

Derecho Penal de enemigo en la Violencia (1948-1966)

Pontificia Universidad Javeriana
Facultad de Ciencias Jurídicas

Colección • Fronteras • del • Derecho

Derecho Penal de enemigo en la Violencia (1948-1966)

Pontificia Universidad Javeriana
Facultad de Ciencias Jurídicas

Colección • Fronteras • del • Derecho

Derecho penal de enemigo en la Violencia (1948-1966)



Derecho penal de enemigo en la Violencia (1948-1966)

Gustavo Emilio Cote Barco



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Bogotá
Facultad de Ciencias Jurídicas



editorial
Pontificia Universidad
JAVERIANA

Colección • Fronteras • del • Derecho

RESERVADOS TODOS LOS DERECHOS

© Pontificia Universidad Javeriana
© Gustavo Emilio Cote Barco

Primera edición: Bogotá, D.C., mayo de 2010

ISBN: 978-958-716-306-3

Número de ejemplares: 300

Impreso y hecho en Colombia

Printed and made in Colombia

Editorial Pontificia Universidad Javeriana

Transversal 4a núm. 42-00, primer piso

Edificio José Rafael Arboleda, S.J.

Teléfono: 3208320 ext. 4752

www.javeriana.edu.co/editorial

editorialpuj@javeriana.edu.co

Bogotá, D.C.

CORRECCIÓN DE ESTILO:

César Mackenzie

DISEÑO DE COLECCIÓN:

Carmen María Sánchez Caro

DIAGRAMACIÓN Y MONTAJE DE CUBIERTA:

Ramiro Parra Galvis

DESARROLLO EPUB:

Lápiz Blanco S.A.S.



Cote Barco, Gustavo Emilio

Derecho penal de enemigo en la Violencia (1948-1996)/Gustavo Emilio Cote Barco.-- la ed. --
Bogotá : Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2010. -- (Colección fronteras del derecho).

304 p. 24cm.

Incluye referencias bibliográficas (p. 285-291).

ISBN : 978-958-715-306-3

1. DERECHO PENAL - COLOMBIA. 2. VIOLENCIA - HISTORIA - COLOMBIA - 1948-1966.
3. CONFLICTO ARMADO - HISTORIA - COLOMBIA - 1948-1966. 4. VIOLENCIA -
ASPECTOS SOCIALES - COLOMBIA. 5. GUERRA Y SOCIEDAD - COLOMBIA. 6.
COLOMBIA - HISTORIA - FRENTE NACIONAL, 1958-1974. I. Pontificia Universidad
Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. II. Cote Barco, Gustavo Emilio.
CDD 343.9861 ed.15

Catalogación en la publicación - Pontificia Universidad Javeriana. Biblioteca General

ech.
19/2010

Enero

Prohibida la reproducción total parcial de este material, sin autorización por escrito de la Pontificia Universidad Javeriana

*A mis papás y a mi hermano, como siempre les he dicho:
son el más grande regalo que me ha dado Dios.*

A Tito, por su ejemplo de vida.

*A Diana, por la alegría de estar con ella, por todo su apoyo
y por todo lo que viene.*

Agradecimientos

Este trabajo fue presentado por el autor como tesis de grado para optar por el título de Magister en Derecho, con énfasis en ciencias penales y criminológicas, en la Universidad Externado de Colombia. En este proceso fue trascendental el acompañamiento permanente y la orientación del profesor Dr. Jorge Fernando Perdomo Torres, a quien quisiera expresar mi más sincero agradecimiento; sus críticas y reflexiones permitieron enriquecer enormemente el texto que a continuación se presenta. De la misma manera debo agradecer al profesor Dr. Alejandro Aponte Cardona, con quien tuve la oportunidad de comentar en varias ocasiones los avances de la tesis; sus consejos y apoyo fueron de gran importancia incluso en momentos en los que no era muy claro el camino a seguir.

Debo manifestar también sentimientos de gratitud para los miembros del grupo de investigación en Justicia Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, a mis compañeros de la Maestría en Derecho (programa en ciencias penales y criminológicas) 2007-2008 de la Universidad Externado de Colombia y a mis amigos Álvaro Amaya, Diana Fuentes, Diana Pérez, Daniel Cardona, Julián López, Liliana Sánchez y Sergio La Torre, personas que dedicaron largos ratos para escucharme y me permitieron conocer sus acuerdos y discrepancias.

Así mismo, agradezco a Bernardo Gaitán Mahecha, maestro y amigo; sus enseñanzas y ejemplo han sido siempre una motivación para el estudio del derecho penal y para el trabajo por un sistema penal más democrático.

Finalmente, debo reconocer el apoyo y la colaboración de quienes hicieron posible esta publicación en la Pontificia Universidad Javeriana: al Decano Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas Carlos Ignacio Jaramillo, a Javier Celis y a la Editorial Pontificia Universidad Javeriana.

Prefacio

Bajo el título *Derecho penal de enemigo en la Violencia*, Gustavo Emilio Cote Barco nos entrega un denso trabajo de investigación y reflexión jurídicas sobre buena parte de la historia de Colombia. Este libro nos habla, por una parte, de la confrontación armada y, por otra, de la utilización del derecho penal como instrumento para superar el conflicto, resaltando que de ninguna manera el sistema jurídico punitivo ha servido para resolver las pretensiones políticas de quienes han tenido la responsabilidad de dirigir el Estado.

El enjundioso trabajo de Cote Barco deja bien claro que el conflicto no solamente se da entre facciones armadas, oficiales unas y políticas otras, sino que con él corre pareja la cuestión social caracterizada por exclusiones, marginalidad, miseria, inconformidad.

El autor ha escogido el período entre 1948 y 1966 que comprende el bien conocido como el de la Violencia, cuando bajo el imperio de la Constitución de 1886 se hizo uso y abuso del artículo 121 de la misma, lo cual permitió mantener al país en Estado de Sitio. En consecuencia, en este tiempo el Gobierno legislaba en toda materia, pero sobre todo en materia penal, y convertía el *Ius Puniendi* del Estado en instrumento de lucha contra toda forma de oposición al régimen. Tanto es así que al instituirse el llamado Frente Nacional era tal el cúmulo de disposiciones dictadas en todas las materias jurídicas, que fue necesario que el Congreso, restaurado en 1958, codificara todas esas normas y dejara vigentes las que a bien tuvo, conforme a la Ley 2ª de ese año.

Es que el eterno problema con el derecho penal es el de que siendo como es eminentemente residual, es decir, destinado a las violaciones de la ley que en forma minoritaria se dan en una sociedad en donde impera la equidad y la justicia y la paz, se utiliza para resolver los problemas sociales, los

conflictos políticos, el mantenimiento del poder, cuando no la hegemonía o la oligarquía, en sociedades en donde lo que impera es la marginalidad, la miseria y la exclusión. Se trata de utilizar el derecho penal contra el enemigo del régimen, pero al mismo tiempo en función de las clases integradas al sistema, y de esta manera funciona un derecho penal de dos caras, el ordinario y residual y el extraordinario cuyo destinatario es el enemigo. Pero con la consecuencia de que mezclados uno y otro termina por ser disparatado, arbitrario y ajeno a las reglas esenciales de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Con mucha razón dice Cote Barco en su brillante ensayo que:

Durante la Violencia, al no haber una conciencia verdaderamente democrática de lo público, se recurrió al poder punitivo del Estado con el fin de construir un mínimo de unidad simbólica en la “sociedad”, se intentó entonces generar el respeto por el derecho mediante el uso de la fuerza, militar y punitiva, ignorando que ante todo el Estado se debe realizar desde el punto de vista material, como un ente respetuoso de la libertad y que posibilite a todos los habitantes de su territorio las mismas oportunidades de desarrollo en condiciones de dignidad.

No era fácil, pues, adentrarse en la selva legislativa que se formó en Colombia entre 1948 y 1966, ni mucho menos encontrar los elementos críticos para entender esa parte de la historia del siglo XX. Los llamados partidos tradicionales se ocuparon durante muchos años en disputarse el poder, usando la llamada *democracia representativa*. Desde 1930 hasta 1946 el Partido Liberal mantuvo las mayorías electorales, con un discurso de tendencia social-demócrata que logró ciertos avances en beneficio de las llamadas clases populares.

Pero ese partido no abandonó, en algunos sectores de sus filas, las tendencias conservadoras o de derecha; con ello creó una honda división de pareceres en el seno mismo de la colectividad. Partidos de ideología izquierdista como el socialismo o el comunismo, no adquirieron especial preponderancia electoral aunque contribuyeron de una u otra manera a crear un clima de inconformidad que en numerosas regiones determinó actos de violencia. Al final del siglo XX esos partidos minoritarios habían desaparecido.

Pero lo que en esencia hizo que tales partidos no crecieran fue el hecho de que, bajo el ala liberal, se ampararon y se sometieron a su tolerancia y dependencia. Aparecido el Frente Nacional, fueron a parar al M.R.L (Movimiento revolucionario liberal), y cuando éste se fundió, en el Frente Nacional definitivamente perdieron toda influencia.

Cabe recordar que en 1946, dividido el Partido Liberal bajo la fuerza popular del líder Jorge Eliécer Gaitán, perdió la presidencia de la República, en cabeza de Mariano Ospina Pérez del Partido Conservador, pero mantuvo las mayorías en el Congreso. La confrontación de poderes hizo que el Presidente cerrara el órgano legislador. En 1949 había sido asesinado Jorge Eliécer Gaitán y entonces el país estaba incendiado por la guerra civil entre liberales y conservadores. El partido conservador había perdido la Presidencia de la República en 1930. Sin Congreso y con un Poder Judicial amañado y profundamente respetuoso de la Constitución de 1886, el Gobierno se ejerció hasta 1958 bajo el Estado de Sitio y el imperio del artículo 121 de esa Constitución. Pero el partido Conservador se dividió estando en el poder, en dos grupos igualmente sectarios: el comandado por Ospina Pérez y el comandado por Laureano Gómez, el viejo caudillo que mantuvo la primacía sobre ese partido desde 1930. Tras suceder en 1950 a Ospina Pérez en la Presidencia, al poco tiempo tuvo que dejarla por razones de salud y ocupó entonces el cargo el Designado Roberto Urdaneta Arbeláez. Éste declinó el poder en manos del General Rojas Pinilla, quien dio Golpe de Estado al titular Laureano Gómez el 13 de junio de 1953. Se instauró así el Gobierno Militar que duró hasta el 10 de mayo de 1957, hasta el 7 de agosto de 1958. A partir de esta fecha, por el término de dieciséis años, los dos partidos tradicionales, Liberal y Conservador, se dividieron al 50% el poder legislativo, el judicial, el administrativo, y se alternaron en la Presidencia de la República. Pero la violencia no cesó, ni desaparecieron los motivos del conflicto generado muchos años atrás, el cual, por lo contrario, se mantuvo dentro de unas estructuras políticas y sociales de injusticia, inequidad y de fuerza.

El régimen militar fue, de suyo, el imperante desde tiempos lejanos, mucho antes de 1948. Pero lo fue de manera absoluta hasta la Constitución de 1991, porque los gobiernos del Frente Nacional hicieron uso permanente del artículo 121 de la Constitución de 1886. Este artículo fue eliminado en 1991 y sustituido por un variado elenco de normas que regulan los llamados

Estados de Excepción. Así las cosas, el Derecho Penal, concebido como Cote Barco lo ha denunciado en su brillante ensayo, dominó y sigue dominando en gran medida la legislación punitiva de Colombia. Al respecto, el autor escribe:

En consencuencia, el derecho penal que se produjo en Colombia a propósito de la Violencia (1948-1966) fue perdiendo poco a poco su dimensión racional, permitiendo que la fuerza inherente al sistema jurídico adquiriera proporciones autoritarias que lo terminaron negando como construcción racional. La guerra se convirtió en su principal fuente, de hecho el sistema jurídico se transformó en función suya, lo cual condujo a que se expandiera y exacerbara su poder represivo. La dimensión violenta del derecho penal colombiano terminó así superponiéndose totalmente a cualquier criterio de protección y respeto por la libertad individual.

Pero no ha sido solamente la violencia. También el modelo económico imperante en Colombia. La marginalidad y la miseria, la protección desmedida a las clases pudientes, la cuestión de la tierra, la salud, la vivienda, la educación y la quiebra absoluta de la cultura que habría servido para transformar aunque fuese lentamente el estado de cosas, han dado como resultado el fracaso completo de la democracia participativa que pretendió instaurarse en 1991. Estamos en tiempos de crisis, de una honda crisis institucional y de los valores, y con un derecho penal ausente de los fines altos para los cuales fue reconstruido después de la Revolución Francesa por obra de los juristas clásicos. En conclusión, el asunto no solamente nos toca a los habitantes de Colombia, sino a todos los que desde las riveras del Río Grande hasta la Patagonia, somos del mundo latino, inserto en la perplejidad de nuestro tiempo. Por ello, obras como la de Gustavo Cote Barco iluminan la oscuridad que al final encierra en una práctica que para el público en general es ininteligible, pero que la paciencia investigativa despeja con sagacidad e inteligencia.

Bernardo Gaitán Mahecha

Profesor investigador - emérito

Facultad de Ciencias Jurídicas Pontificia Universidad Javeriana

Bogotá, 2009.

Prólogo

En varios sentidos la violencia es un elemento constitucional del Estado colombiano y una narración maestra de su personalidad, concepto este acuñado por Jaime Jaramillo Uribe en su famoso ensayo sobre la personalidad histórica de Colombia. En la segunda mitad del siglo XX, los científicos sociales que se erigieron como analistas de la realidad colombiana no optaron por acoger sus denominaciones disciplinarias originarias (sociólogos, historiadores, economistas o abogados) sino que fundaron en el corazón de la academia, un referente epistemológico y político que denominaron violentología, y ellos, violentólogos. La violencia que estudiaron adquirió una potencia explicativa casi universal en las ciencias sociales colombianas: cualquier fenómeno, desde la economía hasta el arte, desde la historiografía hasta la tecnología, ha quedado asociado y explicado por la violencia. Buena parte de ese grupo de académicos hoy ocupa los puestos de decisión en el sistema de justicia que busca anunciar la salida de ese estado de violencia y transición a uno distinto, cuya denominación aparentemente sigue en debate.

En otro sentido, se ha denominado La Violencia a un período histórico específico del siglo XX en Colombia. Si el mito fundacional de la república del siglo XIX se construye sobre la guerra, el mito fundacional del Estado social de derecho del siglo XX se edifica sobre el período denominando como La Violencia, cuyo inicio mítico se puede fechar en 1948 con las protestas que tuvieron lugar en Bogotá y en algunas ciudades del país, con motivo del asesinato de líder popular Jorge Eliécer Gaitán. En comparación el asesinato de Gaitán es al constitucionalismo del siglo XX en Colombia, lo que el florero de Llorente¹ fue al constitucionalismo del siglo XIX.

Por otro lado, el período de La Violencia no fue el más “violento” en la historia de Colombia. De hecho, resultó más bien tímido respecto a los

niveles que alcanzaría la violencia en el presente guerrillero, paramilitar y estatal. Pero como todo mito fundacional, La Violencia ofrece un discurso ideológico con un fuerte impacto en la “personalidad” de Colombia, en tanto que va a justificar las condiciones constitucionales del Estado colombiano contemporáneo, basado en el control de la sociedad desde los dos partidos tradicionales, que en virtud de ese pacto, abandonan la lucha armada y controlan con éxito el espacio público y su monopolio de la fuerza, hasta el presente².

El estudio de Gustavo Cote se ocupa de las maniobras, operaciones y resignificaciones que el Estado colombiano realizó a través del derecho penal, para estructurar el pacto constitucional que se origina en La Violencia. A través de un exhaustivo estudio de los materiales jurídicos de la época, demuestra que el régimen constitucional tendrá como discurso articulador la “seguridad nacional” y la activa participación del Estado colombiano en la Guerra Fría bajo la tutela de la política exterior de los estados Unidos, ya fuera en los campos de batalla asiáticos de Corea o en los campos colombianos. Bajo este designio, el Estado colombiano pudo establecer las condiciones de inclusión y exclusión en la ciudadanía, que se constituyeron en los referentes para la construcción de un derecho penal que protege a los amigos y persigue a sus enemigos, como en cualquier Estado moderno.

A partir de ese motivo histórico-político, lo suficientemente trascendente, y adecuadamente oculto en cuanto sigue articulando la ideología nacional colombiana, Cote elabora una reflexión teórica fuerte sobre el lugar, la extensión y los límites de la violencia en los Estados contemporáneos.

Su empeño lo lleva a reconstruir de manera juiciosa, los debates sobre la política del derecho penal contemporáneo tanto en Colombia como en Europa y a sumergirse en el denso debate de las doctrinas penales entre clasicismo y *peligrosismo*, que expresan en sus propios términos una tensión mayor de la teoría del derecho sobre la relación entre el derecho y la violencia.

Por una parte, una tendencia republicana clásica e ilustrada para la que el derecho es el resultado de una operación por la cual un grupo de personas, agobiadas por la inseguridad reinante, pactarían un contrato de sociedad, inspirado en la tradición del derecho comercial. Tal contrato tendría por objeto la creación de una persona jurídica cuya función

específica sería la administración de la violencia entre los miembros, que recibiría como aportes la libertad de cada uno de los firmantes y que estaría gobernada por un gerente, una junta directiva y por la reunión eventual de la asamblea. Como cualquier contrato, este ofrecería un conjunto de cláusulas transparentes en las que se definiría la membrecía, las condiciones de gobierno social, el patrimonio, las estrictas funciones de la persona jurídica y los mecanismos de solución de controversias. La nueva persona jurídica tendría un nombre propio, con la denominación social de república.

Bajo esta comprensión prístina, la respuesta sobre la función del derecho penal resulta sencilla, racional y casi automática: sería el mecanismo de la sociedad al que se le atribuye la protección de los socios, dentro de los estrictos límites establecidos en las cláusulas del contrato. Claro y transparente. Finalmente la sociedad denominada como república no puede hacer nada que no esté contemplado en las funciones atribuidas por los socios. La codificación penal toma prestado el lenguaje de la codificación civil y garantiza como ésta la autonomía de la voluntad privada, la familia, la propiedad, y la sucesión, entendidos como bienes jurídicos naturales, por lo menos al pacto. La dogmática penal clásica, dentro de la matriz republicana, invocará variantes complejas de este esquema para justificar la violencia jurídica del derecho penal y transmitir un parte de confianza sobre las justas y mínimas dimensiones que un sistema penal así concebido, habría de tener.

Las críticas del proyecto del Estado-nacional registran que el modelo pactista, con todas sus virtudes, puede tener mayores complicaciones. Por mencionar sólo el problema de los socios aunque pareciera que este invita a todas las personas a formar parte del contrato, al establecer las condiciones de membrecía se define obligatoriamente quiénes pueden entrar y quénes no. Por lo tanto hace parte del mismo movimiento la inclusión y la exclusión del contrato. Lo que constituye una virtud en el dominio privado de las sociedades comerciales, se erige un grave problema cuando se trata de construir espacios públicos.

El conjunto final de socios reconocidos responderá a un proceso de exclusión de muchos y homogenización de los elegidos, de manera que compartan unas condiciones que se consideran mínimas dentro del contrato: raza, lengua, religión, opinión política, género, actitud. La normalización de los miembros recurrirá a muchas herramientas educativas, médicas, comunicativas, religiosas, productivas, y como no, penales. El crimen de

genocidio definido bajo el estatuto de la Corte Penal Internacional describe perfectamente las típicas acciones de homogenización política realizadas por la totalidad de los Estados modernos para normalizar las “minorías nacionales”. La república utilizará su monopolio de la fuerza de una manera expresa, constante y con tendencia a la sobreactuación porque son demostraciones de fuerza las que crean la convicción de que la república verdaderamente gobierna. La pesadilla que han descrito todos los escritores futuristas modernos anuncia el presente perpetuo del Estado nacional en que el uso desbordado de la fuerza no es una excepción sino su condición de existencia. En otros términos, toda nación ha sido construida por el Estado, a golpes de fuerza descomunales.

En el texto sobre el derecho penal de la violencia, Gustavo Cote despliega un erudito aparato crítico del derecho penal moderno para revelarnos los complejos mecanismos represivos del Leviathan colombiano. Ante el vértigo de su revelación, el autor hace entonces una movida terapéutica y reclama la posibilidad de revertir esa tendencia, de denunciarla, de declararse expresamente en contra de un Estado moderno represivo y violento, que utiliza el derecho penal para unos fines cada vez más distantes de la sociedad. Es esa la interpelación política que el texto propone al lector y que corresponderá a cada uno juzgar su alcance sanador.

Desde la Colección Fronteras del Derecho damos lugar al libro de Gustavo Cote con mucho interés y respeto. Hemos tenido la ocasión de someter sus planteamientos a enconados debates dentro del grupo de investigación sobre Justicia Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana. Encontramos profunda simpatía con el trabajo de Cote por los objetos que construye, los métodos que despliega, los gestos políticos que propone y sobre todo, la ansiedad que compartimos respecto a la capacidad de la ciencia jurídica para resolver sus problemas más radicales: nos preocupa la necesidad de la crítica y la dificultad para encontrar un piso firme desde dónde enunciarla. ¿Cómo criticar severamente el derecho penal desde el derecho penal? ¿Cómo criticar el Estado-nación desde el Estado-nación? Como todos los debates importantes, este propone una invitación al lector para tomar posiciones.

Roberto Vidal

Director

Departamento de Filosofía e Historia del Derecho

Grupo de Investigación en Justicia Social

Facultad de Ciencias Jurídicas

Presentación

Quien pretenda observar, captar, entender y analizar la realidad jurídica de un país, para luego aportar crítica y constructivamente a su desarrollo, tendrá que valerse desde el principio de conceptos y esfuerzos teóricos, pues, si bien el derecho es producto histórico y, en esa medida, realidad social, reclama un soporte de racionalidad para ser verdaderamente válido. Al respecto se cuenta, por suerte, con suficientes modelos *iusfilosóficos* y este trabajo es una muestra de su correcta utilización. Seguramente la mayoría de los ordenamientos jurídicos (penales) pretenden ser racionales y se construyen sobre ideales primarios de la humanidad como la libertad, la igualdad y la solidaridad. No obstante, las normas mismas pueden ser fuente de inseguridad y traicionar los fundamentos racionales que las legitiman. En pocas palabras, el derecho (positivo) puede abandonar la misma idea de justicia por la que propende, y este peligro es aún más latente en tiempos de inseguridad y terrorismo.

El trabajo de Gustavo Cote Barco es un preclaro ejemplo de análisis sobre lo que puede suceder en un país cuando el derecho penal abandona su pretensión de racionalidad y se convierte en fuente misma de guerra. En él se indaga por el papel que jugó el derecho penal en Colombia en la época denominada de La Violencia y que el autor ha delimitado entre 1948 y 1966. El resultado es descorazonador y se proyecta hasta hoy, pero también anima y obliga a reencontrar el camino correcto, es decir, el de la mera razón aunque para ello sirvan también de hilo conductor las normas válidas (por lo menos formalmente) del derecho positivo.

Gustavo Cote aborda en la primera y extensa parte del trabajo el estudio de los elementos teóricos que permiten indagar sobre el criterio de la fuerza en el Derecho o lo que también se conoce como coacción jurídica y que, por lo menos, modernamente desde *Kant* (*La metafísica de las*

costumbres) es inherente a la relación entre derecho y libertad. El autor parte, sin embargo, de un momento anterior a la formación del estado o dicho más exactamente del proceso de surgimiento y demuestra cómo su existencia garantiza la paz. El Leviatán *hobbesiano* saca a la persona de un estado de angustia y violencia y la somete a las leyes; es decir, es el marco propicio para la paz y no para la violencia. El derecho de Estado es, como claramente se expone en esta monografía, fuerte y esto significa que la coacción o fuerza es condición necesaria de desarrollo de la libertad. Nadie lo ha expuesto mejor que Kant: cuando se pretende mantener un estado de juricidad, cualquier obstáculo de la libertad no es más ni menos que un injusto y en esa medida “cuando cualquier uso de la libertad es por sí mismo un obstáculo de la libertad según leyes universales, así la coacción que se le ponga como obstáculo de la libertad (...) es derecho”. La coacción jurídico-penal son variados, desde la pena hasta la legítima defensa, el dolor del delincuente, causado por el funcionario del Estado (juez) o por el particular subsidiariamente, es coacción o fuerza legítima toda vez que soporta un análisis de racionalidad.

También el autor expone magistralmente el peligro que representa la guerra para el orden jurídico. Esta amenaza no sólo puede estremecer el piso racional del derecho, sino también acabar influyendo en las decisiones políticas de una comunidad, de tal modo que al final de cuentas se tienen normas jurídicas que además de enfrentarse decididamente con el ciudadano del Estado, se alejan del ideal de justicia al que sirven. En esa medida, la guerra, como lo expone Gustavo Cote, es fuente de derecho y la debilidad de éste o, mejor dicho, de quienes lo crean y aplican, es el comienzo del proceso de abandono de la racionalidad. Esta constatación resulta de mucha importancia cuando, como en Colombia, se ha vivido una situación permanente de violencia que hasta hoy sigue desafiando al derecho. Si a ello se suman los actuales peligros y riesgos de la sociedad globalizada, el llanamiento al orden que representa este trabajo es mucho más adecuado y oportuno.

Estableciendo una relación íntima entre los conceptos de guerra, violencia y derecho, se concluye aquí la posibilidad de que en un estado el derecho penal termine siendo manifestación de la confusión entre guerra y política, y comprobación de lo que moderadamente se ha llamado en la teoría jurídico-penal “Derecho penal de enemigo”. Después de una

exposición clara y exacta de lo que Günther Jakobs entiende por derecho penal de enemigo, se ponen en práctica dichas ideas para describir la realidad colombiana: gran parte de la historia jurídico-penal de nuestro país no ha respondido racionalmente al desafío de la guerra y, más bien, ha sido ella misma amenaza para la paz. De esta forma, el autor utiliza ideas de Jakobs precisamente para lo que fueron expuestas por el penalista alemán; es decir, para de la mano de instrumentos teóricos serios poder deslindar el derecho penal liberal y racional de aquél que no lo es. La conclusión de Gustavo Cote, y que no sólo se obtiene del periodo histórico analizado en concreto, llama a la reflexión; mientras el derecho penal no vuelva a sus cauces racionales seguirá siendo al mismo tiempo continuación de la guerra y esto, además, utilizando la coacción que le es inherente y que, como dijimos, tiene presunción de racionalidad. El derecho penal que tenga las características expuestas por Jakobs para ser derecho penal de enemigo, en principio, no es legítimo, pues responde a una dinámica de violencia que ya no tiene nada que ver con la fuerza o la coacción jurídica. La pregunta que surge en este punto es si de verdad es posible que un ordenamiento penal como el colombiano renuncie a normas de derecho positivo que responden a lo que se entiende por derecho penal del enemigo. La respuesta a este interrogante no es fácil, solamente propongo a quien la quiera encontrar echar un vistazo en los códigos penales y reflexionar sobre si las normas allí contenidas cumplen o no una función en el aseguramiento de la libertad de todos los ciudadanos. Si la respuesta es afirmativa, tendremos normas por lo menos necesarias (no es claro si son legítimas), pero si ella es negativa habrá que eliminarlas del ordenamiento jurídico, solamente que si esto sucediere hoy en día en Colombia tendríamos códigos penales menos extensos y se reclamaría por todas partes más justicia. La tendencia es, no obstante, contraria; por ejemplo, hasta el pueblo debe decidir acaloradamente cómo se debe reaccionar más fuerte frente a quien no respeta a los niños.

Gustavo Cote también aborda la teoría del enemigo político de Carl Schmidt y demuestra magníficamente que dependiendo de las sociedades es muy posible que en una realidad se adviertan sus características y que también allí el derecho penal sea uno de enemigo. Si bien estas dos teorías, la de Jakobs y la de Schmidt, no coinciden ni en la utilización del término enemistad (en Jakobs obtenido desde la filosofía política y del derecho) y tiene origen, fundamentos y propósitos diversos, ellas son tematizadas por el

autor para demostrar cómo los ordenamientos penales pueden ser utilizados en la consolidación de la hegemonía estatal y del poder político.

Las conclusiones alcanzadas en la primera parte se examinan en un lapso concreto de la historia legislativa colombiana, el periodo entre 1948 y 1966. Después de un rastreo generoso, novedoso y muy exacto de la legislación de esa época, el autor puede concluir que el derecho penal en ese momento tuvo las características que hoy la doctrina penal asigna al derecho penal de enemigo, entonces afirma que no se dieron las condiciones propias de un derecho penal liberal. Es especial interés del autor demostrar que en esa época se persiguió penalmente a los enemigos políticos y que esto se hizo también de la mano del derecho penal con la aparente cortina de legitimidad que normalmente le es asignada al derecho.

Tuve la oportunidad y el honor de acompañar la elaboración del trabajo y de discutir con el autor algunas de las ideas plasmadas en él. Desde el principio advertí su conveniencia y el gran aporte a la discusión jurídica que hoy es plena realidad. Con profundos elementos de dogmática penal, un sólido anclaje teórico así como con la disciplina y el juicio admirable necesarios para alcanzar grandes cosas en la ciencia, Gustavo Cote aporta una obra original con unas tesis suficientemente demostradas. Auguro lo que a todo autor se le debe desear: que las reflexiones propias generen discusión y abran perspectivas nuevas en el análisis jurídico.

Por último, debo agradecer al autor no sólo por ilustrarme con estas líneas, sino también por darme la posibilidad de conocerle como persona.

Jorge Fernando Perdomo Torres,
Profesor
Departamento Derecho Penal
Universidad Externado de Colombia.
Colonia, 20 de septiembre de 2009

Introducción

Autores como Orozco y Aponte, han advertido la forma como en nuestro medio el derecho se ha visto profundamente condicionado por la guerra, adquiriendo formas bastante problemáticas en las que se ha utilizado el sistema penal para definir y combatir enemigos. En sus trabajos, se ha mostrado cómo el ordenamiento jurídico en Colombia se convierte en esta medida en un escenario de confrontación, en el cual se continúa la lucha librada en lo militar. Pues bien, en este libro se toman como punto de partida estos estudios para indagar por el papel que jugó el derecho penal en Colombia a mediados del siglo XX en el contexto de la Violencia, en donde al parecer fue objeto de varias reformas (algunas orientadas a su endurecimiento y otras a su flexibilización) con ocasión del conflicto interno vivido en el país.

La inquietud del autor al respecto obedece a que constantemente, en la doctrina colombiana más tradicional, cuando se hace referencia a la historia del derecho penal en Colombia, se alude a cada uno de los Códigos que han regulado la materia. En orden cronológico nuestros autores más renombrados mencionan el Código Penal de 1837, el de 1873, el Código de 1890 y así hasta llegar al Código de 1936, a partir del cual se da “un salto” en el tiempo para pasar a explicar el Código Penal de 1980, como si entre estos dos últimos el ordenamiento jurídico-penal colombiano hubiera sido estático, lo cual resulta muy difícil de creer si tenemos en cuenta que precisamente durante estos años, se vivió en Colombia una de las más dramáticas situaciones de violencia.³ De hecho, después de rastrear las normas sobre derecho penal que se produjeron en aquel momento, se encuentra que muy por el contrario, entre 1948 y 1966, la producción normativa fue intensa, pues se adoptaron importantes medidas sobre aspectos sustanciales y procesales que llevaron al ordenamiento punitivo a tomar formas

antidemocráticas, que en vez de contribuir a la paz condujeron a que el conflicto se reprodujera.

La única referencia que hemos encontrado en los manuales de derecho penal a lo ocurrido en la normatividad penal colombiana durante la Violencia, es la siguiente reflexión de Velásquez a propósito del Código Penal de 1936:

Como es apenas obvio, el Código resistió los embates de la dictadura imperante entre 1953 y 1958, aunque fue objeto de diversas suspensiones de vigencia y adiciones mediante el mecanismo de la legislación de excepción que, entre otras cosas, sirvió de medio para expedir un severo Código Penal Militar (decreto 250 de 1958, convertido en legislación ordinaria, como todo el régimen legal autoritario mediante la ley 141 de 1961). Ello explica el castigo de las ‘actividades de tipo comunista’.⁴

Se ha seleccionado entonces como periodo de estudio, el comprendido entre 1948 y 1966, en donde se aprecia el tránsito de la violencia bipartidista a la violencia social-revolucionaria. En este proceso el Estado colombiano, en el intento de consolidarse como poder hegemónico en su territorio, recurrió indistintamente a la violencia propia del derecho penal y a la de la actividad militar, desdibujando las fronteras que separan la una de la otra, con lo cual se terminó llevando al sistema jurídico-punitivo a estados poco democráticos que profundizaron el conflicto social y político que se supone se quería solucionar.

De esta manera podremos concluir que en Colombia el derecho penal ha adquirido la connotación de derecho penal de enemigo, al darse en medio de una situación real de guerra crónica, al menos desde la década de los cuarenta. Orozco y Aponte ya han mostrado la forma en que este fenómeno ha ocurrido, haciendo énfasis en los años setenta y ochenta del siglo XX, mediante el estudio del “Estatuto de Seguridad”⁵ expedido durante el Gobierno de Julio César Turbay y del “Estatuto para la Defensa de la Justicia”⁶ expedido en el Gobierno de César Gaviria Trujillo.

En este trabajo profundizaremos en la descripción de esta misma situación pero en un periodo anterior de la historia de Colombia, lo cual nos

permitirá afirmar que el sistema penal colombiano, justamente por obedecer a esta lógica, ha contribuido a la prolongación del conflicto que nos aqueja aun hasta nuestros días, sustentado en discursos y estrategias violentas que no son “nuevas” en nuestra tradición y que no obstante los efectos adversos que han generado en épocas pasadas se continúan utilizando.

Con el fin de desarrollar este planteamiento el trabajo se ha dividido en dos partes. En la primera de ellas se definen los elementos teóricos que utilizaremos para el estudio del derecho penal de la Violencia, y en la segunda se describe el contexto político y social de la época, así como las normas que nos permiten sostener que en estos años la principal fuente del derecho penal fue la guerra interna, lo que llevó a configurarlo como un instrumento represivo carente de cualquier racionalidad.

En este sentido, se abordará el problema de la fuerza en el derecho a partir de algunos de los planteamientos más representativos de la tradición política y jurídica de occidente, lo cual nos permitirá indagar por la relación guerra-violencia-derecho, para pasar a plantear algunas anotaciones sobre el derecho penal de enemigo y a partir de allí, abordar el estudio del caso colombiano. Concretamente se hará énfasis en el derecho penal producido a propósito de la Violencia en cuanto derecho penal de enemigo, como manifestación de la confusión entre guerra y política y por ende continuación de la guerra por medios jurídicos, retomando las reflexiones que en este sentido han formulado Orozco y Aponte.

Con esto queremos ilustrar la forma en la cual el sistema penal en nuestro medio ha sido utilizado, desde años atrás, como un arma más en la confrontación de enemigos internos, para resaltar el efecto perverso que esto conlleva. Así se convierte al derecho penal en un factor de reproducción de la violencia. En esta medida queremos mostrar que más allá de cualquier consideración dogmática, científica o académica, el ordenamiento punitivo en estos casos ha adquirido formas contrarias a las propias de un sistema acorde con los postulados del derecho penal liberal, y que ahora más que nunca se imponen con fuerza desde la Constitución Política, con miras a la construcción de un verdadero Estado de derecho respetuoso de la dignidad humana, que tenga la posibilidad de fungir como mecanismo de solución de conflictos, dentro de sus propias limitaciones, o que al menos no profundice las grietas que en el tejido social han dejado años de confrontación armada.

PRIMERA PARTE

Elementos teóricos para el estudio del derecho penal de la Violencia

*¿Soldado qué esperas tú?
Tienes traje verde oliva
las cartucheras repletas
y un fusil.*

*En el surco muerde el hambre
tu padre de sol a sol,
tu madre cuenta remiendos
entre bahareques de amor.*

*Mientras tú cuidas los amos
en orden de tu deber
a tu madre y a tu padre
-soldado- los cuida quien?
Un himno y una bandera
te dicen la patria es.*

*Cielo arriba y tierra ajena
la patria no puede ser.
Por mas que te dieran botas
mírate viéndote ayer:
de niño ni una cartilla
ni una alpargata a tus pies.*

*Si tienes mañana un hijo
y esto no encuentra al revés,
carajo! La culpa es tuya
ya que lo puedes hacer.
Soldado que esperas tu?
Tienes traje verde oliva
las cartucheras repletas
y un fusil.*

*Gustavo Cote Uribe
Mayo 1963 (Cote, 1970, 72)*

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Con el fin de indagar por el papel que el derecho penal cumplió durante la Violencia en Colombia (1948-1966), haremos en primer lugar una serie de precisiones teóricas con relación al derecho penal como mecanismo de control social y la forma como se conectan la política criminal y la política social, en contextos en los que se busca, a través de la función punitiva, crear la base social necesaria para la vigencia real de las normas jurídicas, tal como ocurrió durante estos años con el sistema penal colombiano.

En este sentido, lo primero que debemos tener en cuenta es que las personas vivimos necesariamente en contacto permanente con otros individuos, contacto que es por naturaleza problemático puesto que debemos renunciar a una buena parte de nuestros impulsos instintivos a cambio de que la comunidad nos brinde las condiciones adecuadas para satisfacer nuestras necesidades. Para esto se crean normas que suponen procesos de comunicación bajo el código de expectativas mediante las cuales se definen modelos de contacto social que permiten coordinar comportamientos. Ante el incumplimiento de alguna de estas expectativas normativas, el Estado reacciona mediante una sanción como expresión de violencia “legítima”.¹

Estas normas tienen un carácter contrafáctico, es decir que cuando

una expectativa social, reconocida como tal en una norma jurídica, se incumple, su vigencia no se ve afectada sino que por el contrario, gracias a la sanción, ella y la necesidad de la misma, resultan confirmadas.⁸ De acuerdo con esto, el fin principal de la pena consiste entonces en estabilizar la vigencia de las normas transgredidas con el delito (tal como lo ha explicado el funcionalismo al privilegiar el análisis del derecho penal desde el plano normativo sobre el plano cognitivo).⁹

Estas sanciones son de dos niveles: un nivel social y un nivel jurídico, dependiendo de su complejidad e institucionalización. “Tanto el orden social como el jurídico se presentan como un medio de represión del individuo, y, por tanto, como un medio violento, justificado solo en tanto sea un medio necesario para posibilitar la convivencia” (Muñoz, 2004, 13).¹⁰

No obstante, también es importante la función de motivación (prevención general positiva) de la sanción penal advertida por otros sectores de la doctrina,¹¹ ya que en la sociedad se producen una serie de procesos psicológicos denominados *procesos de motivación*, que ayudan a consolidar los parámetros de comportamiento socialmente aceptados. Para explicar esto, Muñoz Conde retoma lo dicho por Gimbernat Ordeig sobre la importancia del psicoanálisis para el derecho penal, y se remite a los planteamientos de Freud, al afirmar que el derecho hace parte de los factores sociales que influyen en la formación del super-yo, pues la pena es el principal medio de coacción jurídica y, por lo tanto, de motivación en el sistema jurídico, en un primer momento a nivel general (con la amenaza de pena) y, posteriormente, a nivel individual (con la imposición de la sanción).

En consecuencia, encontramos que los conflictos sociales surgen de la colisión entre diversos sistemas de valores y formas de motivación que pueden confluir en una misma sociedad. “No existe, pues, una contraposición individuo-sociedad, sino una contraposición entre distintos sistemas sociales que inciden sobre el comportamiento del individuo” (Muñoz, 2004, 24).

Por lo anterior, para estabilizar el cumplimiento de las expectativas normativas es indispensable el control social, ya que de lo contrario la sociedad no podría subsistir. Sin embargo, no podemos perder de vista que el derecho penal no es sino una parte pequeña, aunque bastante agresiva y dramática, de las diferentes instancias de control social. De hecho, se podría afirmar que es una última instancia, por encima de las demás formas de

control, como lo son la familia, la escuela, la religión e incluso otras ramas del derecho. Por esta razón, el derecho penal no puede ser ajeno a la escala de valores socialmente aceptada y promovida por la demás instancias de control.

“Un derecho penal sin esa base social previa sería tan ineficaz como insoportable, y quedaría vacío de contenido o constituiría la típica expresión de un derecho penal puramente represivo, que solo tendría eficacia como instrumento de terror” (Muñoz, 2004, 29). El conocimiento y respeto por las expectativas normativas se adquiere, antes que por parámetros jurídicos, por parámetros sociales. Sin embargo, estos parámetros en ocasiones son divergentes, y es común observar sistemas de valores diversos en sociedades desiguales (clasistas) y excluyentes en donde surgen confrontaciones entre los sistemas hegemónicos y los que no lo son (situación anómica).¹² Por lo tanto, el derecho penal necesita de la función motivadora de los demás mecanismos de control social y viceversa.

En este orden de ideas, el Estado define una serie de políticas que en teoría se deben manifestar en la normatividad punitiva y en la aplicación que de ella realicen los jueces. No obstante, debido a la complejidad social que envuelven los distintos fenómenos delictivos, la represión a través de la sanción penal no parece ser el único mecanismo, y tal vez tampoco el más conveniente, para prevenir los comportamientos que se consideran socialmente dañosos.

Podemos afirmar con Baratta que la política criminal debe ser en cierta medida el género, mientras que la política penal debe ser la especie.¹³ Esto sugiere que la única manera de prevenir la comisión de delitos y de paliar las consecuencias de los que se cometan, no se reduce solamente a la sanción penal, sino que ésta es tan sólo una parte de los diferentes medios que componen la política criminal. En otras palabras, la base social que permite la validez y vigencia del derecho no puede construirse a partir de la represión punitiva. El Estado debe recurrir a otro tipo de mecanismos sin ignorar los demás medios de control social, tanto formales como informales, para lograr la convivencia pacífica. Entran entonces en una estrecha relación los conceptos de política criminal y política social.¹⁴

Lo anterior adquiere una complejidad mayúscula cuando la política criminal del Estado se ve envuelta en un contexto de alta conflictividad social y política, en la que debe “lidiar” de alguna manera con actores

colectivos armados, al tiempo que con el exceso en el uso de la fuerza por parte de los propios agentes del Estado. Así, en situaciones de conflicto se aprecian problemáticas sociales de las cuales la confrontación armada es tan sólo una expresión. El Estado pues debe actuar más allá de lo que indican los síntomas a través de lo penal, puesto que confrontar la violencia organizada y la oposición violenta únicamente o privilegiando el ejercicio del poder punitivo, expande la política penal y la confunde completamente con la política criminal, en perjuicio de otro tipo de estrategias más afines a los problemas que subyacen al conflicto, dejándolos intactos o incluso agravándolos.

Cuando esto sucede el concepto de política criminal entra en relación con el concepto de seguridad, y adquiere una connotación bastante problemática debido a que en esta dinámica toma un matiz ideológico. La ideología funciona maquillando los efectos y connotaciones reales de las políticas estatales a través de un concepto metafórico e incompleto (“seguridad” y “eficiencia” han cumplido alternativamente este papel), con el cual se seleccionan algunos lugares geográficos y algunos delitos para realizar promesas que tienden a legitimar una forma de ser específica del sistema. Aunque en realidad no se logre con ella la protección real de los derechos que en el discurso político justifican su existencia (Baratta, 1998, 26-28).

De manera que para reflexionar sobre el papel que la política criminal y el derecho penal desempeñan en situaciones de conflicto o guerra interna (como por ejemplo en el periodo que en la historia de Colombia ha sido denominado “la Violencia”), tenemos que preguntarnos por la relación entre la violencia y el derecho, para señalar cómo el sistema jurídico es moldeado en función de las necesidades mediáticas de la guerra al adquirir proporciones que exceden su propia racionalidad y que resultan justificadas con discursos ideológicos que desconocen las dimensiones social y política del conflicto, al tiempo que esconden los efectos adversos que con esto se producen.

Así pues, en esta parte del trabajo pretendemos llamar la atención sobre el vínculo necesario que une al derecho con el ejercicio de la violencia, lo que lleva al sistema jurídico a situaciones bastante paradójicas que se exacerban en situaciones extremas. Ante este tipo de coyunturas, el derecho se vale de la fuerza para contrarrestar fenómenos que también constituyen acciones