga a cada individuo el derecho a oponerse al agresor. Locke diferencia entre este estado de guerra limitado que se desencadena mediante una infracción

de la ley y la rebelión contra el orden establecido. Mientras que en este caso depende de en qué medida la autoridad estatal ha provocado la rebelión, en el estado de guerra es

razonable y justo que yo tenga un derecho a eliminar aquello que amenaza con eliminarme. Puesto que, al igual que la ley fundamental de la naturaleza es que la humanidad perdure tanto como sea posible, debe preferirse la seguridad del inocente cuando no pueda perdurar la seguridad de todos (Kai, 2007, p. 11).

Al hombre que le declara la guerra a uno se le debe matar como a un animal carnívoro, puesto que

ese tipo de seres humanos no están vinculados mediante la ley común de la razón, y no conocen otras reglas que no sean las de la fuerza bruta y la violencia. Por tanto, se les debe tratar como a animales carnívoros, como a cualquier criatura peligrosa y lesiva que le aniquila a uno en cuanto cae en su poder (Kai, 2007, p. 12)

Mientras que en este punto se trata de la vida en común de unos ciudadanos con otros y de la exclusión de aquellos que abandonan el pacífico estado natural —y que por tanto deben ser tratados como animales carnívoros— en otro lugar Locke se refiere a la vulneración de los derechos políticos y en el resultante derecho de resistencia del pueblo frente al enemigo común:

Quien usurpe violentamente, ya sea señor o súbdito, los derechos del príncipe o del pueblo que conlleve un golpe de estado a la constitución y a la totalidad de la estructura de un gobierno justo, es culpable del peor de los delitos que, en mi opinión, puede cometer un hombre. Debe responder por todos los males de derramamiento de sangre, robos y devastación que provoca en un país la destrucción del gobierno. Y quien se comporta

de esta manera es considerado, con razón, como el enemigo común, como parásito de la humanidad y debe tratársele en correspondencia como tal (Kai, 2007, p. 12).

Por otra parte, son especialmente aquellos autores que fundamentan el Estado de modo estricto mediante un contrato, los que representan el delito en el sentido de que el delincuente infringe el contrato, de manera que ya no participa de los beneficios de este: a partir de ese momento, ya no vive con los demás dentro de una relación jurídica. En correspondencia con ello, afirma Rousseau que cualquier “malhechor” que ataque el “derecho social” deja de ser “miembro” del Estado, puesto que se halla en guerra con este, como demuestra la pena pronunciada en contra del malhechor. La consecuencia reza así: “al culpable se le hace morir más como enemigo que como ciudadano” (Kai, 2007, p. 12).

En la concepción de Rousseau, el hombre que vive en la comunidad política tiene deberes como súbdito y derechos como ciudadano. Se convierte en enemigo aquel que solo persigue su propia ambición de poder y posesión, despreciando con ello las normas sociales y, de esta manera, el bienestar de los demás. La ruptura del contrato social equivale a renunciar a las cualidades en cuanto a persona moral, y representa una traición a la patria (Kai, 2007, p. 13).

Como tal, no “es una persona moral, es un individuo y en este caso constituye un derecho de guerra matar al derrotado”. La ruptura del contrato social y la resultante exclusión de quien lo rompe como enemigo *interno* debe diferenciarse de la situación de la guerra entre dos Estados,

en la que los soldados se enfrentan *a limine* como enemigos, empero, solo mientras dure la guerra: “en cuanto se deponen [las armas] y se entregan se convierten de nuevo en hombres por antonomasia —dado que ya no son ni enemigos ni instrumentos de los enemigos—” (Kai, 2007, p. 13).

De modo similar argumenta Fichte:

quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos.

Fichte atenúa tal muerte civil por regla general mediante la construcción de un contrato de penitencia, pero no en el caso del “asesinato intencionado y premeditado”. En este ámbito, se mantiene la privación de derechos: “... al condenado se le declara una cosa, una pieza de ganado”. Con férrea coherencia Fichte prosigue afirmando que a falta de personalidad, la ejecución del criminal “no [es una] pena, sino solo instrumento de seguridad” (Jakobs & Cancio, 2005, p. 21).

Por tanto, en la concepción de Rousseau y de Fichte existe una separación radical entre el ciudadano y su derecho, por un lado, y el injusto del enemigo, por otro.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con un simple delincuente, pues un ordenamiento jurídico debe mantener dentro del derecho también al criminal, y ello por una doble razón: por un lado, el delincuente tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad, y para ello debe mantener su

estatus como persona, como ciudadano, en todo caso: su situación dentro del derecho. Por otro, el delincuente tiene el deber de proceder a la reparación, y también los deberes tienen como presupuesto la existencia de personalidad; dicho de otro modo, el delincuente no puede despedirse arbitrariamente de la sociedad a través de su hecho (Jakobs & Cancio, 2005, p. 22).

Hobbes era consciente de esta situación. Nominalmente, es (también) un teórico del contrato social, pero materialmente es más bien un filósofo de las instituciones. Su contrato de sumisión —junto al cual aparece, en igualdad de derecho, la sumisión por medio de la violencia— no debe entenderse tanto como un contrato sino como una metáfora de que los (futuros) ciudadanos no perturben al Estado en su proceso de autoorganización. De manera plenamente coherente con ello, Hobbes en principio deja al delincuente en su rol de ciudadano: el ciudadano no puede eliminar por sí mismo su estatus. Sin embargo, la situación es distinta cuando se trata de una rebelión, es decir, de alta traición: “Pues la naturaleza de este crimen está en la rescisión de la sumisión, lo que significa una recaída en el estado de naturaleza [...] Y aquellos que incurren en tal delito no son castigados en cuanto súbditos, sino como enemigos” (Jakobs & Cancio, 2005, p. 22).

Por su parte, Kant, quien hace uso del modelo contractual como idea regulativa en la fundamentación y en la limitación del poder del Estado, ubica el problema en el tránsito entre el estado de naturaleza (ficticio) y el estado estatal. En la construcción de Kant, toda persona se encuentra autorizada para obligar a cualquier otra persona a entrar en una constitución ciu-

dadana. Inmediatamente se plantea la siguiente cuestión: ¿qué dice Kant a aquellos que no se dejan obligar? En su escrito *Sobre la paz perpetua*, dedica una larga nota a pie de página al problema de cuándo se puede legítimamente proceder de modo hostil contra un ser humano, exponiendo lo siguiente:

Sin embargo, aquel ser humano o pueblo que se halla en un mero estado de naturaleza me priva [...] [de la] seguridad [necesaria], y me lesiona ya por ese estado en el que está a mi lado, si bien no de manera activa (*facto*), sí por la ausencia de legalidad de su estado (*statu in iustitia*), que me amenaza constantemente, y le puedo obligar a que o entre conmigo en un estado comunitario-legal o abandone mi vecindad.

En consecuencia, quien no participa en la vida en un “estado comunitario-legal” debe irse, lo que significa que es expelido (o impelido a la custodia de seguridad); en todo caso, no hay que tratarlo como persona, sino que se le puede “tratar”, como anota expresamente Kant, “como un enemigo” (Jakobs & Cancio, 2005, p. 23).

Según Kant, se puede tratar como enemigo al hombre o al pueblo en estado de naturaleza que a través de la presunta falta de ley de este estado representan una amenaza. Sin embargo, no se debe perder de vista que para filósofos de la ilustración como Kant, el concepto del enemigo fue estrechamente vinculado a la doctrina de la guerra justa (Kai, 2007, p. 14).

Como acaba de citarse, en la posición de Kant no se trata como persona a quien “me amenaza [...] constantemente”, quien no se deja obligar a entrar en un estado ciudadano. De manera similar, Hobbes despersonaliza al reo de alta trai-

ción, pues también este niega por principio la constitución existente. Por consiguiente, Hobbes y Kant conocen un derecho penal del ciudadano —contra personas que no delinquen de modo persistente, por principio— y un derecho penal del enemigo —contra quien se desvía por principio—: este excluye, aquel deja incólume el estatus de persona. El derecho penal del ciudadano es derecho también en lo que se refiere al criminal; este sigue siendo persona. Pero el derecho penal del enemigo es derecho en otro sentido. Ciertamente, el Estado tiene derecho a procurarse seguridad frente a individuos que reinciden persistentemente en la comisión de delitos; a fin de cuentas, la custodia de seguridad es una institución jurídica. Más aún: los ciudadanos tienen derecho a exigir del Estado que tome las medidas adecuadas, es decir, tienen un derecho a la seguridad, con base en el cual Hobbes fundamenta y limita al Estado: *finis oboedientiae est protectio*. Pero en este derecho no se halla contenido en Hobbes el reo de alta traición; en Kant, quien permanentemente amenaza, se trata del derecho de los demás. *El derecho penal del ciudadano es el derecho de todos, el derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es solo coacción física, hasta llegar a la guerra*. Esta coacción puede quedar limitada en un doble sentido. En primer lugar, el Estado no necesariamente ha de excluir al enemigo de todos los derechos. En este sentido, el sujeto sometido a custodia de seguridad queda incólume en su papel de propietario de cosas. Y, en segundo lugar, el Estado no tiene por qué hacer todo lo que es libre de hacer, sino que puede contenerse, en especial, para no cerrar la puerta a un posterior acuerdo de paz. Pero esto en nada cambia el hecho

de que la medida ejecutada contra el enemigo no significa nada, sino solo coacciona. *El derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el derecho penal del enemigo* (en sentido amplio: incluyendo el derecho de las medidas de seguridad) *combate peligros*—con toda certeza existen múltiples formas intermedias— (Jakobs & Cancio, 2005, p. 25).

La comprensión moderna del concepto de enemigo, de acuñación jurídica, debe vincularse decididamente a Carl Schmitt (Kai, 2007, p. 15).

Para Schmitt el enemigo es medida central, poder definitorio y esencia de lo político:

Todo antagonismo u oposición religiosa, moral, económica, étnica o de cualquier clase se transforma en oposición política en cuanto gana la fuerza suficiente como para agrupar de un modo efectivo a los hombres en amigos y enemigos.

193

El enemigo no constituye un contrario general o privado en el sentido de un competidor o un antagonista; este solo lo es el enemigo abierto: *“Hostis is est cum quo publice bellum habemus”* (es un enemigo al público con el que tenemos una guerra). “Existencialmente”, el enemigo es, “en un sentido especialmente intensivo, algo diferente y ajeno”; con el enemigo pueden darse conflictos “que no pueden decidirse ni mediante una norma general adoptada con antelación ni a través del fallo de un tercero ‘indiferente’ y en este sentido ‘imparcial’”. Mientras que con el enemigo privado se puede acordar la paz, la respuesta que, en última instancia, se le puede dar al enemigo público es siempre la guerra. Por tanto, enemigo y lucha no constituyen en modo alguno conceptos que pertenecen a una discu-



194

Ciertamente, el Estado tiene derecho a procurarse seguridad frente a individuos que reinciden persistentemente en la comisión de delitos; a fin de cuentas, la custodia de seguridad es una institución jurídica. Más aún: los ciudadanos tienen derecho a exigir del Estado que tome las medidas adecuadas, es decir, tiene un derecho a la seguridad..

sión puramente espiritual o a una lucha simbólica:

Los conceptos de amigo, enemigo y lucha adquieren su sentido real por el hecho de que están y se mantienen en conexión con la posibilidad real de matar físicamente. La guerra procede de la enemistad, ya que esta es una negación óptica de un ser distinto. La guerra no es sino la realización extrema de la enemistad (Kai, 2007, p. 15).

En atención a esto, la guerra debe continuar siendo una posibilidad real “mientras que el concepto de enemigo tenga sentido”, puesto que tampoco “la guerra adquiere su sentido para referirse a ideales o normas jurídicas, sino para dirigirse contra un enemigo real”. Quién deba ser considerado en el caso concreto como un enemigo, vendrá determinado, al menos en situaciones críticas, por el Estado; esto es, por quien detenta el poder fáctico de decisión en el Estado: el soberano (Kai, 2007, p. 16).

El enemigo en la praxis política

Hasta hoy, en la práctica política, la calificación del contrario como “enemigo” sirve para justificar cualquier forma de medidas represivas, desde sanciones económicas hasta la guerra interna o externa (Kai, 2007, p. 17).

En Alemania, la “justicia política” persiguió la izquierda radical o extrema al comienzo del siglo XX y durante la guerra fría de los años sesenta como enemigos del sistema (capitalista). En la España de Franco se denominaba enemigo a quien se permitía comunicar públicamente una oposición al régimen franquista o a quien exigía derechos fundamentales. Los militares argentinos, durante los años de dictadura, calificaron como enemigos –con base en la “doctrina de la seguridad nacional”– a “los ideólogos que envenenan las almas de nuestros jóvenes en nuestras universidades”, y amenazan con que “los enemigos destrozarían las almas de los argentinos”. El antiguo presidente de Ruanda, Jean Kambada, que entre otras cuestiones ha sido condenado por genocidio, alababa el trabajo de una emisora

de radio que animaba a la persecución y muerte de miembros de la tribu tutsi y de los hutus moderados, como “arma imprescindible en la lucha contra el enemigo”. En los conflictos en y alrededor del Oriente Medio el concepto se encuentra por legiones. Hamas estigmatiza al “enemigo sionista”; el presidente de Palestina, Abbas, denomina a “Israel” como Ariel Sharon lo hacía con el antiguo presidente de Palestina, “Arafat”: como enemigo. En el islam los enemigos son los no-creyentes, que serán excluidos de la *umma* (comunidad). Los medios estadounidenses califican a la insurgencia iraquí de “fuerza enemiga”, y esta denomina a Bush como “enemigo del islam, enemigo de Alá, enemigo de los musulmanes”. El propio Bush ha estilizado hábilmente el concepto de enemigo como concepto de lucha desde el 11 de septiembre de 2001: “We are the target of enemies who boast they want to kill: kill all Americans, kill all Jews and kill all Christians” (somos blanco de los enemigos que se jactan de querer matar: matar a todos los estadounidenses, matar a todos los Judíos y matar a todos los Cristianos). En su discurso a la nación tres días antes del comienzo de la guerra contra Iraq, Bush justificaba de esta manera el ataque preventivo: al “evil man” o a “Duch enemies” no se les debe dar la oportunidad de atacar primero (Kai, 2007, p. 18).

Recientemente, Bush confirmaba que “Against such enemy there is only one effective response: We will never back down, never give in and never accept anything less than complete victory” (contra el enemigo tan solo hay una respuesta eficaz: nunca retroceder, nunca rendirse y nunca aceptaremos nada más que la victoria absoluta). En el marco de esta retórica, el derecho penal te-

rrorista se ha ido convirtiendo más y más en un derecho penal del enemigo” (Kai, 2007, p. 19).

Enemigo interno y externo

Por tanto, de acuerdo con Kai Ambos, a partir de esta breve reconstrucción histórica es evidente que debe distinguirse entre enemigos “internos” y “externos”.

El *enemigo “externo”* amenaza lo propio desde fuera de la propia sociedad. Aparece así, especialmente, en la guerra clásica entre Estados e instituciones pre-estatales. El enemigo aquí es el contrario en la guerra, quien, con motivo de su estatus, concede *determinados derechos* y con quien, incluso, se pueden cerrar acuerdos de paz y de amnistía. La “declaración de enemistad”, esto es, la exposición y caracterización del enemigo, deviene de la situación de guerra. Mi enemigo es aquel *ser humano* que se encuentra en una situación de confrontación bélica conmigo. Sin embargo, cuando cesa la confrontación bélica, los enemigos se pueden convertir en amigos o, como mínimo, en *partners* en alianzas políticas. El enemigo externo puede también tener, precisamente (*algún*) *derecho*; en cualquier caso, posee unos determinados *derechos mínimos* –hoy en día garantizados por el derecho internacional de derechos humanos–, a un tratamiento *humano*; el enemigo no pierde estos derechos, no se convierte en un “sin ley” (Kai, 2007, p. 21).

Muy diferente resulta la cuestión relativa al *enemigo interno*. Él es un “desviado” en su propia sociedad. Enemigo es aquel que no quiere vincular a una comunidad su existencia como indi-

viduo y no quiere integrarse en esta; aquel que no quiere o no puede acatar los valores sociales fundamentales dominantes. La clásica guerra entre Estados se convierte en una “guerra interna” entre seres humanos o grupos de seres humanos desatados que, asemejándose a los animales en el estado de naturaleza o en cualquier caso desvinculados de los valores dominantes, ponen en peligro el ser de la sociedad, la convivencia pacífica. El aspecto de la amenaza ocupa un papel predominante: la negación del otro que amenaza la identidad y la existencia propia es un criterio constitutivo para el enemigo. Enemigo es, por tanto, quien me puede cuestionar en el sentido cultural-espiritual o físico-real —esto es, de quien temo que pueda hacer esto—. El enemigo interno así definido nunca podrá tener *ningún derecho* (Kai, 2007, p. 21).

Si bien al concepto de enemigo externo no se le puede negar una cierta legitimidad, la del enemigo interno solo sirve a la desacreditación del contrario y a la justificación de la forma de proceder propia, sin proporcionar una fundamentación material para la exclusión del otro. Este concepto del enemigo no tiene límites. Ello resulta sobre todo evidente en la posición de Schmitt, quien, por un lado, excluye cualquier cuestionamiento de las causas del conflicto apelando al Estado libre de valores como máquina neutral y, por otro lado, postula la guerra como única consecuencia posible de la enemistad, sustrayendo de esta manera cualquier fundamento a posibilidades alternativas de solución *a limine*. La falta de contornos se ve acompañada de la exageración: la sobredimensión de la amenaza aparente, junto con la negación simultánea de las características buenas, desfiguran la realidad

y hace que la confrontación se torne inevitable. Con el enemigo (interno) no se tiene nada en común; representa una amenaza para la propia existencia de uno mismo y, en este sentido, se encuentra siempre fuera de la propia identidad —individual o colectiva—. Desde esta perspectiva, el enemigo nunca es un concepto sin importancia o inocuo: siempre le es inmanente una amenaza que debe ser aclarada o eliminada. Puesto que ya no puede acontecer una comunicación con el enemigo, solo resta la confrontación militar: la guerra (Kai, 2007, p. 23).

El enemigo en Colombia

De acuerdo con la doctrina, el derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), pues se busca neutralizar al enemigo que es esencialmente peligroso antes de que cause daño a la sociedad. En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tomada en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas.

Si bien para Günther Jakobs, en la actualidad el derecho penal del ciudadano y el derecho penal del enemigo son dos tipos ideales que difícilmente aparecerán llevados a la realidad de modo puro, aun en el enjuiciamiento de un hecho delictivo cotidiano que provoca poco más que te-

dio –derecho penal del ciudadano– se mezclará al menos una leve defensa frente a riesgos futuros –derecho penal del enemigo–, e incluso el terrorista más alejado de la esfera ciudadana es tratado al menos formalmente como persona, al concedérsele en el proceso penal los derechos de un acusado ciudadano (Jakobs & Cancio, 2005, p. 17), y puede que se presente tal situación en Alemania, pero en Colombia el derecho penal del enemigo en su forma moderna –marcado por la inaplicación de la ley– se ha instrumentalizado desde hace más de 60 años como arma eficaz en la lucha contra el enemigo interno y sus colaboradores.

Por tanto, afirmo que en la lucha contra la insurgencia guerrillera en Colombia, la caracterización del enemigo se ha movido entre la denominación de bandoleros, rebeldes, criminales y terroristas dependiendo de la política del Estado colombiano, especialmente si se intentaban realizar acuerdos de paz y, por tanto, se concedían amnistías e indultos o, por el contrario, si se determinaba la aniquilación por medio del uso de las armas; sin embargo, en los años ochenta esta situación se agudizó por la capacidad real de los contradictores del Estado de tomar el poder, lo que provocó una reacción más fuerte de la institucionalidad traducida, tanto en la criminalización de grandes sectores sociales y el juicio de civiles por tribunales militares como por la degradación de la respuesta militar por medio de graves violaciones a los derechos humanos de los combatientes que fueron vistos como *enemigos* y, por tanto, excluidos de todo estatus de ciudadano y tratados por fuera de la legalidad.

¿Quién es el enemigo para las Fuerzas Militares? años 60, 70 y 80

El enemigo por parte del Estado colombiano siempre ha sido la insurgencia que amenaza permanentemente la institucionalidad, para la cual el remedio más eficaz, especialmente para las élites políticas y militares, es la guerra, sin desconocer que dentro de algunos periodos históricos ha sido necesario entablar negociaciones con ellos.

Ahora bien, para la institucionalidad, durante gran parte del conflicto armado, el enemigo ha sido caracterizado con la influencia de las posiciones del gobierno de EE. UU. y en especial con las doctrinas de la Seguridad Nacional y su penetración en el interior de las Fuerzas Armadas colombianas para la lucha contrainsurgente de la época, pero el enemigo interno, el mismo que implementó la lucha partisana en Colombia, era el enemigo real no tanto por las concepciones provenientes de EE. UU. y de sus escuelas de enseñanza para miembros de las Fuerzas Armadas de América Latina (como la Escuela de las Américas), sino más bien, el grueso de la definición del enemigo provenía del interior de las mismas nociones tradicionales de las Fuerzas Armadas, de las condiciones internas de nuestro país, y de nuestras propias lógicas y actores (Aparicio, 2004, p. 104).

Al comenzar la década del 60 los enemigos eran los bandoleros, es decir, las guerrillas liberales y comunistas, más varios grupos de venganza social: aquellos grupos que no entregaron las armas, no se desmovilizaron o no fueron amnistiados durante la dictadura del general Rojas Pi-

nilla. Para los años 70 se les denominaba “mercenarios” y “malhechores”, en los 80 los enemigos eran los “subversivos”, a finales de los 90 eran los “narco-guerrilleros”, y a principios del 2000 “narco-terroristas” y “terroristas”. Estos mismos apelativos fueron asumidos por los periodistas, por las élites político-económicas, y fueron también aceptados por el común de la población, esto quiere decir, que de la misma forma en que el Estado estigmatizaba a sus enemigos de igual manera era aceptado por la mayoría de la población en Colombia (Aparicio, 2004, p. 113).

El enemigo interno desde los años sesenta era definido por la institucionalidad gracias a la tradición criolla, el anticomunismo-católico y se resume así: para las Fuerzas Militares nacionales era necesario reprimir todo aquello que intentase subvertir el orden y paz establecidas por Dios en el país; aquellos que amenazaban la unidad, el orden y la paz eran los contradictores, enemigos o disidentes —estos eran los sectores que no se identificaban con el bipartidismo o diferentes al Frente Nacional—, y eran tachados como delincuentes, ateos, minorías violentas, etc. (Aparicio, 2004, p. 105).

Se debe tomar en cuenta la lógica maniquea con que el catolicismo ve el mundo, es decir, los buenos (que son la mayoría) contra los malos (que son la minoría), la luz contra las tinieblas, la verdad contra la mentira, Dios contra Satanás. Partiendo de estos supuestos era de esperar que todo aquel o aquellos que asumieran una actitud o convicciones político sociales contrarias en el país, o protestara, o cuestionara, o asumiera una actitud crítica y antagónica frente al sistema de valores y tradiciones, lógica-

mente fuera tachado o pintado por los colores de este maniqueísmo: blanco o negro. De tal forma, todo aquel contrario (lo negro) debería soportar la cruzada contra los infieles por parte de las instituciones estatales (de los blancos); este antagonismo maniqueo supone el rechazo a todo diálogo o crítica, y ello sugería una erradicación total de aquellas actividades, canales de expresión y de agrupaciones distintas (Aparicio, 2004, p. 105).

Por tanto, desde el inicio del conflicto armado los enemigos eran aquellos que querían subvertir su poder, el orden divino en la tierra, los que se alimentaban de pensamientos importados, los que no creían en Dios y por lo tanto en su vocación divina; así pues, todos los opositores al orden eran tachados con una serie de adjetivos todos ellos con una connotación negativa: malos, anticristos, subversivos, sabotadores, etc. Todo esto agrupado bajo el término de comunista, en este caso el comunista era la alegoría del mal; bajo este rótulo se unifica un relato prolongado de experiencias negativas: culpables de la crisis económica y política, de la decadencia moral, de la pérdida de valores, etc.

Como se ha mencionado, la tendencia oficial en esas décadas era considerar subversiva o comunista toda organización que reivindicara intereses populares ante el Estado, así que en varias ocasiones a los sindicatos, movimientos sociales, nuevos partidos políticos, a las organizaciones esporádicas o a los paros cívicos se les consideraba ilegales y eran reprimidos por el sistema. Como las élites políticas por largos periodos de tiempo se han desentendido del manejo del orden público —y de la realidad del país— y se lo

dejaron a las Fuerzas Armadas, apenas era de esperar que estos supusieran que el problema guerrillero y de contención del comunismo solo se resolvía por la vía exclusivamente militar, sin embargo, la cruzada contra el mal –anticomunismo católico– no solo era contra las guerrillas pro socialistas sino también contra todo aquello que se consideraba las bases o brazo político de la subversión o comunismo, y que coincidía con los mismos sectores subalternos de la sociedad: sindicalistas, campesinos agremiados, miembros de otros nuevos partidos y movimientos políticos que no fueran del bipartidismo, etc. De esa suerte las Fuerzas Armadas han sido el sostén de la lucha contra la insurgencia no por obedecer a las élites político-económicas sino por sus propias concepciones sobre el enemigo (Aparicio, 2004, p. 112).

Para las Fuerzas Militares los subversivos y sus bases no eran más que delincuentes comunes. Sus acciones –las de los grupos insurgentes y sus bases– y sus actos no eran más que obras delincuenciales (extorsiones, secuestros, etc.) que intentaban ampararse en un discurso político externo (Aparicio, 2004, p. 112).

En efecto, el vínculo de la subversión está ligado a un grupo o de algún modo a combatientes, ya sea en la guerra, ya sea en la política activa, ambos dan igual para los militares, es decir, los partidos, que sientan contra el orden establecido son el brazo político de los subversivos que combaten y por tanto eran también delincuentes comunes (Aparicio, 2004, p. 112).

Ahora bien, la doctrina desarrollada por EE. UU. de Seguridad Nacional y Seguridad Collec-

tiva, y de reacción flexible, cobijó a Colombia como una amenaza simple, es decir, únicamente de lucha contrainsurgente. Así pues, el entrenamiento y ayudas para las Fuerzas Armadas de Colombia solo fueron para derrotar al enemigo externo y común al interior de las fronteras del país, él era lógicamente patrocinado por las fuerzas comunistas que estaban contra el imperio del bien occidental –representante de las libertades democráticas–. El pensamiento anticomunista de EE. UU. en poco difería de los pensamientos criollos de nuestras Fuerzas Militares: enemigos externos que tienen colaboradores internos, ideología comunista traída de países socialistas, delincuencia con tintes políticos, complot universal comunista para el apoyo –en armas, entrenamientos, etc.– de las organizaciones subversivas, etc. (Aparicio, 2004, p. 118).

En esta lucha contra el enemigo en los años 80, en América Latina estaba vigente la llamada “doctrina de la seguridad nacional”, con la cual los ejércitos orientaban su acción, no tanto contra enemigos externos como contra los enemigos internos, es decir, nacionales del país que profesaban ideología comunista, calidad que se extendió a otras formas de izquierda política (entre las que figuraban, en Colombia, los insurgentes del M-19), a quienes se debía eliminar. Así se difundió en algunas enseñanzas que se impartían en la tristemente célebre Western Hemisphere Institute for Security Cooperation o Escuela de las Américas, a donde no era extraño que se enviaran algunos miembros de la Fuerza Pública de Colombia también, a quienes se les adiestraba en la aplicación de métodos de exterminio que pasaban desde sutiles formas de tratos crueles, inhumanos y degradantes hasta

la desaparición forzada del “enemigo” interno, según se aprecia en documentos desclasificados en 1996 por El Pentágono.

Dentro de esta guerra contra el enemigo interno está demostrada la existencia de actuaciones delictuales atribuidas a miembros de los organismos de seguridad del Estado, que abarcaban prácticas que desconocían las normas que se deben aplicar en los conflictos armados internos y en la guerra, como son los delitos de lesa humanidad, torturas y desapariciones forzadas.

Ante esta situación los tribunales nacionales tomaron una clara posición en la lucha contra el enemigo interno: en los tribunales militares se juzgaron civiles y se cerraron las investigaciones en contra de los militares y, por otro lado, en los organismos de investigación y en la justicia ordinaria ni siquiera se abrieron procesos a los militares por las graves violaciones que cometían sobre los miembros de la insurgencia.

El nuevo escenario: la lucha de la judicatura por los derechos humanos

Los dos casos que analizo a continuación fueron escogidos particularmente porque rompen con la tradición de impunidad que ha gobernado en la judicatura, por cuanto reabrieron procesos en contra de los militares involucrados en la violación del derecho internacional humanitario, que habían sido cerrados y en donde nunca se iniciaron investigaciones serias tal como lo determinó la Corte Interamericana; y en el caso de la guerrillera Irma Franco, es reveladora la posición de las Fuerzas Militares en la retoma del Palacio

de Justicia, por cuanto para el Tribunal resultó clara la intención de los militares de violar el derecho internacional humanitario, de acuerdo con la concepción del derecho penal del enemigo que he mantenido en este artículo al eliminar físicamente en la operación a los guerrilleros del M-19, aún después de estar desarmados y heridos; por otro lado, esta decisión es un hito en la condena a los altos mandos del Ejército que abre las puertas para la judicialización de los grandes responsables de graves violaciones de derechos humanos, incluidos los jefes militares y dignatarios del gobierno.

Caso 1: la guerrillera Irma Franco

En la sentencia del Tribunal de Distrito Judicial de Bogotá, de segunda instancia, seguida en el Proceso 2008-00025 en contra de Luis Alfonso Plazas Vega se determinó lo siguiente:

el 6 y 7 de noviembre de 1985, cuando el autodenominado comando “Iván Marino Ospina” del movimiento guerrillero autodenominado “M19 Movimiento 19 de abril” ocupó a sangre y fuego las instalaciones del Palacio de Justicia, ubicado en el centro de la ciudad de Bogotá D.C., en un “operativo” que tuvo el nombre clave de “Antonio Nariño por los derechos del hombre” y que se llevó a cabo con la finalidad de someter a un juicio político al entonces Presidente de la República, doctor Belisario Betancourt Cuartas, en razón al presunto incumplimiento del gobierno respecto de los acuerdos de paz suscritos con el grupo rebelde.

Momentos después de la iniciación de la toma se llevó a cabo un operativo táctico y de inteligencia, dirigido y coordinado por el Ejército Nacional encaminado a la recuperación del Palacio de Jus-

ticia y a la liberación de rehenes. De esta manera, miembros de las Fuerzas Armadas rescataron del Palacio de Justicia más de doscientas personas que se encontraban al momento de la cruenta toma, y que, acorde con el plan de la operación de recuperación y rescate fueron, casi en su totalidad, trasladadas a la Casa Museo del Florero, y tras ser identificadas puestas en libertad. Con todo, de ese cúmulo de personas rescatadas, de once de ellas no se ha vuelto a saber sobre su paradero, entre ellas LA GUERRILLERA IRMA FRANCO.

IRMA FRANCO PINEDA y CARLOS AUGUSTO RODRÍGUEZ VERA salieron con vida del Palacio de Justicia, fueron conducidos hasta la Casa del Florero y luego trasladados clandestinamente a unidades militares.

Para la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, el propósito de los comandantes que dirigieron de parte del Estado la operación de recuperación del Palacio de Justicia era la supresión física de los combatientes del M-19 que se lo habían tomado. Para evidenciar esta afirmación la Sala hizo tres niveles de análisis: (1) muertes en combate dentro del Palacio de Justicia; (2) muertes fuera de combate dentro del Palacio de Justicia; (3) desapariciones forzadas y otros delitos fuera del Palacio de Justicia; situaciones que dejaron en evidencia que los militares no intentaron en ningún momento de la retoma dar a los guerrilleros un tratamiento de delincuentes y, por tanto, en caso de ser sometidos llevarlos frente a un tribunal estatal —y tras un proceso con todas las garantías judiciales a que tienen derecho todos los ciudadanos colombianos— sin importar su condición o calidad del delito cometido, administre justicia por medio de una sentencia que de acuerdo con la responsabilidad en los hechos de la toma se estableciera la

pena privativa de libertad de acuerdo con las leyes nacionales; en cambio, a los guerrilleros se les dio el trato de enemigos en el sentido que he manejado a lo largo de este artículo, es decir, dándoles un trato por fuera de la legalidad y desconociendo sus derechos humanos más básicos.

MUERTES EN COMBATE DENTRO DEL PALACIO DE JUSTICIA

La desaprobación del procedimiento militar en su conjunto, para recuperar el Palacio de Justicia de manos del comando del M-19 que lo había secuestrado, debe hacerse, no desde el punto de vista de las tácticas y estrategias empleadas con un criterio técnico militar, lo cual es competencia privativa de la autoridad militar, sino desde el punto de vista de los derechos fundamentales vulnerados a las víctimas, tanto civiles como de combatientes del M-19, que como se dijo, ofendieron sensibles disposiciones del Protocolo 1 Anexo a los Convenios de Ginebra de 1947.

Respecto de las muertes en combate, la Sala Mayoritaria anota que en el desempeño de esta operación militar no se observaron normas mínimas del derecho internacional humanitario que establecen la carga para las fuerzas del Estado que atacaron a los miembros del grupo insurgente M-19 dentro del Palacio de Justicia. Tales normas y principios disponen que en un ataque militar contra personas y cosas militares del adversario, cuando estos se encuentran vinculados o mezclados junto a personas y cosas civiles no beligerantes, estas tienen un amparo especial por ese régimen jurídico, y por lo tanto

el ejército que ataca debe desarrollar su acción bélica procurando reducir al mínimo factible el daño colateral a las personas y a las cosas civiles, situación en la que la magnitud del ataque no debe desbordar el nivel que marca el conjunto de derechos que protegen a rehenes o terceros civiles.

Desde este punto de vista, el ataque producido mediante disparos de cañón de un tanque de guerra, de roquets y los explosivos utilizados, entre otros en el cuarto piso y en el muro del baño entre el 2° y 3° piso del Palacio de Justicia, vulneraron flagrantemente los principios de distinción y de proporcionalidad previstos en este Protocolo Adicional I, de modo que de parte de las Fuerzas Armadas regulares del Estado colombiano se agredió el derecho internacional humanitario previsto en estas normas, pues entre los guerrilleros del M-19 estaban los rehenes civiles (no combatientes convertidos en escudos humanos), y por tanto no era posible por esa vía, atacar a aquellos sin atacar a estos, en particular si la capacidad ofensiva de esos medios generaba un espectro de daño fuera de control, ni siquiera por quienes los operaban, además que no sabían en particular dónde estaban los unos y los otros.

MUERTES Y AGRESIONES FUERA DE COMBATE DENTRO DEL PALACIO DEL JUSTICIA

En esta misma línea de intencionalidad (supresión física de los miembros del M-19) es factible entender conductas del Ejército Nacional cometidas fuera del combate propio de la operación de recuperación del Palacio de Justicia. De esta

última especie de causación de muerte, la Sala mayoritaria entiende fue la que le ocurrió a los dos guerrilleros heridos y sin armas que fueron asesinados dentro de un pequeño cuarto en el que se guardaban elementos de aseo, además, la Sala también apreció que junto con la ejecución extrajudicial de ANDRÉS ALMARALES, se puede concluir que ese propósito de exterminio físico del grupo subversivo que se observó en las condiciones propias del combate, se extendió en condiciones fuera del combate, respecto de quienes estaban dentro del Palacio de Justicia.

Este caso en sí mismo constituía una flagrante violación del numeral 1° del artículo 3 del 1° Convenio de Ginebra de 1949 que dice:

... En conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las altas parte contratantes, cada una de las partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: (...)

1. Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:... a) los atentados contra la vida y la integridad Corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas...
2. Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos... un organismo humanitario e imparcial tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a la parte en conflicto...



Quienes enfrentaron la acción terrorista del M-19, de forma clara e inequívoca impartieron algunas órdenes ilegales, pues aunque supuestamente lo hacían para salvar la democracia, tenían claro que el propósito final de la operación era la supresión física de los rebeldes, de modo que la recuperación del edificio y preservar la democracia eran sofismas, pues la realidad es que no les importaban los rehenes y menos los rebeldes, a quienes se referían como “a los que había que fumigar”.

DESAPARICIONES FORZADAS Y OTROS DELITOS FUERA DEL PALACIO DE JUSTICIA

Algunas personas que lograron salir como rehenes del Palacio de Justicia fueron torturadas y desaparecidas porque respecto de ellas concurría la sospecha de que eran guerrilleros, dándole continuidad al mismo propósito de su exterminio físico. Así le ocurrió a la señorita YOLANDA ERNESTINA SANTODOMINGO ALBERICCI y al señor EDUARDO ARTURO MATSON OSPINO.

La desaparición forzada de IRMA FRANCO PINEDA es la expresión del mismo propósito (dolo): la supresión física de los miembros del M-19 que se tomaron el Palacio de Justicia, y que se había expresado mediante la muerte en y fuera de combate dentro del Palacio, pero aplicado a quienes logran salir con vida y eran miembros del M-19 o creían que lo eran. Práctica que va en contradicción con el numeral 1 del artículo 4 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, que dispone “... Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes...”.

De todo lo anterior se deduce que quienes enfrentaron la acción terrorista del M-19, de forma clara e inequívoca impartieron algunas órdenes ilegales, pues aunque supuestamente lo hacían para salvar la democracia, tenían claro que el propósito final de la operación era la supresión física de los rebeldes, de modo que la recuperación del edificio y preservar la democracia eran sofismas, pues la realidad es que no les importaban los rehenes y menos los rebeldes, a quienes se referían como “a los que había que fumigar”.

En este asunto, la Sala también estimó que la orden impartida por el general JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES y que fue transmitida por el coronel LUIS ALFONSO PLAZAS VEGA fue una instrucción en cuanto a que no debía haber sobrevivientes entre los miembros del M-19 que se tomaron el Palacio de Justicia. Por consiguiente, adentro del edificio se cometió el homicidio de quienes perteneciendo al comando “Iván Marino Ospina” ya no estaban en combate sino heridos y desarmados, y fuera del edificio contra quienes de ellos pudieron salir, se cometió desaparición forzada para consumar esa misma instrucción.

El coronel PLAZAS VEGA fue responsable militar de la incursión que se hizo el 6 de noviembre al Palacio de Justicia, de modo que aunque el personal armado que entró detrás del tanque cascabel de la Escuela de Caballería no estuviera adscrito a ese batallón, estaba bajo sus órdenes y él llevaba el peso de la incursión militar ese día, según lo acepta el propio procesado. Pero al margen de esa carga, también se sabe que tanto el 6 como el 7 de noviembre de 1985 fue el responsable del traslado de rehenes entre el Palacio de Justicia y la Casa del Florero, aunque el personal de a pie que realizaba dicho traslado no estuviera adscrito al batallón del cual él era comandante directamente.

Es cierto que en el proceso no se sabe aún, en concreto y físicamente, quiénes ejecutaron directamente-materialmente la desaparición de IRMA FRANCO PINEDA. Pero lo que sí es inequívoco es que ello no ocurrió como una conducta aislada de unos militares de bajo rango, desobedientes, indisciplinados y con desconocimiento

de los comandantes de la operación. Al contrario: ocurrió en cumplimiento de una instrucción dada y transmitida dentro de la jerarquía de las fuerzas del Estado, y solo dentro del aparato de poder que se conformó para esa operación se entiende este resultado antijurídico.

Por eso, si bien se ignora el autor material, uno de los autores mediatos es el coronel PLAZAS VEGA, pues estos delitos pueden adecuarse dentro de la instrucción dada y transmitida en el aparato organizado de poder, como lo fueron las fuerzas del Estado que intervinieron en la operación de recuperación del Palacio de Justicia.

Finalmente, el tribunal, aplicando la teoría de Claus Roxin sobre la responsabilidad de los superiores por medio de las estructuras de poder organizado, determinó lo siguiente:

- i. La existencia de una organización integrada por un grupo de personas. Estos individuos aprovecharon la organización institucional (organismos de seguridad del Estado: Fuerza Pública de Colombia –Ejército y Policía– y DAS) para desarrollar actividades delictivas, de manera tal que desbordaron el marco constitucional y legal vigente previsto para la persecución de los miembros de organizaciones armadas ilegales.
- ii. La organización delictiva tenía la misma relación jerárquica y operaba en forma paralela al aparato institucional. Esto significa que quienes en el ejercicio de las funciones del establecimiento oficiaban como comandantes, también tenían la más alta jerarquía para el cumplimiento de las actividades que se desarrollaban por fuera del ordenamiento jurídico.

- iii. Todas las estructuras de poder contribuían armónicamente, con plena solidaridad de cuerpo, a la ejecución de las actividades ilegales asignadas, motivo por el cual planificaban por anticipado las respuestas que se tenían que dar ante los organismos de control con el propósito de mantener a sus miembros libres de persecuciones penales o disciplinarias.
- iv. La instrucción ilegal se transmitió por la cadena de mando sin resistencia de sus integrantes. Por ello todos tenían claro qué se debía hacer cuando algún superior disponía que "... esperamos que si está la Manga no aparezca el Chaleco..." o "... cuelguen esos hijueputas..." o a todos los bandidos hay que "... fumigarlos...", instrucciones que se ejecutaban con dolo (conocimiento y voluntad) sin reparos por la asegurada impunidad, en tanto siempre se creyó (equivocadamente) que el asunto no desbordaba la competencia de la justicia penal militar.
- v. Quienes cumplían la orden hacían parte de una amplia estructura que tenía individuos dispuestos a obedecer, y en todo caso eran sustituibles por sujetos que nunca cuestionarían lo ordenado ni se preguntarían sobre la legalidad de los procedimientos.
- vi. Los agentes estatales encargados de cumplir directa y efectivamente las órdenes de torturar y desaparecer forzosamente a quienes se les consideraba enemigos, ejecutaban la consigna en tanto hacía parte del plan general de fumigar a quienes ellos consideraban que debían correr tal suerte.
- vii. Los Comandantes militares (policiales y jefes de otros organismos) tenían control (dominio) de la organización criminal paralela a la institucional y a través de ella de sus integrantes sustituibles, prescindibles o fungibles.
- viii El superior jerárquico impulsó de manera sostenida la ejecución de actuaciones ilícitas por parte de los miembros del aparato estatal ilegal. Ese hombre de atrás tenía un dominio del riesgo (que es el aparato de poder) de producción de actos ilícitos.
- ix. Conocimiento de la organización o aparato de poder y decisión de que sus miembros ejecuten o continúen ejecutando hechos ilícitos penales.
- x. El lugar de ubicación, el tamaño de sus instalaciones y la existencia de zonas alejadas de los casinos y dormitorios de la tropa, hicieron de la Escuela de Caballería un centro de detención especializado (ilegal), al que se conducían a todos aquellos respecto de quienes existiera sospecha de pertenecer a algún grupo armado ilegal. Dichas personas eran torturadas, y como ocurrió aquí, se desapareció forzosamente a IRMA FRANCO PINEDA.

De acuerdo con todo lo anterior confirmó la sentencia del juez de primera instancia y por tanto declaró al CO (r) LUIS ALFONSO PLAZAS VEGA autor mediato responsable del concurso homogéneo de delitos de desaparición forzada del que fueron víctimas IRMA FRANCO PINEDA y CARLOS AUGUSTO RODRÍGUEZ VERA, tipificado en los art. 165 y 166 de la Ley 599 de 2000, condenándolo a la pena principal de 30 años de prisión, máximo permitido por el art. 28 del Decreto Ley 100 de 1980.

Además, exhortó a don LUIS MORENO OCAMPO o quien haga las veces de Fiscal Principal ante la Corte Penal Internacional, para que considere presentar el caso ante dicho organismo e impida la consolidación de la impunidad que brin-

da el fuero que protege al expresidente de la República en el ámbito interno colombiano.

De esta manera, por medio de una decisión jurídica valiente de la juez de primera instancia y la Sala Penal del Tribunal, se dio un paso gigantesco en la lucha contra la impunidad de los miembros de las altas esferas del poder del Ejército por la violación de los derechos humanos de las víctimas complejas, en este caso los combatientes del M-19 ejecutados en la operación de retoma del Palacio de Justicia.

Caso 2: guerrilleros M-19

206

En el Proceso n.º 31195 de la Corte Suprema de Justicia, la Sala de Casación Penal en decisión del 24 de febrero de 2010 resolvió la demanda interpuesta por la procuradora 68 Judicial Penal II de Bogotá, frente a la sentencia de cesación de procedimiento y consecuente archivo que se había proferido a favor de miembros de la Policía Nacional, que el día 30 de septiembre de 1985 habían participado en el operativo que tenía como fin capturar a los miembros del M-19 que presuntamente habían realizado el hurto de un camión con leche en el barrio Diana Turbay, y posteriormente la habían repartirlo a la comunidad. En el marco del operativo policial que contó con la presencia del Ejército Nacional y el DAS se retuvieron a doce personas que, de acuerdo con el informe de la CIDH No. 26 del 30 de septiembre de 1997, fueron ejecutados extrajudicialmente. Se indica en la sentencia que tal proceso fue seguido por la Justicia Penal Militar, quien determinó que no existía suficiente prueba que conllevara a saber

que los miembros de las fuerzas estatales eran quienes habían realizado los disparos en contra de tales personas.

La procuradora mencionada formuló la solicitud de revisión con fundamento en la Sentencia C-004 de 2003, la cual indica:

cuando después del fallo en proceso por violaciones a derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respeto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente competencia, un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones. En este caso no será necesario acreditar la existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates.

La Corte considera que de acuerdo con principios constitucionales que acogen la Convención sobre Derechos Humanos y en aras de proteger a las víctimas, no se puede obstaculizar la justicia sino que debe darse aplicación a la normatividad vigente que permita el ejercicio de sus derechos señalados en el principio 4 de los Principios de Naciones Unidas para las víctimas, de 1985, y la Resolución 60/147 del mismo organismo del año 2005.

Por tanto, alude el argumento de que la no ratificación de los instrumentos no implica *per se* que carecieran de una fuerza obligacional, por lo cual no se considera la vulneración del principio de legalidad, cuando se atiende a bienes jurídicos superiores como los señalados por el Estatuto de Roma, así como cuando se trata de perseguir a quienes cometen los crímenes de mayor tras-

cendencia para la humanidad.⁵ Esta cláusula claramente alude a los principios generales del derecho internacional como fuente de DPI, aún frente a la inexistencia de tratado o ley que así lo dispongan. En tal sentido, los “Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad” contemplan que

Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas.

Para la Corte, de la revisión minuciosa efectuada al proceso seguido por la justicia penal militar, incontrovertible, se tiene que efectivamente, para la mañana del 30 de septiembre de 1985 se hacía necesaria la intervención de la Policía Nacional, reportado como fue que varios subversivos del grupo autodenominado M-19 habían asaltado un camión repartidor de leche en el barrio Diana Turbay de la capital de la República.

Sin embargo, dentro del que fue el accionar común ese día, en lugar de detenerlos o intimar su captura, se dio muerte a todos los subversivos en diferentes puntos de la ciudad, para el caso que se analiza, a los jóvenes José Alfonso Porras Gil y Hernando Cruz Herrera, en la vereda Los Soches del municipio de Usme.

En el proceso cursado ante la Justicia Penal Militar por la muerte de estas dos personas, se concluyó, contra toda evidencia técnica, que sus decesos se dieron tras un enfrentamiento armado, argumento argüido por los uniformados vinculados a la investigación, en razón de su presencia en el lugar de los acontecimientos.

Es así como en el informe de la CIDH, se destaca que las versiones de los policiales fueron desmentidas por la prueba técnica de balística que determinó que a José Alfonso Porras le fueron propinados ocho (8) disparos, de los cuales cinco (5) fueron hechos a una distancia inferior a un metro; mientras que en el cadáver de Hernando Cruz se hallaron ocho (8) orificios producidos por proyectil de armas de fuego, cinco (5) de los cuales también fueron disparados a menos de un metro de distancia.

Ante esta situación la Corte advirtió de la verificación objetiva del trámite adelantado por la Justicia Penal Militar, en aras de definir si este fue serio e imparcial, que la actividad investigativa fue completamente sesgada y parcializada, pues a pesar de que la prueba técnica era demostrativa de que la mayoría de los disparos encontrados en los cadáveres de los jóvenes fueron hechos a quema ropa, nada se hizo por indagar sobre las razones de esa situación, ni por qué la versión de los policiales no coincidía con esa evidencia.

Se concluye, de esta manera, al igual que lo hizo la alta instancia internacional, que nunca la Justi-

5. Aprobados por las ONU, en Asamblea General por medio de Resolución 3074 (XXVIII), el 3 de diciembre de 1973.



Según autores como Stathis Kalivas, en la guerra insurgente como en la guerra civil se involucra no solo a dos (o más) actores que compiten sino también a los civiles, por tanto el apoyo (la colaboración) de la población civil llega a ser un componente del conflicto.

208

cia Penal Militar adelantó una investigación seria e imparcial. Todo lo contrario, en evidente pretensión de impunidad, se cesó el procedimiento a favor de los vinculados con las muertes de Hernando Cruz Herrera y José Alfonso Porras Gil.

Además, para la Corte, el hecho de que a pesar de tratarse de una nutrida avanzada subversiva, que se dividió en grupos para facilitar la huida, todos los supuestos guerrilleros que no alcanzaron su objetivo fueron muertos en diferentes sitios de la ciudad, lo cual es prueba indicativa de que pudieron ser ajusticiados.

También afirmó la Corte que la existencia de prueba que acreditaba que las muertes se dieron en circunstancias distintas a las alegadas por los policiales vinculados, permite a la vez corroborar la tesis de que, además de carente de imparcialidad y seriedad, la tramitación adelantada por la Justicia Penal Militar vulneró el principio de Juez Natural, dado que existían muchas du-

das de que la actuación de los uniformados haya correspondido a un acto del servicio —mal podría serlo, si lejos de cumplir con el imperativo constitucional de proteger la vida de los asociados, se aprovecha esa misión para dar muerte sin fórmula de juicio a personas indefensas—, derivando en clara violación del derecho internacional humanitario, como significativamente lo enunció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en las conclusiones del Informe 11.142 del 30 de septiembre de 1997, germen de esta decisión, porque se pasaron por alto las normas que regulan el comportamiento de las autoridades frente a los combatientes en estado de beligerancia interna (artículo 3 común de los Convenios de Ginebra).

Por tanto, para la Corte se demostró efectivamente estructurada la causal de revisión consagrada en el numeral 4° del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, vale decir, el “incumplimiento flagrante de las obligaciones del Estado de in-

vestigar seria e imparcialmente”, la violación a los derechos a la vida, a la integridad física, a las garantías judiciales y a la protección judicial, así como la vulneración de las normas del derecho internacional humanitario (artículo 3 común de los Convenios de Ginebra).

Por tal razón, esta corporación declaró fundada la causal cuarta de revisión invocada a favor de las víctimas y por consiguiente dejó sin efecto las decisiones de primera y segunda instancias proferidas por el Comandante del Departamento de Policía Metropolitana de Bogotá, el 5 de mayo de 1988, y el Tribunal Superior Militar, el 3 de octubre del mismo año, por medio de las cuales se decretó la cesación de procedimiento a favor de los miembros de la Policía Nacional involucrados en los hechos en que perdieron la vida los jóvenes José Alfonso Porras Gil y Hernando Cruz Herrera, y por tanto se inician unas nuevas investigaciones en contra de los militares involucrados.

De esta manera, también se rompe por medio de una decisión de un alto tribunal colombiano la impunidad histórica de los militares en las violaciones de derechos humanos de los combatientes que se convirtieron en víctimas al caer en estado de indefensión, pues sienta una jurisprudencia en la cual es jurídicamente admisible interponer demandas de revisión ante la Corte Suprema de Justicia, para dejar sin efecto los cierres de investigaciones de militares y llevar a cabo investigaciones serias e imparciales en los casos de violaciones de derechos humanos por parte de los miembros de las Fuerzas Militares por los que sea condenado el Estado colombiano por una instancia internacional.

Otras víctimas complejas: los colaboradores de las guerrillas

El otro tipo de víctimas complejas de las que trato a continuación son los colaboradores de las guerrillas revolucionarias, pues de acuerdo con la definición de víctimas complejas que he manejado, hacen parte de los victimarios al ofrecerles distintos tipos de colaboración a la insurgencia, pero por esta misma razón se han convertido en víctimas de los paramilitares y de la persecución de las Fuerzas Militares y del desconocimiento de las garantías del debido proceso en los tribunales.

Si bien este tema, que se corresponde mejor con la realidad de la guerra, puede ser abordado desde múltiples perspectivas y ser objeto de múltiples estudios, lo voy a analizar desde la reacción de los jueces, por medio del análisis de un caso particularmente dramático de la Corte Suprema de Justicia que como máximo órgano de la jurisdicción ordinaria determina la interpretación que los jueces del país le deben dar a las normas aplicables en estos procesos.

Considero que el proceso que se llevó en contra de Macana Pabón, que trataré más adelante, es bastante ilustrativo del desconocimiento de los tribunales de su condición de víctima compleja y de la realidad en la cual en todo conflicto armado interno la participación de la población civil es fundamental para cualquier actor que está en combate, sin embargo esta colaboración se da en la mayoría de los casos más por la intimidación que por algún tipo de compromiso ideológico.

Lo anterior por cuanto según autores como Stathis Kalivas, en la guerra insurgente como en la guerra civil se involucra no solo a dos (o más) actores que compiten sino también a los civiles, por tanto el apoyo (la colaboración) de la población civil llega a ser un componente del conflicto.

A diferencia de otras situaciones en las que la violencia se produce de manera unilateral, la población objetivo, o bien es partícipe de las oportunidades o es obligada a transferir su lealtad y sus recursos al actor político rival; y estos cambios cuentan, porque afectan el resultado final del conflicto.

210

Son dos las diferencias fundamentales entre la guerra convencional y la guerra irregular, propia de los conflictos internos. En primer lugar, no existen vanguardias claramente definidas; las fronteras, o líneas divisoras, son porosas y cambiantes. En segundo lugar y, en parte como consecuencia, los combatientes irregulares y sus simpatizantes no son fácilmente identificables. (Kalivas, 2001, p. 7).

Durante estas guerras civiles el apoyo popular es crucial y consiste en las acciones de colaboración exclusiva con uno de los actores políticos. Sus motivaciones pueden variar. La colaboración puede ser material o no material y está motivada por una variedad de causas. La más importante de ellas, la supervivencia. Pese a la prestación de beneficios esenciales (materiales y no materiales) en las etapas iniciales de la guerra, una vez la violencia se intensifica hasta convertirse en la “principal actividad de la región”, la supervivencia individual se convierte en la prioridad

esencial para la mayoría de la población –independientemente de sus preferencias iniciales–. (Kalivas, 2001, p. 9).

Por consiguiente, en esta búsqueda de apoyo, tanto los gobernantes en el poder como los insurgentes apelan a la violencia para hacerse a la colaboración de la población civil y disuadir a los desertores. Quienes detentan el poder dependen de una serie de estrategias (conocidas a menudo como “contrainsurgencia”), cuyo objetivo principal es privar a los insurgentes del apoyo de la población civil, es decir, obligar a los civiles a colaborar únicamente con los gobernantes de turno (Kalivas, 2001, p. 10).

Por otro lado, para Timothy Wicklam-Crowley las relaciones de extracción de beneficios de la autoridad sobre la población sometida, descansa sobre un contrato social implícito entre las autoridades y la población sometida. Donde ese contrato se mantiene intacto podemos hablar de autoridad legítima; donde las autoridades fracasan en su intento por mantener el acuerdo, aunque todavía ejercen el poder, es visto como una autoridad predatoria o ilegítima.

Las características de ese contrato social básico son las obligaciones de las autoridades: 1. la defensa de la población, especialmente contra los enemigos externos; 2. el mantenimiento del orden y la paz interna, que incluye la protección frente a los bandidos y la resolución de los enfrentamientos civiles y las luchas; y 3. las contribuciones a la seguridad material de la población. En recompensa por tales actos, se espera que la población contribuya con parte de los excedentes al sostenimiento de las autoridades que gobiernan, rindan

obediencia a las órdenes apropiadas, y contribuyan a la defensa de la “nación” con ocasión de ataques externos, especialmente a través del servicio militar (Wicklam-Crowley, 1987, p. 4).

Sin embargo, dentro de los conflictos internos el contra-Estado de una región se establece asimismo a través de procesos de intercambio, estableciendo de hecho un nuevo contrato social con la población. La nueva autoridad se construye y se mantiene mediante el ofrecimiento de las tres contribuciones clásicas de los gobiernos: la defensa de la población; el mantenimiento del orden y la paz interna (las funciones policiales administrativas); y las contribuciones a la seguridad material (la función de bienestar social). Cuantos más servicios ofrezcan con mayor solidez se enraíza la nueva autoridad en una región.

En igual forma las guerrillas han consolidado su autoridad sobre el campesinado en la medida en que fueron capaces de ofrecer el orden completo de los servicios del contrato social a la población local: defensa, policía, administración y bienestar. Las dos primeras funciones son cruciales para crear el gobierno de guerrilla. Para que las guerrillas pudieran controlar un escenario, debían controlar los medios a través de los cuales ejercer la violencia, un prerrequisito fundamental para gobernar (Wicklam-Crowley, 1987, p. 8).

Después de este pequeño análisis de la situación de la población civil respecto a los grupos armados en tiempos de conflicto, considero que los procesos adelantados en contra de los colaboradores de la guerrilla se enmarcan en la realidad anteriormente descrita, pero con un ingrediente adicional de análisis: los jueces toman parte de

las actividades de contrainsurgencia en la represión de la población que ofrece ayuda a las guerrillas, por medio de fallos que desconocen principios fundamentales de la Constitución y la ley para ser más eficiente en la lucha contra las organizaciones insurgentes.

En el proceso No. 26262, la Corte Suprema de Justicia condenó a Camilo Macana Pabón a la pena privativa de prisión de cinco años, como autor de la conducta punible de rebelión.

Lo anterior con fundamento en que el 19 de julio del 2004, el Bloque Antiterrorista del Departamento de Policía Huila ubicó a disposición de la Coordinación de las Fiscalías Especializadas de la ciudad, varias declaraciones de desmovilizados de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), quienes dan a conocer una serie de hechos propios de la insurgencia, denunciando a presuntos integrantes y colaboradores de la guerrilla, especialmente del frente 17 Angelina Godoy, con área de influencia en los municipios de Neiva, Baraya, Tello y Colombia (Huila).

Tras estas declaraciones el señor Camilo Macana fue señalado como auxiliador de la guerrilla.

En este caso, la Corte, al igual que lo hizo el tribunal, condenó al procesado por confesar que la guerrilla lo enviaba regularmente a observar en la cima de una montaña con el fin de detectar la presencia de cosas extrañas.

Tal afirmación del propio acusado fue suficiente —para la Corte— para determinar que tal labor, por sencilla que parezca, en beneficio de un grupo subversivo, en este caso la de ir a obser-

var en la cima de una montaña o ‘filo’, según las palabras del procesado, con el fin de detectar la presencia de cosas extrañas, es un acto de auxilio a la subversión, ya que con esta fidedigna información suministrada por el observador, el grupo rebelde obtendría conocimiento en torno a la presencia o no del ejército en la zona, a efectos de definir la estrategia a seguir. El estar bien informados en relación con la presencia del ‘enemigo’ resulta ser de vital importancia para los propósitos de quienes se enfrentan en un conflicto armado interno como el nuestro.

Según la defensa del procesado, él realizaba estas labores por la intimidación a la que estaba siendo sometido su procurado por esta agrupación al margen de la ley y, por ende, se presenta su irresponsabilidad en los hechos por los que fue condenado.

Sin embargo, para la Corte fue suficiente que el acusado Macana Pabón anotara en una indagatoria que él no le tenía miedo a la guerrilla, en tanto que “uno prácticamente se acostumbra”, puesto que tenía permanente contacto con la misma, afirmación que bastó para determinar que en este supuesto no procede la causal de ausencia de responsabilidad de la insuperable coacción ajena, según lo previsto por el artículo 32, numeral 8°, de la Ley 599 de 2000.

Además, según esta corporación, la coacción ajena y el miedo para ser reconocidas como causales de justificación del hecho, no basta con ser anunciadas sino que es menester aducir prueba sobre la cual se apoye, situación que no se presentó en este caso.

En mi opinión, este tipo de decisiones constituyen graves errores jurídicos, por cuanto en este caso la Corte desconoce la diferencia entre autoría y participación, puesto que el tipo penal establece para el delito de rebelión lo siguiente: “Artículo 467 Rebelión. Los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente”, y en este caso el procesado en ningún momento empuñó las armas, y su aporte al grupo rebelde no fue significativo, hasta se podría decir ínfimo, como lo exige el artículo 29 del Código penal, lo que lo convierte en el peor de los casos en partícipe y por tanto sería acreedor a una reducción significativa de la pena.

Por otro lado, la pena de cinco años a la que fue condenado el señor Macana Pabón resulta bastante desproporcionada y vulnera principios constitucionales y del derecho penal, como es “la proporcionalidad entre el delito y la pena, entre el daño efectivamente causado y la respuesta estatal”, pues respecto a lo que efectivamente realizó “ir a mirar al filo de la montaña si habían cosas extrañas”, ante el análisis del derecho y hasta del sentido común resulta arbitraria y violatoria de los derechos al debido proceso de cualquier ciudadano.

Además, la exclusión con pobres argumentos de la Corte de la causal de ausencia de responsabilidad por insuperable coacción ajena, desconoce la realidad de la guerra en la cual los distintos actores armados dependen en gran medida de la colaboración de la población civil para consolidar sus retaguardias, colaboración que logran a través del intercambio de bienes pero en la

gran mayoría de casos se da por medio de la coacción.

Esto fue alegado por la defensa del procesado porque, si bien el propio implicado manifestó que estaba acostumbrado a la presencia de la guerrilla, su pequeña colaboración en ningún momento se demostró en el proceso que estuviera motivada por algún compromiso ideológico o simpatía con las FARC, sino por el miedo generalizado que provocan los grupos armados, porque la negativa a prestarles ayuda puede traer consecuencias graves para su vida y la de sus familia.

Considero que esta decisión es absolutamente desproporcionada y contraria a la Constitución y la ley, pero es determinante para ilustrar el punto que quiero demostrar, pues los jueces por medio de la irregular aplicación de la ley penal y con interpretaciones contrarias al derecho, participan en la lucha contra la insurgencia por medio de condenas irracionales contra los posibles colaboradores de estas en las zonas de retaguardia, lo que los convierte también en víctimas por el desconocimiento de sus garantías fundamentales por parte del Estado.

Conclusiones: la nueva lucha por los derechos humanos

- La instrumentalización del derecho en la guerra y la confusión entre delincuentes, rebeldes, terroristas, civiles y víctimas propias de los conflictos armados internos, han sido poco tratados y hasta desconocidos por los tribunales nacionales, la Corte Constitucio-

nal y por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

- Si bien la definición de víctima, adoptada por el legislador en la Ley 975 de 2005 y la Ley 1448 de 2011 es bastante amplia y está acorde con los tratados internacionales, solamente recoge la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que solo reconoce como víctimas complejas a los menores de edad, que hayan pertenecido a estos grupos armados organizados al margen de la ley y hayan sido desvinculados de los grupos delincuenciales siendo menores de edad.

De esta manera se excluye, a partir de la norma, la discusión del tratamiento a las víctimas complejas, discusión que de igual manera ha estado ausente en las sentencias que han estudiado la constitucionalidad del articulado de la Ley 975 de 2005 y de la Ley 1448 de 2011.

- La figura de las víctimas políticamente complejas, es decir, las víctimas que tienen una responsabilidad en los hechos que condujeron a su propia victimización, se corresponde más con la realidad de la guerra en donde el Estado también es culpable y hay múltiples responsabilidades en la victimización, sin embargo el tratamiento jurídico en estos casos por los tribunales colombianos ha estado determinado por el desconocimiento de estas zonas grises y la impunidad para los agresores especialmente para los miembros de las Fuerzas Militares del Estado colombiano.

- La figura de las víctimas políticamente complejas, de muy poco desarrollo en la jurisprudencia y en la doctrina del derecho, incluye una gran variedad de casos: los combatientes que caen en estado de indefensión, los menores reclutados ilegalmente que se convierten posteriormente en victimarios, los auxiliadores de algún bando en particular (las guerrillas, los paramilitares o el Ejército y la Policía), entre otros.

Sin embargo, del estudio de las víctimas políticamente complejas, como los combatientes que por razones del combate quedaron en condición de indefensión y se convirtieron en víctimas de las Fuerzas Militares colombianas, a partir del análisis de los casos de Irma Franco, la guerrillera desaparecida en el Palacio de Justicia y los guerrilleros del M-19 ejecutados extrajudicialmente por el Ejército y el DAS en Bogotá, en 1985, es posible afirmar que las instituciones del Estado colombiano —entre estas la Rama Judicial y especialmente las Fuerzas Militares— violaron el derecho internacional humanitario, al asegurar su impunidad en los tribunales, y tratar a los combatientes en estado de indefensión de acuerdo con la tradición jurídico filosófica que hoy está en el centro del debate jurídico penal moderno que se conoce como el derecho penal del enemigo.

- En la lucha contra la insurgencia guerrillera en Colombia, la caracterización del enemigo se ha movido entre la denominación de bandoleros, rebeldes, criminales y terroristas, dependiendo de la política del Estado colombiano, especialmente si se intentaba realizar

acuerdos de paz y por tanto se concedían amnistías e indultos o por el contrario si se determinaba la aniquilación por medio del uso de las armas; sin embargo, en los años ochenta esta situación se agudizó por la capacidad real de los contradictores del Estado de tomar el poder, lo que provocó una reacción más fuerte de la institucionalidad, traducida tanto en la criminalización de grandes sectores sociales y el juicio de civiles por tribunales militares como por la degradación de la respuesta militar por medio de graves violaciones a los derechos humanos de los combatientes que fueron vistos como enemigos y, por tanto, excluidos de todo estatus de ciudadano y tratados por fuera de la legalidad.

Esta situación resulta evidente en la operación de recuperación del Palacio de Justicia, en donde se determinó que el propósito de los comandantes que dirigieron el operativo era la supresión física de los combatientes del M-19 que se lo habían tomado; situación que dejó en evidencia que los militares no intentaron en ningún momento de la retomar a los guerrilleros un tratamiento de delincuentes sino se les trató como enemigos, es decir, dejándolos por fuera de la legalidad y desconociendo sus derechos humanos más básicos.

- Del análisis del caso de Macana Pabón se demuestra que los jueces, por medio de la irregular aplicación de la ley penal y con interpretaciones contrarias al derecho, han participado en la lucha contra la insurgencia por medio de condenas irracionales contra los posibles colaboradores de las guerrillas en



Víctimas políticamente complejas, es decir, las víctimas que tienen una responsabilidad en los hechos que condujeron a su propia victimización, se corresponde más con la realidad de la guerra en donde el Estado también es culpable y hay múltiples responsabilidades en la victimización.

las zonas de retaguardia, lo que los convierte también en víctimas por el desconocimiento de sus garantías fundamentales por parte del Estado.

- Tal como afirmó el tribunal: en Colombia, donde la Constitución Política impone a los jueces velar por el respeto y promoción de los derechos fundamentales, la judicatura no

puede desentenderse ante los agentes estatales que en el ejercicio de sus cometidos se guían por el “todo vale” que quiebra la institucionalidad y deslegitima las funciones estatales.

Las instituciones democráticas tienen el derecho y el deber de defenderse y el ejercicio de tal potestad es perfectamente legítimo, pero lo que resulta inadmisible, contrario a derecho, es que para mantener la democracia y el estado de derecho, el Ejecutivo utilice métodos irracionales, inhumanos, sancionados por la ley, rechazados por la justicia y proscritos mundialmente por todas las convenciones de derechos humanos, que ninguna concepción civilizada del ejercicio del poder podrían autorizar o legitimar. Eso es justamente la negación de los principios e ideales que se pretenden defender y que son la razón misma que justifica la existencia de una sociedad jurídicamente organizada.

215

- En este nuevo escenario en donde el derecho internacional de los derechos humanos busca la persecución y el castigo de los individuos que cometan los crímenes más atroces contra la humanidad sin importar el lugar, el momento ni su posición dentro de los Estados, igualmente provee a los jueces colombianos herramientas jurídicas muy útiles e impensables en otros tiempos para lograr tales objetivos, como ocurrió en los casos analizados, a saber:

La imprescriptibilidad de las actuaciones penales sobre los autores de crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad.

La ineficacia de las leyes de amnistía y punto final que beneficien a los autores de crímenes contra la humanidad.

La imposibilidad de ampararse en cualquier tipo de fuero para evitar investigaciones serias e imparciales por graves violaciones a los derechos humanos.

La posibilidad de reabrir las investigaciones que hayan tenido como fin el archivo y la consecuente impunidad de actores que hayan cometido graves violaciones a los derechos humanos.

La posibilidad de reabrir investigaciones por medio de demandas de revisión ante la Corte Suprema, amparadas en el numeral 4° del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, por el “incumplimiento flagrante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente”, la violación a los derechos a la vida, a la integridad física, a las garantías judiciales y a la protección judicial, así como la vulneración de las normas del derecho internacional humanitario (artículo 3 común de los Convenios de Ginebra).

Referencias

Libros y revistas

- JAKOBS, G. & CANCIO, M. (2005). *Derecho Penal del Enemigo*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- AMBOS, K. (2007). *Derecho penal del enemigo*. Bo-

gotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

APONTE, A. (1995). Delito político, estrategias de defensa jurídica, derecho penal y derechos humanos en Colombia: una reflexión crítica. *Pensamiento Jurídico*. Universidad Nacional de Colombia, 5, 85-110.

OROZCO ABAD, I. (1989). La democracia y el tratamiento del enemigo interior. *Análisis Político*. Universidad Nacional de Colombia, 6, 48-65.

APARICIO BARRERA, J. (2004). *La ideología de la Policía Nacional en los años 60 y 70*. Tesis de grado no publicada. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia.

KALIVAS, S. (2001). La violencia en medio de la guerra civil. *Análisis Político*. Universidad Nacional de Colombia, 42.

WICKLAM-CROWLEY, T. (summer, 1987). The Rise (and sometimes fall) of Guerrilla Governments in Latin-America. *Sociologic Forum*, 2, 3.

Webgrafía

OROZCO ABAD, I. (18 de 02 de 2012) *Los jueces están en una trampa moral*. Recuperado el 13 de noviembre de 2012, de: <http://www.semana.com/nacion/articulo/los-jueces-estan-trampa-moral/253614-3>.

Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia C-052 de 2012. M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.

Sentencia C-370 de 2006. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño,

Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.	Proceso n.º 31195. 24 de febrero de 2010. M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.
Sentencia C-319 de 2006. M. P.: Álvaro Tafur Galvis.	TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE BOGOTÁ. SALA PENAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL	Segunda instancia. Proceso 2008-00025. Luis Alfonso Plazas Vega.
Proceso n.º 26262, 2 de julio de 2008. M. P. Jorge Luis Quintero Milanés.	