

Capítulo primero

Macrocriminalidad y función penal en lógica transicional: aportes posibles del derecho penal a las garantías de no repetición

Alejandro Aponte Cardona¹

Resumen

El presente trabajo adelanta una propuesta para comprender en un sentido renovado, la función del derecho penal en lógica transicional. Se trata de la construcción de relatos, por parte del derecho penal, en función de la creación de auténticos escenarios de no repetición. La función de la pena se traslada, desde una lógica puramente punitiva, carcelaria y retributiva, a la función de creación de relatos articulados, serios, consistentes con lo fáctico, en función de la creación igualmente, de auténticos escenarios de no repetición de aquellas conductas que justamente, en esta nueva dimensión de construcción de relatos, fueron materia de los mismos.

En la medida en que el derecho penal pueda adelantar esta construcción de casos especialmente representativos, en los que confluyan elementos fundamentales, como el tipo de delitos, el tipo de víctimas, los escenarios regionales, el tipo de aparato que los cometió, puede constituir un aporte a

¹ Director del departamento de Derecho Penal y Justicia Transicional, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de La Sabana, Chía-Bogotá, Colombia. El presente trabajo se inscribe, además del proyecto que reúne los autores de este volumen, en la labor desarrollada por el autor en la línea de derecho penal internacional, del proyecto de investigación «interacción entre el derecho internacional y el derecho interno: modelos de adaptación e impacto recíproco», del Grupo de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana.

dinámicas de no repetición. Se trata de un claro mensaje: nunca más en este territorio y frente a estas víctimas, pueden volver a ocurrir estos hechos; así, el derecho penal, en conjunto con políticas de reparación, de dignificación de las víctimas, puede apoyar, como se dice, a la creación de garantías de no repetición. Se trata, además y por este mismo camino, de concebir el acuerdo de paz y sus piezas constitucionales y legales más relevantes, en el marco de un escenario renovado de la función político-criminal del derecho penal.

Palabras clave

Derecho penal, sentido de la pena, justicia transicional, garantías de no repetición.

Abstract

The present paper presents a proposal in order to understand, in a renewed manner, the role of criminal law in transitional logic. It refers to criminal law's construction of stories which seek the creation of authentic scenarios of non-repetition. The function of penalty translates from a purely punitive, incarceration and retributive logic, to the function of creating stories which are articulated, serious, and consistent with the facts, pursuing equally, the creation of authentic scenarios of non-repetition of those demeanors that, precisely in this new dimension of the construction of stories, were the subject of such scenarios.

Since criminal law can advance in this construction of particularly representative cases, in which fundamental elements meet, such as the type of crime, the type of victims, the regional scenarios, the type of apparatus that committed them, this can constitute a contribution to non-repetition dynamics. It is a clear message: never again in this territory and in front of these victims, can these events happen again. In this way, criminal law, together with reparation policies and the dignification of victims, can support the creation of guarantees of non-repetition. Furthermore, it is a mechanism for conceiving the peace agreement and its most important constitutional and legal pieces within the framework of a renewed scenario of the criminal and political function of criminal law.

Keywords

Criminal law, function of penalty, guarantees of non-repetition.

Introducción

El presente trabajo se ocupa de un tema que no es solo jurídico, sino que es profundamente filosófico y sociológico. Se trata de una de las discusiones más complejas que han acompañado al sistema penal desde sus orígenes y que se ha intensificado aún más, con el derecho penal moderno: la función de la pena; la misma idea del castigo, del sentido y límite del derecho penal. Se aclara, además, que el autor ha trabajado esta propuesta en diversos escenarios y ha venido madurando su tesis. Por ejemplo, en el contexto del proyecto conjunto sobre la «influencia de las víctimas en el tratamiento de la violencia colectiva» en los congresos efectuados en desarrollo de dicho proyecto, sobre todo en el encuentro final del mes de diciembre de 2016, se ventiló por varios autores y autoras, el tema de la función penal frente a la violación masiva de derechos humanos y del derecho internacional humanitario. En la publicación final hay aportes sobre el tema². El autor de este escrito, piensa los dilemas de la función penal frente a una paz posible, tanto en lógica transicional, como en general, de cara al papel del derecho penal en un contexto de posconflicto.

Se trata, pues, de un trabajo que, en lógica transicional y en el contexto del modelo transicional colombiano, indaga en el sentido de la pena que acompaña o que puede hacerlo, la implementación del modelo de justicia pactado como fruto del acuerdo firmado entre el gobierno y Estado colombiano, y las guerrillas de las FARC. Es, además, de un acuerdo que es implementado a través de las reformas constitucionales, y de la expedición de leyes y decretos. Cuando se habla del modelo transicional colombiano, no solo se hace referencia al modelo más actual surgido del acuerdo mencionado, sino que se refiere igualmente, en perspectiva, a la discusión generada desde el proceso especial de Justicia y Paz y de sus lecciones aprendidas.

Así, se postula la tesis fundamental del presente trabajo: se trata de replantear la función de la pena y del mismo derecho penal, en lógica transicional, pero que puede y debe ser pensada en una perspectiva incluso más amplia, de tal suerte que el derecho penal y la pena que se imponga en su ejercicio y desarrollo, deben ser concebidas más en función de la construcción de relatos para generar auténticos espacios de no repetición. Es decir, se trata de fundamentar una nueva función de la pena y del derecho penal, no restringida al punitivismo retribucionista, o a un ideal instrumental de prevención general, sino de impulsar un modelo que, a partir de un cambio en la comprensión de sus propios límites, sirva para construir o elaborar relatos

² Se hace referencia aquí al proyecto: «La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva» (DER2013-43760-R), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y el cual ha sido liderado por la profesora Alicia Gil, el Instituto Universitario Gutiérrez Mellado y su director Miguel Requena. Los resultados han sido publicados en el libro que lleva el mismo título, y que ha sido editado en el mes de junio en Madrid por la editorial Dikynson.

sobre los crímenes ocurridos, los responsables, las víctimas, los territorios, los tiempos, los terceros que los apoyaron, etc., todo ello en función de la creación de auténticos espacios de no repetición. Este hecho, además, en relación concreta con las víctimas, quienes son los sujetos por excelencia de las garantías de no repetición.

En el presente escrito, se plantean y estudian escenarios en los cuales es claramente perceptible y defendible la propuesta que se presenta. Así, por ejemplo, está presente de manera clara, en los casos auténticamente representativos, pero también, en la nueva visión de la lucha contra las drogas que, desde el cuarto acuerdo con las guerrillas de las FARC, representa un nuevo modelo en la lucha contra este flagelo o, siendo esto fundamental, se representa también en la perspectiva descriminalizante de la protesta social, que introduce hoy la Ley de Amnistía y que tenía en una directiva de la Fiscalía General de la Nación del año 2015, una dirección clara. Son todos aportes a una renovada función del derecho penal y, sobre todo, en la perspectiva de una paz posible. Se aclara, finalmente, que en el trabajo se hace recuento de hechos históricos, necesarios para que el público extranjero, tenga elementos de juicio y de contexto para valorar las tesis que se plantean.

Los límites del derecho penal frente a la macrocriminalidad

Tal como se aclaró en la presentación, cuando se hace referencia aquí al modelo transicional, no se restringe ello únicamente al actual modelo desarrollado a partir del acuerdo con las guerrillas de las FARC. Es un modelo que comenzó a forjarse de forma paralela a la expedición de la denominada Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005), legislación con base en la cual fueron desmovilizados miembros de grupos paramilitares, comprometidos en la comisión de los más graves crímenes internacionales, cometidos especialmente contra civiles indefensos.

En el periodo comprendido entre la propuesta del gobierno de entonces, denominada de «alternatividad penal», hacia el año 2003, basada en una absoluta alternatividad para dichos miembros, sin castigo penal efectivo, y la expedición de la Ley que sí contempló una pena entre cinco y ocho años de cárcel con una serie de condiciones, puede decirse que entró en escena la discusión sobre justicia transicional en el país. Luego de que el presidente de entonces, presentó su proyecto de alternatividad a Naciones Unidas, donde fue criticado severamente por los beneficios que otorgaba y que lo obligó a replantear su proyecto legislativo que amparaba la desmovilización, se generó con ello una rica discusión en la comunidad jurídica y, en especial, en el Parlamento colombiano, en el cual tuvo lugar la presentación de innumerables proyectos de ley³.

³ El autor de este escrito, se ocupó en su momento de la reconstrucción de este proceso de configuración de la ley, y de los debates arduos y fundamentales que tuvieron lugar.

Por primera vez en el país, se hizo referencia la triada, verdad, justicia y reparación. (Se aclara que en esa época, cuando se hacía referencia a escenarios de no repetición, se hacía en el contexto de la reparación. Hoy tenemos una terna ampliada, por decirlo así, de tal suerte que a los componentes tradicionales de verdad, justicia y reparación, se agrega de manera fundamental, las garantías de no repetición). De hecho, por ejemplo, el acto legislativo 1 del 4 de abril de 2017, que concreta el acuerdo 5 del Estado y las guerrillas, «por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones», regula, en el primer capítulo, el «Sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición». Es ya una posición común, entender la función de la no repetición de manera independiente y con una finalidad específica (véase, a propósito, en este volumen, el trabajo de Diana Dajer).

Así, con la expedición de la Ley de Justicia y Paz, entra en la comunidad jurídica el debate sobre justicia transicional y sobre la función de la pena frente a la comisión de miles de conductas constitutivas de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. En un lenguaje más propio del derecho penal y más actual: conductas que constituyen crímenes internacionales.

En desarrollo del proceso especial de Justicia y Paz, los fiscales y luego todos los operadores del sistema, comenzaron a trabajar desde un principio, dando cuenta del último hecho y del último responsable y, en poco tiempo, tanto fiscales, como jueces, procuradores y defensores públicos, se vieron abocados a una realidad incuestionable: la masividad de hechos y autores, hacía imposible avanzar con un modelo de derecho penal que pretendía investigar y sancionar hasta la última conducta y al último responsable. Así, de manera generalizada, los fiscales hacían referencia a la imposibilidad fáctica de avanzar en el proceso y al fantasma del colapso, si se persistía en una lógica investigativa tradicional.

Masividad de crímenes y límites del derecho penal: la angustia de los operadores de un sistema penal tradicional

En relación con el proceso de Justicia y Paz, el fantasma del colapso se hacía cada vez más evidente y el sistema tenía que reaccionar. Hacia los años 2010 y 2011, entraba en debate público, la necesidad de tomar medidas urgentes, y se habló por primera vez en el país, de manera reiterada, de la necesidad de priorizar, de introducir estrategias de selección de casos, basada en una

Ver, al respecto, APONTE, Alejandro, «Estatuto de Roma y procesos de paz: reflexiones alrededor del "proyecto de alternatividad penal en el caso colombiano"», en: APONTE, Alejandro, «Derecho Penal Internacional. Textos escogidos», Volumen II, editorial Ibáñez, Bogotá, 2014, pp. 176-214.

estrategia razonable y racional, apuntalada sobre los dictados del principio de realidad.

El autor de este escrito, hacia el año de expedición y de implementación de la Ley de Justicia y Paz, se desempeñaba como director del área de justicia del observatorio internacional de la Ley de Justicia y Paz, proyecto liderado por el CITpax- Madrid y su oficina en Colombia. En desarrollo de esa labor, el equipo de trabajo cubrió numerosas diligencias de versión libre en las cuales los paramilitares narraban los innumerables crímenes cometidos, los lugares, los contextos, las víctimas..., las alianzas de todo tipo, adelantadas con funcionarios estatales.

Un hecho narrado por una fiscal especialmente diligente y aguda, que laboró en la entonces Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación, reflejaba una angustia en los operadores, que inducía y obligaba a repensar el modelo con el cual comenzó su labor el sistema creado en ese momento. En efecto, los fiscales comenzaron a trabajar desde un principio, dando cuenta del último hecho y del último responsable y, en poco tiempo, tanto ellos como los jueces, procuradores y defensores públicos, se vieron abocados a una realidad incuestionable: la masividad de hechos y autores, hacía imposible avanzar con un modelo de derecho penal que pretendía investigar y sancionar hasta la última conducta y el último responsable. Así, la fiscal en cuestión, personalmente, expresó su angustia al autor de este escrito, hecho que se toma en este contexto con un sentido más general: «Tengo alrededor de cien casos documentados. Todos ellos con decenas de víctimas. He avanzado en unos veinte casos y me faltan ochenta por documentar bien. Las víctimas de los primeros me presionan para seguir y las víctimas de los que me faltan me presionan. No sé qué hacer».

Pero, en medio de esta angustia, una cosa era evidente y tenía un sentido muy positivo: la cantidad de información que los operadores pudieron acopiar, relacionada con la forma de operar de los grupos, sus alianzas, los crímenes cometidos, los contextos, era monumental y debía permitir la reconstrucción, no solo de la comisión de hechos individuales, sino de la comisión de conductas propias de verdaderos aparatos criminales. Se trataba de información fundamental que debía ser repensada en función de las garantías de no repetición, justo para que dichos hechos no volviesen a ocurrir. Se abría paso, a partir de la realidad fáctica, la necesidad de repensar el modelo tradicional de investigación y sanción de la macrocriminalidad; se trata así entonces, mejor, de ilustrar no tanto la comisión de crímenes por parte de individuos, sino por verdaderos aparatos que actuaban durante años, sobre diversos territorios, cometiendo toda clase de crímenes y contra la mayor diversidad de víctimas.

A pesar de los dictados del principio de realidad, los debates respecto de la posibilidad de priorizar o seleccionar, fueron arduos, pues en algunos sectores se hizo referencia a la posible impunidad del sistema, si se adoptaba dicha estrategia.

Límites del derecho penal y el fantasma de una posible impunidad

Era una reacción que parecía lógica, pues, además, desde los sistemas de protección de derechos humanos, con base en experiencias previas claramente marcadas por la falta de sanción de actores involucrados en graves crímenes, parecía establecerse el supuesto de que la obligación de investigación y sanción de violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, era absoluta y los Estados debían cumplirla frente a la totalidad de hechos y de responsables. Hoy, esta premisa ya no constituye una verdad incuestionable y la comunidad jurídica entiende que se trata de un deber estatal que puede y debe ser valorado en función de otros supuestos esenciales, como es el caso de la búsqueda de una paz posible.

De esta forma, hacia el año 2012, con base en supuestos fácticos incuestionables y con base en una agenda que colocaba la persecución penal nacional de crímenes internacionales en la primera línea, el fiscal general de aquel entonces, apuntaló su administración sobre la base de la necesidad de priorizar y de avanzar así en la verdadera ilustración de los casos más complejos y de los más grandes responsables. Nació de esta forma la estrategia de priorización de ese año, que fue el punto de partida de una reforma estructural de la Fiscalía General de la Nación que, además, llevaba necesariamente implícita una nueva forma de concebir la función del derecho penal en lógica transicional y frente a la macrocriminalidad. Se trató de la concepción y creación de la estrategia de priorización. Pero, además, esta estrategia introdujo un lenguaje que hoy, como se verá, está presente en la Constitución y los dictados de la ley.

La estrategia de priorización de la Fiscalía General de la Nación: una gran apuesta por reducir complejidad

La estrategia de priorización, contenida en la directiva 001 de 2012 de la Fiscalía General de la Nación fue, como se dice, una respuesta institucional que, en los años siguientes, adquiriría un rango constitucional y legal; es decir, hoy hace parte del lenguaje y de la normativa institucional del país⁴. La directiva y la estrategia, presentaron al debate público los criterios subjetivos, objetivos, los criterios complementarios. Presentó la noción de *contexto* en un lenguaje renovado y diferente, con alcances institucionales⁵. Para ello

⁴ Se trató de la Directiva «por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación» disponible en el link: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Directiva-N%C2%B0-0001-del-4-de-octubre-de-2012.pdf>

⁵ Para una reconstrucción del proceso de elaboración de la estrategia, ver: Fiscalía General de la Nación. La priorización. Memorias de los talles para la construcción de los

se creó la Unidad Nacional de Análisis y Contextos, (DINAC), hoy denominada Dirección Nacional de Análisis y Contextos.

Se produjo entonces una reestructuración compleja y completa, del aparato investigativo. La noción de máximo responsable, los criterios de selección y, particularmente los criterios de priorización en conjunto, incluso derivaciones actuales como la noción de «participación determinante», conforman un renovado lenguaje, que ya hace parte del uso común en Colombia.

Además, es un lenguaje hoy de carácter constitucional, con la consagración en su momento, también en el año 2012, del denominado «Marco Jurídico para la Paz», asentado de hecho sobre el lenguaje de la priorización. Estableció así en su momento, el Acto Legislativo No. 1 de 2012 sobre el artículo transitorio 66 de la Constitución Política:

«Tanto los criterios de priorización como los de selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional. El Fiscal General de la Nación determinará criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal. Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno Nacional, podrá mediante ley estatutaria determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática...»⁶.

Luego, en el año 2012, fue incorporado dicho lenguaje que es, además, una metodología de trabajo, en la propia reforma a la Ley de Justicia y Paz. Así, se exigía a los operadores, centralizar los esfuerzos en función de criterios para acertar con base, no solo en los límites internos del derecho penal, sino con base en la limitación de los propios recursos humanos y económicos del sistema penal⁷.

criterios del nuevo sistema de investigación penal. Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/123719-Libro-de-priorizaci%C3%B3n-web.pdf>

⁶ Actualmente, este articulado normativo fue incluido y modificado en el artículo 3° del Acto Legislativo 001 de 2017, en tanto agrega que la competencia de la Fiscalía para determinar los criterios de priorización se dará «salvo en los asuntos que sean de competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz» y que la autorización de la renuncia condicionada a la persecución penal de algunos casos se debe dar «sin alterar lo establecido en el Acuerdo de creación de la JEP y en sus normas de desarrollo».

⁷ Esto se evidencia en la Ley 1592 de 2012, por medio de la cual se introducen modificaciones a la Ley 975 de 2005, cuyo primer artículo indica que el artículo 2° de la ley modificada señalará que el ámbito de la ley, interpretación y aplicación normativa de esa normativa se hará «aplicando criterios de priorización en la investigación y el juzgamiento de esas conductas».

La función esencial del criterio de representatividad

Para efectos de la exposición, un criterio de priorización y de selección, tiene un valor especial. Se trata del criterio de *representatividad*. Si bien es conocido como un criterio complementario y, a partir de ello, podría pensarse que es una especie de criterio con contenido e impacto menor, se trata de un criterio fundamental y que hoy se erige incluso como un criterio básico contenido en la estructura de la Jurisdicción Especial para la Paz y en la Ley de Amnistía; es, de hecho hoy, al lado de la selección como presupuesto general y junto al criterio de gravedad, el criterio básico previsto para la actuación por ejemplo, de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, en la estructura concebida para la Jurisdicción Especial para la Paz; también de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, que como lo indica el primer inciso, del artículo transitorio 7° del Acto Legislativo 001 de 2017, «desarrollarán su trabajo conforme a criterios de priorización elaborados a partir de la gravedad y representatividad de los delitos y del grado de responsabilidad en los mismos»⁸.

Se trata, el criterio de representatividad, en consonancia por supuesto con el criterio de gravedad, de un criterio fundamental, además, en la medida en que se pueda asociar con otros criterios centrales, como son los criterios regionales por ejemplo y criterios asociados a las acciones cometidas y, por supuesto, al tipo de víctimas de conductas concretas. Así se construyen casos representativos con un valor fundamental. De esta forma, igualmente y en el contexto de este trabajo, se construyen casos cuyo impacto sea tan definitivo, que sirva realmente para crear espacios auténticos de no repetición. Esta es la propuesta que acompaña este escrito.

La desactivación de los aparatos criminales: una auténtica garantía de no repetición

No se trata de prurito simple de un caso emblemático o de un caso ejemplarizante. Se trata de ligar criterios y contenidos de verdad insoslayables, para construir casos tan complejos que revelen no la actuación de individuos, sino de verdaderos aparatos criminales; que dibujen los contextos que propiciaron la actuación macrocriminal en un entorno social, cultural y político concreto, en una región particular, por actores específicos y frente a víctimas también muy concretas. Su efecto real, no debe ser tan solo el de sancionar a los actores de los hechos, incluso a los máximos responsables o a quienes tuvieron participación determinante, sino y con ello, crear espa-

⁸ Así mismo, en el Acto Legislativo 001 de 2012, en el artículo 1° se indica que «(...) La ley estatutaria tendrá en cuenta la gravedad y representatividad de los casos para determinar los criterios de selección (...)».

cios auténticos para que la comunidad donde se actuó, pueda libremente y con presencia de un Estado que los proteja, apostar por la reconstrucción de las vidas de sus gentes; que sirva para reconocer la verdad de los hechos y así propiciar espacios de reconocimiento mutuo y de reconciliación. Lo más importante y este es el sentido de la no repetición con la que se trabaja en este texto: para que no se produzcan de nuevo los crímenes que más desarticulan el tejido social.

Por ello, además, uno de los efectos más concretos y por los cuales se debe trabajar denodadamente, es la desactivación de los aparatos macrocriminales. Es decir, si se tiene la ingente información de cómo actuaron, sus alianzas, sus protectores, el sistema penal, en esta lógica renovada que se propone, debe, en conjunto con las demás instancias estatales, desactivar efectivamente los aparatos. De lo contrario, no servirá su trabajo hacia el futuro.

El caso representativo

Un caso representativo, bien construido, debe aportar, en conjunto con dinámicas de reparación y de garantías de no-repetición, a un «nunca más», respecto de hechos terribles ocasionados por los actores de la guerra. Por ejemplo, el caso ya fallado en el contexto de Justicia y Paz, sobre los «niños del alemán», en referencia a la dinámica paramilitar de reclutamiento, agenciada de manera especial por Alias el alemán; en este caso, la documentación en detalle de esta práctica extendida de reclutamiento, es un ejemplo concreto de cómo se pueden construir relatos complejos, en función de dinámicas de no-repetición⁹. Esto, justo para que no se vuelva a repetir un fenómeno similar que desintegra una comunidad.

En este sentido, casos documentados sobre reclutamiento de indígenas o de personas de comunidades afro, constituyen otro tipo de casos emblemáticos, en la medida en que se devela la práctica completa, sus móviles, la política general, los lugares, los responsables, la duración de la misma. Por ello, un caso auténticamente representativo es un caso en el cual, como se dice, deben confluír los más variados criterios. También casos crueles de agentes del Estado que asesinaron civiles para presentarlos como «positivos» en la guerra, pueden y deben ser documentados en una perspectiva indicada; por supuesto, en estos caso, no se trata de sancionar simplemente a quienes materializaron las conductas, sino de desvelar también las políticas, los entornos, las alianzas, los que encubrieron los hechos, etc. Es un auténtico ejercicio de hallar verdades, más allá de lo más evidente que son los asesinatos mismos.

⁹ Véase, por contener una secuencia detallada de sentencias contra este jefe paramilitar, la providencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, contra Freddy Rendón Herrera, con radicado No. 38222.

Otro ejemplo muy crítico que, al igual que el reclutamiento y que en muchos contextos, se liga de hecho al desplazamiento forzado y al reclutamiento, son los casos de agresiones sexuales en conflicto armado, práctica en la cual han incurrido todos los actores del conflicto armado interno, sin excepción. Prácticas de aborto forzado, de desnudez forzada en persona protegida, de agresión contra miembros de comunidades LGTBI, de agresiones sexuales producidas por agentes del Estado, con absoluta impunidad; casos donde confluyen no solo el aspecto puramente sexual, sino el desprecio por la diversidad y las opciones sexuales, son casos que, bien documentados, deben ilustrar prácticas culturales, códigos machistas, discriminativos, prácticas deleznable que no se pueden repetir.

En este sentido, igualmente, casos documentados, en los cuales por ejemplo, en la Costa Norte del país, jefes paramilitares recogían mujeres muy jóvenes, indígenas muchas de ellas, y las convertían en esposas por la fuerza, es decir, casos claros de matrimonio servil, como crimen de guerra, su ilustración debe desvelar estas prácticas en función de la no repetición; de la creación de entornos respetuosos de la decisión de la mujer sobre su sexualidad. De la misma forma, políticas de algunos frentes guerrilleros, de abortos forzados o de esterilización, son prácticas que necesariamente ilustrarían casos representativos.

Así, entonces, el caso representativo no es aquel que se disuelve en responsabilidades individuales, sino que constituye una auténtica fotografía de lo sucedido. Por eso son representativos. Además, un caso ilustrativo, en el cual confluyan diversas víctimas, es un caso que, bien construido, puede crear identificaciones de decenas de víctimas que por las más diversas razones, sus casos no pudieron ser reconstruidos. Ello es común en casos de agresiones sexuales, en los cuales es muy difícil reconstruir hechos en el tiempo.

Verdad y poder: el juez como constructor de contradiscursos frente a los discursos criminales

Hay, como se ve, una dimensión de verdad en esta función de la pena que se impulsa en este escrito. Pero no se trata de una especie de competencia por ejemplo con la función de una comisión de la verdad; es complementaria, deben actuar en conjunto. En todo caso, un aspecto central de la tesis que aquí se propone, es que permite a los fiscales y jueces, elaborar contradiscursos, elaborar relatos que sirvan para contrastar justamente discursos excluyentes, discriminativos; igualmente, discursos que justificaron la muerte de civiles, a partir del uso de un lenguaje deshumanizante.

En el proceso especial de Justicia y Paz, se ventilaron al principio, sobre todo, casos en los cuales se narraron hechos de paramilitares, y en cuya narración, se usaba el lenguaje como técnica racionalizada de justificación

de las muertes y de los crímenes en general: «a ese lo matamos por sapo»; esa era la «moza del guerrillero y la matamos por puta»; «eran desechables que daban información al enemigo», fueron expresiones utilizadas recurrentemente¹⁰.

Este lenguaje que operó, como lo ha llamado la criminología crítica, como *técnicas de neutralización*, debe ser contrastado con un relato construido en función de la humanización, de la negación de las técnicas racionales de deshumanización usada por los criminales. El juez arrebató así al criminal el discurso racional de justificación de las muertes y le antepone un relato complejo de realidades incluso ocultas que han subyacente a los crímenes. No olvidemos siempre el gran legado de Michel Foucault, en su magnífico trabajo sobre la verdad y las formas jurídicas que, siguiendo a Nietzsche, establece una premisa incuestionable: a la construcción de la verdad, subyacen siempre formas, incluso ocultas, de poder, que son la que le dan sentido y realidad en un tiempo y lugar, a un contenido de «verdad» que se impone. Dice, de manera clara, el filósofo del poder:

«Solo puede haber ciertos tipos de sujetos de conocimiento, órdenes de verdad, dominios de saber, a partir de las condiciones políticas, que son como el suelo en que se forman el sujeto, los dominios del saber y las relaciones con la verdad»¹¹.

Lo más importante: a la verdad subyacen ante todo relaciones de poder. Así, el juez entra entonces a participar en la competencia discursiva y social por la construcción de la verdad, y su papel en la construcción de relatos, como aquí se propone, puede y debe ser fundamental en esta competencia que hoy es feroz en el país.

Convergencia de nuevas dogmáticas frente a las exigencias del derecho penal en lógica transicional

Cuando se habla aquí de construcción de contextos, de construcción de relatos, de hallazgo y comprobación de móviles y patrones, ello entraña, no solo una transformación institucional por ejemplo de la Fiscalía General de la Nación o del trabajo de jueces, sino que entraña una transformación cul-

¹⁰ El autor de este escrito, como director del área de justicia del observatorio internacional de la Ley de Justicia y Paz, del CITpax Colombia, tuvo la oportunidad de cubrir con su equipo numerosas diligencias de versión libre, en las cuales se confesaban las conductas y presencié el uso de epítetos y formas de lenguaje de descalificación del otro, de las víctimas; incluso, muchas de las alusiones, se hacían de manera inconsciente. Ver, al respecto, primer informe del área de justicia del observatorio Internacional de la Ley de Justicia y Paz, y ver el aparte referido a las técnicas de neutralización. Ver, al respecto, APONTE, Alejandro, director, área de justicia, primer informe. Disponible en: <http://www.citpaxobservatorio.org/index.php/justicia>

¹¹ FOUCAULT, Michel, primera conferencia que compone el libro, «La verdad y las formas jurídicas», Gedisa editorial, 2001, Barcelona, p. 32.

tural profunda. Ello requiere tiempo, pero debe avanzar; los fiscales, jueces, procuradores, no pueden seguir pensando en modelos tradicionales de atribución de responsabilidad, en fórmulas de imputación sin consecuencias reales y que solo delimitan responsabilidades individuales, perdiendo de vista la actuación macro de los aparatos criminales. Una sentencia contra un individuo, solo tiene sentido, si ella constituye un mapa de la actuación del grupo.

El sistema penal avanza en esta perspectiva, así como surgen nuevos aportes en la discusión doctrinal. Así, por ejemplo, modelos de imputación como el denominado modelo de la «doble imputación», apenas en una etapa inicial en el país, constituye un esfuerzo que bien definido, puede aportar en la dirección propuesta en este trabajo.

Doble imputación y fotografía de la actuación macrocriminal

A continuación, se hará una referencia corta al modelo, en función de la tesis central aportada en este escrito. En el origen de la discusión en Colombia, hay que situar la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional, que abordó la constitucionalidad del Marco Jurídico para la Paz y concibió, por ejemplo, la noción de máximo responsable, en relación con la manifestación fenomenológica que adopta el delito de sistema¹².

Lo novedoso de la sentencia de la Corte Constitucional radica en sujetar la figura de máximo responsable a las *estructuras de doble imputación*. Esto último, a pesar de que la misma Corte no aclara ni desarrolla los contenidos de esta teoría. Tan solo establece lo siguiente:

«Este concepto está relacionado con la doble imputación que implica todo crimen internacional, en el cual no solamente se investiga el *hecho individual* (imputación individual) sino también el hecho total ("*Gesamtat*") que describe el respectivo contexto colectivo de comisión (imputación colectiva)».

El concepto mismo, fue puesto en la escena nacional por el entonces fiscal general de la Nación, Eduardo Montealegre, en el *IX Conversatorio de la Jurisdicción Constitucional de Colombia «Diálogo Constitucional por la Paz»*, en el cual expuso los lineamientos generales de la teoría de doble imputación. De acuerdo con esta postura, lo esencial de la teoría radicaría en el supuesto de que el hecho individual delictivo (delitos individuales que adquieren, por ejemplo, no solo en su momento en el marco para la paz, sino de manera

¹² En el aparte relevante, la Corte alcanza esta conclusión que la explica de la siguiente forma: «Por lo anterior, el concepto de máximo responsable no puede identificarse necesariamente con un autor excluyendo a los partícipes, ni con el autor de un delito agravado, ni con un líder, sino que depende de la estructura misma de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra y está relacionada con el concepto de macrocriminalidad para desmembrar la estructura organizada». Corte Constitucional, sentencia C-579 de 2013, MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, aparte 8.3.2.

general, connotación de crimen de lesa humanidad, crimen de guerra, o genocidio), debe imputarse al hecho total (*Gesamttat*) de la organización, considerado como delito de sistema. Definido el hecho total de la organización, procede su imputación a los máximos responsables o a personas que ejercieron —a manera de rol esencial— la dirección y control del aparato, o que están vinculados por actividades de financiación (v.gr narcotráfico o terceros civiles involucrados) del aparato macrocriminal.

Se advierte, como se ve, que se trata de una figura con un desarrollo nacional e incluso internacional, apenas incipiente y que debe ser abordada con todas las precauciones y teniendo en cuenta las implicaciones que ella puede ocasionar. Se encuentra situada, además, y por sus propios fines, en las fronteras entre la política criminal, los desarrollos internacionales, la lógica transicional e, incluso, en las fronteras con figuras más próximas a la reparación. En ella confluyen, por decirlo así, varias dogmáticas: la dogmática de los derechos humanos y de la atribución de responsabilidad al Estado, una dogmática del derecho penal y una muy propia del derecho penal internacional, más relacionada siempre con la identificación del contexto, del ámbito contextual propio de los crímenes internacionales.

Así, por ejemplo, y haciendo referencia a los crímenes de guerra que, en el caso colombiano, constituyen la mayoría de los crímenes cometidos, el elemento contextual, que es el conflicto armado interno, hace que los hechos individuales (*Einzeltaten*), requieran, para efectos de imputación, un elemento contextual internacional que propicie el hallazgo mismo del «hecho total» o (*Gesamttat*).

Este elemento contextual adicional, permitiría la atribución de responsabilidad, no solo a los individuos aislados que cometieron crímenes, sino de aquellos responsables de los planes y políticas. Así, se requeriría, más,

«una perspectiva doble: primero, la perspectiva colectiva se centra en el *elemento contextual* perteneciente a todos los participantes; es decir, el contexto o la situación criminal objetiva supra-individual. En segundo lugar, este contexto puede ser imputado como un todo o en parte a los participantes individuales, mediante el empleo de reglas concretas de imputación...»¹³.

Por ello, a pesar de que la noción de hecho total, pueda interpretarse erróneamente como una especie de contexto general a partir del cual se pueden imputar todos los delitos a todos los actores y que por ello pueda ser aprovechada para impulsar modelos que expanden la responsabilidad, como es el caso de la «empresa criminal común» por ejemplo, su efecto político criminal es totalmente distinto.

¹³ AMBOS, Kai, «¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el derecho penal internacional? Fundamentos y formas». Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p. 75.

Es una fórmula de imputación más propia para detectar la responsabilidad del máximo responsable o, en el caso de terceros civiles que, como ha ocurrido en el caso colombiano y se ha ventilado con suficiencia en el caso de Justicia y Paz, han apoyado con recursos los aparatos criminales y han estado detrás de muchos de sus crímenes. Así lo establece, por ejemplo, el artículo 15 transitorio del Acto Legislativo 1 del 4 de abril de 2017, que se refiere a «aquellos terceros que hayan tenido una participación activa o determinante» en la comisión de delitos especialmente graves. Por su parte y en consecuencia, un número muy importante de miembros del grupo, puede y tiene que ser sujeto de políticas de beneficios penales o de amnistías o indultos. La atribución del hecho total de la organización a sus máximos responsables, permite la vinculación de los delitos individuales a primera vista inconexos y aislados, sin patrones comunes ni modos de ejecución criminal. Pero, una vez se obtiene la conjugación de los hechos particulares constitutivos del hecho total, se procede a identificar las responsabilidades penales individuales que correspondan. Con esa finalidad habrá de indagarse por el papel o rol del sujeto en la organización y su contribución al hecho total. Los máximos responsables serán penalmente responsables por las conductas constitutivas del hecho total; pero, además, no solo ellos, sino aquellos que tuvieron una participación determinante o aquellos que en todo caso, puedan tener una mayor responsabilidad.

Así, al no ser una fórmula de atribución indiscriminada y totalizante de responsabilidad, debe operar como una construcción metodológica que, a manera de un mapa o de una fotografía de los hechos ocurridos, pueda unirlos en un contexto racional, serio, acorde con el *modus operandi* de los grupos y siempre conscientes de las falencias de modelos de atribución penal a menos individuos, por hechos aislados e inconexos. Si se aplica, debe aplicarse de manera fundada, acorde con estrategias de priorización y con los avances político-criminales, algunos de los cuales se hace reseña central en este trabajo.

Los límites del derecho penal de cara a la no repetición

Por supuesto que lo que se expone aquí, no pretende, en ningún caso, por otra vía diferente a la absolutización del deber de investigar y sancionar, expandir artificialmente los efectos del derecho penal. Es decir, el derecho penal, en una lógica diferente a la meramente punitiva, puede apoyar la creación de espacios de no repetición, pero no sustituye en ningún caso las políticas estatales dirigidas a la creación precisamente de garantías de no repetición. Por ejemplo, y como se verá en seguida, la visión renovada de la lucha contra las drogas ilícitas, constituye un paso fundamental hacia una renovada función del derecho penal. Pero, y tal como lo establece el acuerdo cuarto con las guerrillas, el papel del derecho penal es residual; en esa visión renovada, deben confluír las más diversas instituciones, las más

diversas acciones estatales y los más diversos actores de la sociedad civil. Debe operar una auténtica confluencia de las políticas públicas.

Otro ejemplo es tanto más ilustrativo: tal como se estudiará al final de este escrito, el tratamiento de la protesta social, que establece la Ley de Amnistía, en el sentido de descriminalizar la protesta, de defender del propio derecho penal a líderes sociales, a líderes del proceso de restitución de tierras, a líderes indígenas, etc., solo tiene sentido real si, simultáneamente, el Estado protege a los líderes que hoy están siendo asesinados. De lo contrario, el efecto del derecho penal será insuficiente, sin implicación real para la reconstrucción de tejido social. Este es el verdadero sentido de la no repetición.

El nuevo paradigma de la lucha contra las drogas ilícitas: hacia la confluencia necesaria de las políticas públicas

Cada uno de los acuerdos firmados entre el gobierno y el Estado, y las guerrillas de las FARC, contiene un catálogo de principios, ligados a una introducción o diagnóstico del problema. En este caso particular, en los supuestos iniciales, se considera «que la producción y comercialización de drogas ilícitas y las economías criminales han tenido graves efectos sobre la población colombiana, tanto en el campo como en la ciudad, afectando el goce y ejercicio de sus derechos y libertades, y que las mujeres y jóvenes han sido afectados de forma particular por estas economías criminales». Y atendiendo al hecho de que, igualmente, «el cultivo, la producción y comercialización también han atravesado, alimentado y financiado el conflicto interno», se debe plantear una política diversa a la tradicional en la lucha contra las drogas ilícitas¹⁴.

Luego, respecto de un nuevo sentido humanizante y humanizador que comporta el tratamiento del narcotráfico y, en general, de las drogas ilícitas, el punto 4.1.3.6 que se refiere al «Plan de atención inmediata y desarrollo de proyectos productivos» y establece una serie de beneficios y garantías para las personas cultivadoras y sus familias que se comprometan con la sustitución y no resiembra, que incluyen asistencias alimentarias hasta por un año, establecimiento de huertas caseras y entrega de insumos con su respectivo acompañamiento técnico e inscripción a proyectos de generación de ingresos rápidos. Así mismo, contempla otros beneficios y garantías para la sociedad en general como guarderías para infantes en las zonas rurales, construcción y dotación de comedores escolares, etc. (Página 113 del acuerdo final).

¹⁴ Gobierno de Colombia-FARC-EP, acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, (acuerdo final del 24.11. 2016), versión en PDF tomada de la página: www.mesadeconversaciones.com.co/ p. 98.

De conformidad con los mismos principios, el acuerdo establece lo siguiente: Así, en consecuencia, el acuerdo propone (punto 4.1.3.4, página 108 del acuerdo final), un «tratamiento penal diferencial» que consiste en «renunciar al ejercicio de la acción penal contra los pequeños agricultores que estén o hayan estado vinculados con el cultivo de cultivos de uso ilícito cuando, dentro de un término de 2 años, contados a partir de la entrada en vigencia de la nueva norma, manifiesten formalmente ante las autoridades competentes, su decisión de renunciar a cultivar o mantener los cultivos de uso ilícito»¹⁵.

De una visión punitivista y militarista del problema de las drogas, a una visión humanizadora

De esta manera y respecto de la respuesta propiamente jurídico-penal, lo más interesante es el cambio del paradigma: se desea transitar, de una visión punitivista a una visión humanista. Dice el acuerdo entonces, que habrá un «tratamiento penal diferencial». Ello, «a partir de una visión integral». Así, este establece, que el «gobierno se compromete a tramitar los ajustes normativos necesarios que permitan renunciar al ejercicio de la acción penal o proceder con la extinción de la acción penal contra los pequeños agricultores y agricultoras que están o hayan estado vinculados» a los cultivos ilícitos. Es una deposición que nunca ha tenido lugar en el caso colombiano y que refleja el cambio de paradigma que, ligado al tema de la paz, hunde sus raíces más profundas en respuesta al tratamiento que tradicionalmente se le ha dado al problema de las drogas.

En efecto, a lo largo de años, de décadas, sobre todo a partir de la década del ochenta, en el siglo pasado, el problema general del narcotráfico en el país, ha sido abordado con un énfasis militar, policivo y, ante todo, punitivo. De hecho, además y como lo ha estudiado el autor en diversos trabajos, el derecho penal de enemigo, como un derecho político-instrumental y como mecanismo privilegiado para afrontar todo tipo de problemas de carácter social, económico y político, ha sido el instrumento precisamente privilegiado para afrontar el narcotráfico como fenómeno que excede el ámbito punitivo y militar¹⁶.

Además, si una de las características principales de este derecho penal político-instrumental, es la indiferenciación de la respuesta punitiva, de tal suerte que no se diferencia entre los distintos eslabones del narcotráfico, dicha característica ha sido clara, en este caso y, en consecuencia, el tratamiento meramente militar y punitivo, ha traído el mayor impacto y las mayores consecuencias, en aquellos eslabones más frágiles del negocio del narcotráfico,

¹⁵ Ibídem, p. 108.

¹⁶ Ver, al respecto, el trabajo de APONTE, Alejandro «Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo en el caso colombiano», primera edición, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2006, capítulo II, C.

como es el caso de los campesinos cultivadores, de aquellos que incluso expenden drogas y no son grandes narcotraficantes; no siempre han sido precisamente los grandes capos los efectivamente perseguidos y judicializados. Cuando lo han sido, igualmente, el tratamiento expansivo penal, en todo caso, ha generado consecuencias nefastas para quienes ocupan un eslabón menor en la cadena de la producción y el consumo de las drogas ilícitas. Hoy existe una mirada diferente, que se expresa incluso en políticas que han sido muy recientemente presentadas, como es la «estrategia integral de sustitución de cultivos ilícitos», Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos, anunciadas por el gobierno el día 22 de septiembre del año 2015.

Es por ello que, en desarrollo de políticas estatales que surgen hoy y que están en línea directa con el acuerdo firmado con las guerrillas, también se preserva el componente penal, pero quiere concebirse este de manera mucho más acorde con el fenómeno del narcotráfico, es decir, el aspecto punitivo estará más ligado, tal como lo viene haciendo la Fiscalía y el sistema penal en conjunto, a la lucha contra los eslabones principales de la cadena del narcotráfico, al desmantelamiento de las bandas criminales, a la macrocriminalidad ligada más al lavado de activos, al testaferrato, a la corrupción; incluso la lucha está dirigida a contrarrestar de manera general la criminalidad organizada, que se nutre del narcotráfico, y no la persecución al campesino cultivador, al indígena que usa la hoja de coca de manera ancestral, al mero consumidor.

En este punto adquiere pleno sentido entonces, el tratamiento penal diferenciado que se dará a los agricultores de cultivos ilícitos. Además, se debe hacer referencia, al punto 4.3 del acuerdo, que trata de forma independiente el fenómeno de producción y comercialización de narcóticos y en el punto 4.3.1 se refiere a un plan de judicialización efectiva de cualquier organización o agrupación criminal relacionada con la producción y/o comercialización de drogas ilícitas. Dice así el punto:

«(...) el Gobierno Nacional pondrá en marcha una estrategia de política criminal, en forma paralela a la implementación de una estrategia integral de lucha contra la corrupción, que fortalezca y cualifique la presencia y efectividad institucional y concentre sus capacidades en la investigación, judicialización y sanción de los delitos asociados a cualquier organización o agrupación criminal relacionados con la producción y comercialización de drogas ilícitas, siempre considerando el tratamiento diferenciado que se debe dar a los campesinos y campesinas y pobladores rurales vinculados a la explotación de los cultivos de uso ilícito (pág. 108-109 punto 4.3.1)»¹⁷.

¹⁷ Gobierno de Colombia-FARC-EP, acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, (acuerdo final del 24.11. 2016), versión en PDF tomada de la página: www.mesadeconversaciones.com.co/ p. 120.

Se agregan, además, las más diversas políticas de lucha contra el gran narcotráfico. Por ejemplo, interdicción frente al uso de avionetas. Igualmente, Colombia tiene una legislación muy endurecida de extinción de dominio, que debe fortalecerse en este punto. Tiene que existir un trabajo coordinado y complementario entre las nuevas instituciones creadas por el acuerdo final y el de drogas específicamente y las instituciones ya existentes.

El tema especialmente crítico del consumo

Finalmente, se hace referencia a un aspecto esencial del acuerdo: el problema central del consumo. Es un hecho resaltado por el presidente de la República, en su intervención en el foro de UNGASS, celebrado entre el 19 y 21 de abril de 2016, así, dijo el mandatario: «El consumo de drogas es un problema de salud pública y como tal no amerita un tratamiento criminal». De esta forma, no habría razón alguna para enviar a un adicto a la cárcel. En todo caso, el presidente, hizo énfasis en que Colombia no está a favor de la legalización de las drogas, y que, en esta medida, seguirá esforzándose en atacar el crimen organizado, «sustituyendo los cultivos ilícitos por lícitos», entre otras estrategias.

Resulta crucial recordar que Santos se refirió directamente al proceso de paz, al mencionar que, «ahora mismo trabajamos para firmar una paz en nuestro país con grupos guerrilleros que han participado en la cadena del narcotráfico y para convertirlos en aliados para la erradicación de los cultivos ilícitos y la promoción de proyectos productivos alternativos»¹⁸.

Se trata de un aspecto esencial, que debe ser leído en función de todos los acuerdos que componen el acuerdo final: el punto de partida es el enfoque transversal de derechos que se le ha dado al acuerdo en general. Es aquí, en el tema del consumo, donde se puede extremar la tensión entre política social y política criminal.

La absorción de la política social por la política criminal: un error histórico

De esta forma, hay que evitar un hecho perverso que ha acompañado las políticas públicas relacionadas con el narcotráfico, aunque tiene un sentido general: se trata de la perversa *criminalización de la política social*. De conformidad con ello, el sujeto consumidor, no es en realidad concebido como sujeto de derechos, sino como objeto de intervención de la política social. Al serlo así, se interviene en él, más como un sujeto potencialmente peligroso

¹⁸ <http://webtv.un.org/meetings-events/watch/5th-plenary-meeting-30th-special-session-on-world-drug-problem-general-assembly/4856146598001> (Perú, Bolivia, Colombia, Chile, Nicaragua, El Salvador).

para su entorno, y no porque sea un sujeto que requiere de una intervención estatal coordinada, integral. La política social no puede convertirse en la continuación de la política criminal por otros medios. Esto es perverso: el sujeto termina siendo siempre visto como una especie de criminal en potencia y no como un sujeto de derechos. Hacer prevención no es solo cuidar el entorno social, de sujetos potencialmente peligrosos, sino de recuperarlos, de apoyarlos, de potenciar todo el entorno en función de los derechos de los individuos.

En función de esta política renovada y hoy necesaria, hay que tener en cuenta que, de otra parte, desde el año 1994, en virtud de una decisión de la Corte Constitucional, se declaró inconstitucional la penalización del consumo mínimo de drogas y, además, fue declarada inconstitucional la obligación del adicto, de someterse a un tratamiento médico o psiquiátrico. Por ello, es especialmente importante la alusión general en este acuerdo, si bien lo hace especialmente para las comunidades y en función de la sustitución, a la expresión de la voluntad. Pero ello se logra más fácil, justamente, si el adicto o el consumidor en general, es sujeto de la política social, pública y diferenciada, tal como lo prevé el acuerdo.

Descriminalización de la protesta social: hacia la construcción de escenarios de no repetición

El artículo 3 de la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016, que es la Ley de Amnistía que se viene aplicando con muchas dificultades y que es central para el proceso de paz, contiene una regla que es básica frente a cualquier opción de consolidación de una paz posible. Dice, al respecto la ley, que la amnistía se aplicará, además, «a las conductas cometidas en el marco de disturbios públicos o el ejercicio de la protesta social en los términos en que esta ley se indica».

Criminalización de la protesta social y derecho penal de enemigo

Un tema especialmente sensible en la historia de las relaciones entre guerra y derecho en el país y, concretamente, en la historia del tratamiento penal y constitucional del delito de rebelión, está relacionado con el tratamiento punitivo de la protesta social. Uno de los impactos mayores que ha tenido el conflicto armado interno en el país, que ha operado durante décadas y que ha incidido directa y negativamente en la imposibilidad de expresión social de la disidencia o de la inconformidad, ha sido la criminalización de la protesta social.

Se trata del uso del derecho penal como instrumento de confrontación, produciendo, como consecuencia, la conversión, por la vía penal, de múltiples actores que se mueven en entornos violentos —pero que son civiles desar-

mados—, en verdaderos enemigos en la lucha contra las guerrillas. Es una de las mayores expresiones del derecho penal de enemigo, que sustituye sindicatos por enemigos y que sirve de continuación del conflicto por medios civiles y jurídico-institucionales¹⁹.

De igual manera, lo cual es aún más crítico, la cercanía de actores civiles a la guerra, ha propiciado que sean asesinados y perseguidos: decenas de líderes sociales han sufrido esta suerte. Así, a la sombra del enemigo, por ejemplo de las guerrillas rebeldes, se ha criminalizado la protesta social. Eso fue claro por ejemplo en la década de los setenta con el denominado «Estatuto de seguridad», y en general frente a numerosas normas de excepción que fueron dictadas al amparo del estado de sitio, tanto en esa década como en las siguientes. Por ello, igualmente, a la sombra de grandes enemigos posteriores, como es el caso del narcoterrorismo urbano, en la década de los ochenta y de los noventa, se colocaron tanto las guerrillas social-revolucionarias, como la misma protesta social.

Por esta razón, con muy buen criterio y atendiendo precisamente las lecciones históricas y la tradición de una aplicación disfuncional de la norma penal, tanto el acuerdo general firmado entre el gobierno y las guerrillas de las FARC-EP, como, en el caso concreto, de la amnistía, uno de los aspectos centrales está relacionado con la descriminalización de la protesta social. Ello, por la vía concreta de la aplicación del mecanismo de la amnistía. Se trata de aplicar esta ley, precisamente, a actores que se han movido en el escenario general de la protesta social y que, en escenarios degradados de conflicto armado interno, han cometido incluso delitos que, en todo caso, deben ser amnistiados, pues ellos están directamente relacionados con dicha protesta social.

Si es la amnistía un instrumento viable, en función del proceso de paz, para aquellos actores que, como los rebeldes o sediciosos, se han movido en el escenario de la confrontación, lo es tanto más, para aquellos actores que, desde la protesta social, han sido sujetos de la acción penal y que si bien han cometido delitos, lo han sido en desarrollo de la protesta social.

La protesta social como derecho

De conformidad con lo expuesto y de conformidad con la norma que luego es desarrollada por la propia ley en diversos artículos, es necesario introducir una

¹⁹ Se hace de nuevo referencia al texto ya citado, en el cual, se estudia en detalle unos de los aspectos más críticos de un derecho penal de enemigo, que es la criminalización de fenómenos sociales, políticos y económicos, APONTE, Alejandro, «Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo en Colombia», editorial Ibáñez, Bogotá, primera edición, 2004. En este libro, se estudia en detalle, en el contexto de las formas en que se manifiesta el derecho penal de enemigo, la criminalización de fenómenos económicos, sociales y políticos.

aclaración fundamental: la protesta social en sí, desarmada, pacífica, es un derecho, no hará parte del tratamiento penal diferencial que establece la ley. Ello no puede estar sujeto a confusiones. La protesta social no es un delito, aunque en numerosas ocasiones haya sido concebida como tal. La protesta social a la cual se refiere la norma, es aquella que, como la misma norma lo indica y en contextos de violencia generalizada, terminó en disturbios, terminó en acciones delictivas que inclusive, han hecho parte del tercer delito que constituye en la tradición de Colombia el núcleo del delito político: *el delito de asonada*.

Hay que aclarar, de otra parte, que las acciones propias de la denominada asonada, han sido objeto de un tratamiento penal muy diferenciado, incluso en el escenario propio del delito político. En una escala de gravedad, el tratamiento penal de la asonada, ha sido el más benigno, aunque, precisamente por lo expuesto, numerosos casos de asonada, fueron criminalizados por años como casos propiamente de rebelión o de terrorismo.

También se debe aclarar y los operadores deben ser muy conscientes de ello, que el hecho de que sean sujetos de la protesta social violenta, sujetos de la Ley de Amnistía, no quiere decir que sean efectivamente guerrilleros. Precisamente, este hecho, este señalamiento, es el que ha propiciado su persecución y criminalización. Por ello, la aplicación de la amnistía, debe entenderse en un contexto más generalizado de descriminalización y de nueva concepción político-criminal, ligado al proceso de paz y no una vía indirecta y con beneficios, de señalamientos que nunca debieron tener lugar.

Es en este punto donde, además, la descriminalización de la protesta social, debe operar en la práctica, como un aporte esencial a dinámicas de no repetición. Tiene que ser un aporte a la reconstrucción de tejido social, a la incorporación a la vida social de líderes que han sido objetos de persecución penal; un aporte, en fin, a una reconciliación posible.

Por ello, como se dice, este hecho fundamental relacionado con la protesta social, expresa, a su vez, una tendencia general que, tanto el acuerdo en su totalidad, como en la Ley de Amnistía en concreto, es clara: se busca que el derecho penal cambie de signo, de sentido, de fundamento. Es el caso de cambio de sentido en la función penal de lucha contra las drogas, contenido en el acuerdo 4 y estudiado aquí. Se reconfigura la función del derecho penal, de tal suerte que se busca que este actúe como mecanismo residual, frente a los eslabones más responsables y no se usa, como se ha hecho durante años de fracaso en la lucha contra las drogas, como un mecanismo de criminalización de los más débiles.

Directiva de la Fiscalía General de la Nación sobre descriminalización de la protesta social

En este sentido, se trata y así debe entenderse, de una política estatal conjunta. Por ello, debe destacarse, de manera particular, un esfuerzo de la Fiscalía General de la Nación que, en su momento, con muy buen criterio y en

el marco de la estrategia de priorización creada en el año 2012, puso en marcha un sistema de descriminalización de la protesta social. Expidió el ente acusador, en efecto, una directiva sobre ello, no solo ligada como consecuencia, a un tema técnico de priorización, sino a una convicción liberal profunda de los límites de poder punitivo en el enfrentamiento de la protesta social en escenarios degradados de conflicto armado.

Dice la directiva No. 008 de 2015, «por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a delitos en que se puede incurrir en el curso de la protesta social», en su primer apartado sobre decisiones que deben asumir los fiscales: «Esta directiva tiene como objetivo establecer límites al poder punitivo del Estado cuando ocurren hechos violentos en el curso de manifestaciones públicas».

Se trata de un documento extenso y complejo que debe ser leído en consonancia con el acuerdo de paz, con la Ley de Amnistía y con la estructura final de la jurisdicción especial para la paz. Hace parte, como se ha dicho, de la estrategia de priorización, pero va mucho más allá, aunque es apenas coherente: no solo se trata de descriminalizar la protesta social, sino que, además, en una empresa de persecución penal coherente, líderes de la protesta social, que antaño fueron criminalizados por un derecho penal de enemigo, incluso cuando han actuado en el contexto de protestas que generan violencia, no son, según la Directiva, en ningún caso, «máximos responsables».

Así, se trata de un nuevo lenguaje en la persecución penal de crímenes internacionales, o de la macrocriminalidad. Se une entonces nueva visión político-criminal que hoy actúa de la mano de estrategias coherentes de priorización, con una visión renovada del derecho penal que debe actuar de manera diferenciada y no en lógica punitivista indiferenciada. Por esa razón, la directiva parte del punto de partida según el cual, «las conductas punibles cometidas por los manifestantes deben interpretarse de conformidad con los derechos fundamentales a la libertad de expresión y de reunión, y de acuerdo con el principio democrático». Así, dicho punto de partida recalca el hecho de que la protesta social en sí, es un derecho y expresa derechos fundamentales, es intocable desde el punto de vista penal; pero, una vez se entra en el terreno de las conductas punibles, de conductas violentas, se debe prohiar el mismo principio democrático. Esta vez, este se expresa en una lógica no criminalizante.

Así, a manera de conclusión, puede decirse que en el contexto del acuerdo de paz y, de cara en general al modelo transicional colombiano, se ha producido un cambio de perspectiva en la función penal y en la función político criminal en general. No solo se trata de una transformación institucional compleja desde el año 2005, con la Ley de Justicia y Paz, y muy especialmente desde el año 2012, a partir de la restructuración de la Fiscalía General de la Nación, sino que se trata de un cambio auténtico en la manera de comprender la función penal en lógica transicional y sus aportes a una posible reconciliación y,

en el contexto de este escrito, un aporte a la creación de auténticos espacios o escenarios de no repetición.

Se aclara, además, que si bien estos cambios tienen lugar en lógica transicional, postulados esenciales que tienen que ver con la descriminalización de fenómenos sociales, políticos o económicos; la descriminalización de la protesta social, la apuesta por el principio de libertad más que por el principio de autoridad, el aporte del derecho penal a una paz posible, debe ser un cometido general del sistema penal integral. En el sistema penal ordinario se comenten múltiples injusticias; es selectivo, es feroz con sujetos vulnerables.

Hay que seguir trabajando en estos entornos críticos que, más allá de los escenarios de conflicto armado, son los que en secreto, en silencio, siguen produciendo violencia y desigualdad, lo que es precisamente contrario a todo propósito de paz. Los logros en lógica transicional, deben ser logros en la justicia ordinaria. Debe pensarse un cambio de paradigma en general, de la función penal y de la política criminal. Es una tarea sin pausa que compromete especialmente al ejercicio intelectual.

Es, además, una tarea que viene siendo acompañada por una discusión internacional, como es el caso del proyecto mencionado en la introducción sobre la influencia de las víctimas en la violencia colectiva, coordinado por la profesora Alicia Gil y en cabeza del director del Instituto Gutiérrez Mellado, Miguel Requena; además y precisamente, este cuaderno especial, constituye un ejemplo concreto del pensamiento conjunto y solidario, frente a problemas tan complejos, que requieren una visión renovada y en perspectiva internacional.

Bibliografía

- APONTE, Alejandro, «Técnicas de neutralización» en el primer informe del área de justicia, <http://www.citpaxobservatorio.org/index.php/justicia>.
- APONTE, Alejandro, «Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo en Colombia», editorial Ibáñez, Bogotá, primera edición, 2004.
- Fiscalía General de la Nación: «La priorización. Memorias de los talles para la construcción de los criterios del nuevo sistema de investigación penal», <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/123719-Libro-de-priorizaci%C3%B3n-web.pdf> (31.07.2017)
- Fiscalía General de la Nación, Directiva, «por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquéllos en la Fiscalía General de la Nación», <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Directiva-N%C2%B0-0001-del-4-de-octubre-de-2012.pdf> (01.08.2017)

Macrocriminalidad y función penal en lógica transicional:...

- Fiscalía General de la Nación, Directiva, «por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a delitos en que se puede incurrir en el curso de la protesta social».
- Foucault, MICHEL, «La verdad y las formas jurídicas», Gedisa editorial, 2001: Barcelona.
- Jäger, HERBERT, «Ist Politik kriminalisierbar?», en: Klaus Lüderssen, Augeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?: Makrodelinquenz, Nomos, Baden-Baden: 1998.
- Jäger, HERBERT, «Makrocriminalität, Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt», Frankfurt: 1989.
- Lampe, ERNST-JOACHIM, «Systemunrecht und Unrechtssysteme», en: ZStW 106, cuaderno 4: de Gruyter, Berlin: 1994, 683 y ss.
- Prittitz, CORNELIUS, en: Klaus Lüderssen, Augeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?: Makrodelinquenz, Nomos, Baden-Baden: 1998.
- Vest, HANS: «Humanitätsverbrechen. Herausforderung für das Individualstrafrecht», ZSTW113, cuaderno 3: de Gruyter, Berlin: 2001.

Legislación citada

- Acto Legislativo 001 de 2012
Acto Legislativo 001 de 2017
Ley 1592 de 2012
Ley 1820 de 2016
Ley 599 de 2000
Ley 975 de 2005

Jurisprudencia citada

- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal: radicado No. 38222 del 12 de diciembre de 2012, M.P. Leonidas Bustos, contra Freddy Rendón Herrera.

