

War and politics in the
colombian enemy law: analysis
of the concept of terrorism

Guerra y política en el
derecho de enemigo
en Colombia: un
análisis del concepto
de terrorismo*

Fecha de recepción: 11 de abril de 2013
Fecha de revisión: 24 de abril de 2013
Fecha de aceptación: 09 de mayo de 2013

*Clara María Mira González ***

ABSTRACT

The proposed article presents an overview of the relationship between law, politics and war in Colombia. To find this relationship I turn to Schmitt's formulation, poured in the book *The Concept of the Political*, which states, politics is defined from the friend / enemy relationship. Based on this analysis, I reflect about the negative effects it can have an appeal to a right of enemy in the context of the armed conflict in Colombia, and particularly through the use of this right from the extension of the term terrorism in the different conventions produced within the United Nations from 11 September 2001. ***The methodology comes from the analysis of the theory of Carl Schmitt, contained in the book *The Concept of the Political* and its application in Colombia in the treatment of the armed actor, particularly in the previous government. The conclusion of the text is that only through a relativization of hostilities, in other words, through the recognition of political status to the enemy in Colombia, it is possible to start a negotiation of the internal armed conflict.

RESUMEN

El artículo propuesto a continuación, presenta un panorama de la relación entre el derecho, la política y la guerra en Colombia. Para realizar dicha relación recorro a la formulación schmittiana, vertida en el libro *El concepto de lo político*, a cuyo tenor, lo político se define a partir de la relación amigo/enemigo. Con base en dicho análisis, reflexiono en torno a los efectos negativos que puede tener un recurso a un derecho de enemigo en el contexto del conflicto armado en Colombia y particularmente a través del uso de este derecho a partir de la extensión del término terrorismo en las diferentes convenciones producidas en el seno de las Naciones Unidas a partir del 11 de septiembre de 2001. ***La metodología utilizada parte del análisis de la teoría de Carl Schmitt, contenida en el libro *El concepto de lo político* y su aplicación en Colombia en el tratamiento del actor armado, particularmente en el gobierno anterior. La conclusión a la que llega el texto es que solo a través de una relativización de las hostilidades, es decir, a través del reconocimiento de un status político al enemigo en Colombia, es posible llegar a una negociación del conflicto armado interno.

* El artículo que se presenta a continuación hace parte del proyecto de investigación titulado: "La influencia de la política y del derecho internacional en el derecho interno colombiano y sus relaciones con el tratamiento dado al conflicto armado después del 11 de septiembre de 2001" del grupo de investigación "guerras, hegemonías y conflictos" del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia. La investigación fue realizada para optar por el título de magíster en Ciencias Políticas ofrecido por el Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia. Medellín (Antioquia).

** Abogada de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, especialista en Estudios Internacionales del Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia y magíster en Ciencia Política del Instituto de Estudios Políticos de la misma universidad. Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad CES y de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT. Medellín (Antioquia). Correo electrónico de contacto: cmira@ces.edu.co

*** Para efectos de una mejor comprensión de lo ocurrido es preciso señalar que en esta fecha, dos aviones comerciales colisionaron con el World Trade center, un avión comercial colisionó en el Pentágono en la ciudad de Virginia y otro cayó estrellado en la ciudad de Pensilvania. Las consecuencias fueron desastrosas, alrededor de tres mil personas perdieron la vida y seis mil resultaron heridas (Permet, 2005, pp. 40-44).

Palabras clave

Enemigo, amigo, derecho de enemigo, guerra, terrorismo y política.

Key words

Enemy, friend, enemy criminal law, war, terrorism and politics.

Guerra e Política no inimigo lei na Colômbia: uma análise do conceito de terrorismo

Guerra y política en el derecho de enemigo en Colombia: un análisis del concepto de terrorismo

Clara María Mira González

RESUMO

O artigo proposto em seguida, apresenta uma visão geral sobre a relação entre o direito, política e guerra na Colômbia. Para obter esta relação com a formulação de Schmitt, derramado no livro *O Conceito Político*, que afirma, a política é definida a partir da relação amigo/inimigo. Com base nesta análise reflete sobre os efeitos negativos que podem ter o direito de recurso a um inimigo no contexto do conflito armado na Colômbia e particularmente através do uso de esse direito a partir da extensão do termo terrorismo em diferentes convenções produzidas das Nações Unidas a partir de 11 de setembro de 2001. Análise da teoria de Carl Schmitt, contida no livro *O Conceito do Político na Colômbia e sua aplicação no tratamento de atores armados, particularmente no governo anterior*. A conclusão à que chegou o texto é que somente através de uma relativização das hostilidades, ou seja, através do reconhecimento do status político ao inimigo na Colômbia é possível chegar a uma negociação do conflito armado interno.

Palavras-chave

Inimigo, amigo, direito de inimigo, guerra, terrorismo, política.

RESUMEN

El artículo propuesto a continuación, presenta un panorama de la relación entre el derecho, la política y la guerra en Colombia. Para realizar dicha relación recurre a la formulación schmittiana, vertida en el libro *El concepto de lo político*, a cuyo tenor, lo político se define a partir de la relación amigo/enemigo. Con base en dicho análisis, reflexiono en torno a los efectos negativos que puede tener un recurso a un derecho de enemigo en el contexto del conflicto armado en Colombia y particularmente a través del uso de este derecho a partir de la extensión del término terrorismo en las diferentes convenciones producidas en el seno de las Naciones Unidas a partir del 11 de septiembre de 2001.***La metodología utilizada parte del análisis de la teoría de Carl Schmitt, contenida en el libro *El concepto de lo político y su aplicación en Colombia en el tratamiento del actor armado, particularmente en el gobierno anterior*. La conclusión a la que llega el texto es que solo a través de una relativización de las hostilidades, es decir, a través del reconocimiento de un status político al enemigo en Colombia, es posible llegar a una negociación del conflicto armado interno.

Palabras clave

Enemigo, amigo, derecho de enemigo, guerra, terrorismo y política.

INTRODUCCIÓN

Abordar el tema del derecho de enemigo¹ supone acudir necesariamente a las relaciones entre poder, derecho y guerra. Carl Schmitt es uno de los autores que mejor plantea el debate alrededor de la política como acto de decisión del soberano sobre quién debe ser considerado amigo y quién enemigo.

El pensador alemán en su libro, *El concepto de lo político*, escrito en 1932 - en pleno desarrollo de la Segunda Guerra Mundial - introduce la discusión acerca de la política como acto de decisión y elección de amigos y enemigos².

Según su pensamiento, la política y la guerra se vinculan necesariamente a través de un acto que consiste en una decisión soberana sobre la enemistad y la amistad. Dicha decisión es una decisión política porque depende de su propia voluntad. El soberano decide quién debe ser tratado como enemigo³ y quién no. Por lo tanto, el enemigo se construye como un asunto de la política, es decisión soberana, decisión que se deja al arbitrio de quien hace el derecho.

El concepto de lo político, fue escrito principalmente en contra del normativismo kelseniano que consideraba que el Estado se reducía al ordenamiento jurídico del poder; así, para Kelsen, el ordenamiento jurídico de los Estados de Derecho estaba diseñado para contener el poder político del gobernante que, dejado a su arbitrio, podía conducir el Estado a una guerra. Ello implica una necesidad de someter

el poder al derecho para impedir la guerra interna. Por el contrario, Schmitt señala que su objetivo es fijar criterios que permitan diferenciar y contrastar los conceptos de estatal, político, guerra y enemigo, no reducibles al concepto de Estado como ordenamiento jurídico del poder⁴.

La política, como acto de distinción en el pensamiento schmittiano, es decisión soberana acerca de quiénes son los amigos y quiénes son los enemigos. Ello implica, según el autor, que la consolidación del Estado, acto político por excelencia que delimita la soberanía, depende de la exclusión de los enemigos del mismo, tanto internos como externos, y también de la inclusión de sus amigos internamente.

Schmitt invierte la fórmula kelseniana al considerar que el Estado no define la política sino que "...El 'Estado' debe determinarse y comprenderse, a la inversa, a partir de lo político. No obstante, el criterio de lo político todavía no constituye, en la actualidad, una sustancia nueva, una 'materia' nueva, ni un ámbito novedoso y autónomo. El único criterio justificable en términos científicos es el grado de intensidad de una asociación o disociación, es decir, la distinción entre amigo y enemigo" (Schmitt, 1969, pp. 404-405).

- 1 Se utiliza ampliamente el término derecho de enemigo, dado que el derecho ha recurrido al decisionismo en la política y a la calificación del contradictor como enemigo absoluto, no solo desde el derecho penal, sino desde diferentes esferas del derecho que comprenden también, el derecho administrativo - a través de un aumento de las restricciones a grupos armados para ocupar cargos públicos o de iniciativas de reformas constitucionales y de un aumento desmedido de las faltas disciplinarias asociadas a las penas. Por lo tanto, el derecho penal concibe y trata al contradictor como un subvertor del orden con el que no es posible negociar.
- 2 La obra de Schmitt es actual en el contexto político de hoy, dado que, en cualquier caso, explora una de las dimensiones de la constitución, tal vez, menos explorada o medianamente explorada, cual es la dimensión política y democrática.
- 3 Advierte Schmitt que "Enemigo no es pues cualquier competidor o adversario. Tampoco es el adversario privado al que se detesta por cuestión de sentimientos o antipatía. Enemigo es solo un conjunto de hombres que siquiera eventualmente, esto es, de acuerdo con una posibilidad real, se opone combativamente a otro conjunto análogo. Solo es enemigo el enemigo público, pues todo cuanto hace referencia a un conjunto tal de personas, o en términos más precisos a un pueblo entero, adquiere ipso carácter público" (Schmitt, 1932, p. 58 y 59).

4 Existen críticas al pensamiento de Schmitt que pueden leerse tanto desde la obra de Hans Kelsen como desde el pensamiento de Hannah Arendt.

En la obra de Kelsen, las críticas son rescatadas por el profesor Mario Montoya Brand en su texto *La guerra y la paz en el pensamiento político de Hans Kelsen*, y se pueden resumir así:

- a) La excepción no es connatural al Estado, pues el Estado es un ordenamiento jurídico, que no se circunscribe a una cláusula de emergencia.
- b) La decisión del soberano no crea derecho, el derecho lo crea la obediencia a la decisión o la eficacia de la norma jurídica, no la decisión misma. Por lo tanto, para que una decisión - como la que propone Carl Schmitt - sobre la amistad y enemistad cree derecho debe contar con el consenso efectivo de la población y, con él, debe garantizar un comportamiento acorde con dicho consenso.
- c) La noción de enemigo no debe confundirse con el enemigo de un gobierno o de un gobernante. No se debe confundir el soberano con el gobernante pues en las democracias modernas el soberano no es el gobierno, es el pueblo, por lo que la enemistad o la amistad de un Estado se produce en escenarios más complejos que los de la simple declaratoria de una enemistad por el presidente de un gobierno.
- d) Con todo y ello, la noción de la política en Schmitt es algo más complejo que la noción de amigos y enemigos. Al respecto, puede confrontarse (Montoya, 2010). Hannah Arendt en su libro *¿Qué es la política?*, refuta la concepción clásica sobre la política como monopolio de la fuerza y de la violencia, característica de autores clásicos como Weber, Hobbes y el propio Schmitt, y propone una definición de la misma como un acto de decisión colectiva caracterizado por procesos de deliberación que excluyen la violencia (Arendt, 1995).

En la consolidación de la soberanía el ejercicio de la violencia es asimismo ejercicio de la política, de tal manera que la decisión sobre la guerra y la paz depende del soberano; dicha decisión, se realiza de dos maneras:

- a. Se reconocen los enemigos como contradictorios con los que es posible dialogar y negociar.
- b. No se reconocen los enemigos y por lo tanto se les trata como subversores del orden, desobedientes del derecho, sin que pueda negociarse con ellos (Schmitt, 1932, p. 26).

En este sentido, la práctica de la política como definición entre amigos y enemigos permite diferenciar dos tipos de enemistades, una, denominada por el autor como enemistad absoluta, donde se niega la posibilidad de diálogo con el contrincante y la decisión es la de someterlo al derecho del Estado, a través del castigo de sus prácticas guerreras; otra, la del enemigo relativo, donde se reconoce el derecho de la guerra que tiene el contrario y, por lo tanto, la posibilidad de negociación gracias a la aplicación del derecho público europeo⁵.

El derecho público europeo fue un derecho aplicado a las guerras interestatales desarrolladas en Europa en el proceso de conformación de los Estados nacionales. Este derecho permitía el reconocimiento de los Estados soberanos a través de negociaciones o convenios donde paulatinamente fueron aceptándose o negándose el *status* de Estados a los diferentes territorios dominados por ejércitos permanentes. Estos territorios conformaron los Estados modernos europeos (Azalde, 2004, p.15).

Por lo tanto, la guerra no es guerra total, sino a lo sumo guerra relativa, dado que permite reconocer al enemigo y discutir con estas decisiones políticas,

como las amnistías,⁶ la neutralidad y las hostilidades recíprocas (Schmitt, 1932, p. 41).

Advierte Schmitt, a partir del primer capítulo de *El concepto de lo político*, que mal harían los Estados, en:

Proscribir la guerra regulada por el derecho internacional europeo como reaccionaria y criminal, y desencadenar en su lugar, en nombre de la guerra justa, hostilidades revolucionarias de clase o raza que no están ya en condiciones de distinguir entre enemigo y criminal, y que tampoco lo desean (Schmitt, 1932, p. 42).

El autor dedica parte de su trabajo a distinguir las guerras interestatales de las guerras civiles, las primeras consideradas como luchas armadas entre unidades políticas organizadas mientras que las segundas son luchas armadas en el seno de una sola unidad política organizada (Schmitt, 1932, p. 59).

La tesis enunciada ubica la guerra en el terreno político, sin embargo, en un punto de su argumentación parece estar admitiendo la posibilidad de la clasificación de los enemigos relativos solo en las guerras interestatales. Es desafortunada la calificación de la guerra interna estatal como simple guerra policial y de la guerra interestatal como guerra política dado que le resta todo el valor al trabajo precedente de aplicar el derecho público europeo a los enemigos relativos que, en las guerras internas, no podrían ser incluidos en las decisiones políticas⁷.

Lo valioso del análisis reside en la consideración de la guerra como decisión. Por lo tanto la posibilidad de entablar diálogos, conversaciones y negociaciones que permitan poner fin a un conflicto y que reemplacen

5 Schmitt reconoce que: "En el sistema de pactos de la política de Ginebra se define como enemigo al agresor. Agresor y agresión son explicados por la vía de los hechos: el que declara la guerra, el que traspasa una frontera, el que no se atiene a un determinado procedimiento o a unos determinados plazos, etc. Es el agresor el que rompe la paz. Aquí los conceptos de derecho internacional se constituyen desde una óptica visiblemente criminalista y penalista. En el derecho internacional el agresor viene a ser lo que en el actual derecho penal es el delincuente, el 'autor', que en realidad más que 'autor' debería llamarse 'no autor', ya que su presunta acción es en verdad un 'crimen' (1932, p. 132-133.) En cambio en el derecho internacional europeo, "el reconocimiento como Estado implica ya, en tanto mantiene algún contenido, el reconocimiento del derecho a la guerra, y con ello, el reconocimiento del otro como enemigo conforme a derecho. También el enemigo tiene su propio status no es un criminal (Schmitt, 1932, p. 41).

6 La definición de la amnistía en Schmitt es la de "un acto mutuo de olvidar. No es ni un indulto ni una limosna", y agrega "Quien acepta la amnistía también tiene que darla, y quien concede amnistía tiene que saber que también la recibe. Si nos falta la fuerza y la gracia del olvidar mutuo, debíamos conservar, por lo menos, el recuerdo de un resto de derecho sagrado, para que el último remedio, la capacidad de olvidar mutua, no se pierda por completo. ¿Quién nos dará la fuerza y quién nos enseñará el arte del buen olvidar?" (Schmitt, 1977, p. 2).

7 Afirma Enrique Serrano: "Me parece que el error de Schmitt, motivado por su ideología política, consiste en plantear que esa conquista -se refiere al establecimiento de normas para limitar la violencia -se limita a la política exterior y que en el ámbito interno se dio una reducción de la política a la técnica policíaca" (Serrano, 2009, p. 271).

cen la política de aniquilación del enemigo por la vía de las armas, por los diálogos y la negociación.

En las distinciones entre amigos y enemigos presentes en la tesis del autor, se despoja de toda concepción moral a la política, y se reconoce una pluralidad de contrincantes, frente a los cuáles el Estado puede decidir cómo tratarlos, bien reconociendo su estatus político o negándolo.

La tesis de Schmitt sirve de antesala a las discusiones hoy vigentes tanto en el derecho penal como en el derecho administrativo, financiero, constitucional y de familia en Colombia, derecho en donde no son claras las decisiones políticas acerca de quiénes son los amigos y quienes los enemigos, sino que frecuentemente se confunden los enemigos relativos con los enemigos absolutos.

En el derecho penal, por ejemplo, el enemigo surge, en algunos casos, de la propia ausencia de definición acerca de quién es el oponente que se quiere combatir con este instrumento. De tal manera que el dispositivo penal que realiza las definiciones permanece abierto y ambiguo a muchas o varias interpretaciones.

Esta característica de nuestro dispositivo penal de control, evidenciada, por ejemplo, en las legislaciones penales que ratifican los convenios contra el terrorismo, produce usos simbólicos del derecho⁸, donde, el comportamiento que se define en la norma tiene un margen de ambigüedad que permite un ajuste coyuntural del derecho a la “decisión política” del gobierno. En la lucha contra el narcotráfico y el terrorismo el uso de este tipo dispositivos penales abiertos es evidente tal y como lo refiere Ivan Orozco Abad en su libro “Combatientes, Rebeldes y Terroristas”, durante la segunda parte del siglo veinte en Colombia, la exportación del modelo penal europeo, básicamente italiano, incorporó el tratamiento penal de los actores armados, básicamente de las guerrillas como un tratamiento delincencial, que en el siglo XIX, era realizado a partir del derecho público europeo, a partir de la figura del combatiente y que en el siglo XX y hoy - con la absorción de los delitos políticos en los delitos comunes como el terrorismo - asume un trato criminal. El autor, también pone de manifiesto cómo las definiciones de los delitos políticos son porosas o ambiguas, de tal forma que, en

algunos casos involucran las motivaciones o fines y en otros no lo hacen⁹. La consecuencia de un tipo de tratamiento de este tipo, ha sido en Colombia la despolitización del delito político y, su adaptación a las coyunturas del gobierno que le permiten criminalizar, “despolitizando” lo político, cuando quiere considerar el enemigo como absoluto y repolitizar lo “político” cuando quiere adjudicarle la característica de enemigo relativo.

Para efectos de lograr un contraste entre la teoría de Schmitt sobre la distinción amigo y enemigo y las utilidades del derecho penal de enemigo en Colombia, definiré, en un primer capítulo, el derecho penal de enemigo, en un segundo capítulo, haré unas breves alusiones al tratamiento del actor armado y la guerra en Colombia, para, finalmente, ocuparme de unas breves conclusiones.

METODOLOGÍA

La metodología utilizada se basa en el análisis de la teoría de Carl Schmitt, contenida en el libro *El concepto de lo político*, particularmente del concepto de enemigo absoluto y relativo, elaborado por el autor. A partir de dicha conceptualización, se analiza la aplicación de dicha teoría en Colombia respecto al tratamiento del actor armado en el derecho penal colombiano.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

El Derecho de enemigo

El derecho de enemigo es en todo caso un dispositivo de control que se presenta frecuentemente en estados con crisis de legitimidad, a través de un uso exagerado del poder de excepción que reemplaza, sobretodo, a los consensos. El uso de la excepción no se refiere a las declaraciones de estados de excepción hechas por el Presidente de la República, sino

8 Al respecto puede consultarse el trabajo del abogado Mauricio García Villegas sobre la eficacia simbólica del derecho (Villegas, 1993).

9 El término derecho penal de enemigo fue introducido por Gunter Jakobs en la década de los 80 y era entendido como el derecho que se imponía a quien mediante un delito abandona el pacto social del Estado y se declara en un estado de guerra contra el mismo (González, 2002, p. 33). Algunos ejemplos tanto en el derecho de familia como en el derecho financiero y económico, pueden evidenciarse en la ley de la infancia y adolescencia, en la que la aparición de diferentes conductas penales para la protección del menor ha ido ampliando el derecho penal hasta el punto de considerar autores de delitos a familiares de niños cuando la conducta penal no es precisa y, en el derecho financiero con las llamadas listas Clinton o listas de lavados de activos, que permiten considerar como amenazas a la “seguridad nacional” y de los Estados Unidos a personas con vínculos económicos con el narcotráfico.

al recurso a la emergencia, la recurrencia a la crisis para violar derechos, y recortar libertades de manera permanente (Aponte, 2008, p. 7).

El tratamiento que da a los delincuentes un derecho penal de enemigo se caracteriza por la supresión progresiva de derechos y garantías dentro del proceso penal, la aplicación de medidas preventivas, el aumento desmedido de las penas en aquellos delitos considerados por el Gobierno como excesivamente peligrosos, la utilización recurrente de los estados de excepción, las interceptaciones de comunicaciones, las confesiones y las delaciones anticipadas, es decir, el derecho penal de enemigo es un derecho basado en la utilización desmedida de la fuerza y, con ello, de la prevalencia de una "razón de Estado"¹⁰ sobre los derechos individuales, derecho cuyo énfasis se centra en el sujeto más que en el acto mismo (Aponte, 2008) (González, 2007).¹¹

Contrasta dicha variante del derecho con el derecho penal del ciudadano, respetuoso de los derechos procesales, de la presunción de inocencia, del debido proceso, de la irretroactividad de la pena y, en general, de todos los derechos individuales (Aponte, 2008).

El derecho penal de enemigo se refleja, como lo he ya señalado en las líneas precedentes, en un uso desmedido del derecho penal de excepción producto de la crisis del Estado, el poder de definición del derecho se hace más laxo porque los controles que tiene el Presidente para hacer las leyes son menos rígidos que los propios del Estado en circunstancias de normalidad y la criminalización del enemigo se hace más fuerte.

10 Puede entenderse como razón de Estado, la doctrina acerca del Estado en donde se "afirma que la seguridad del Estado es una exigencia de tal importancia que los regidores de los Estados se ven constreñidos para garantizarla, a violar las normas jurídicas, morales, políticas, económicas", para lograr todos los fines que se propusiera el mismo gobierno, el "fin justifica los medios", es la frase que se atribuye a Maquiavelo como formulador de esta tesis (Pistone, 1998, p. 1338).

11 Es importante mencionar en este punto, que, el gobierno colombiano, pocos años después del 11 de septiembre, impulsa una reforma constitucional contenida en el Acto legislativo No. 2 de 2003. En dicha reforma se introducían las siguientes modificaciones al texto constitucional: la incautación de comunicaciones con el fin de prevenir la comisión de actos terroristas, la interceptación o el registro de la correspondencia y la comunicación privada de las personas que habitan el territorio nacional, sin previa orden judicial, la obligación de "llevar un informe de residencia de los habitantes del territorio nacional", y realización de detenciones, allanamientos y registros domiciliarios, sin previa orden judicial. (Proyecto de Acto Legislativo No. 2 de 2003). Afortunadamente la Corte Constitucional mediante sentencia No. 818 de 2004, declaró inconstitucional la reforma.

Por ende, en un estado de excepcionalidad permanente, como acontece con el Estado colombiano, el consenso ya no es consenso sino voluntad del ejecutivo, el Estado como límite de las voluntades gira hacia un Estado como instrumento de la política que ha optado por una criminalización del enemigo más que por su reconocimiento, como lo describiré en líneas posteriores.

Ahora, si bien es cierto que la decisión política define tanto el enemigo como el derecho que debe ser aplicado al mismo, la concepción de la guerra como política de Estado no se adecua perfectamente al tratamiento jurídico que se ha dado al terrorismo en Colombia. Ello es así en tanto la decisión política acerca de lo que es y no es terrorismo no proviene precisamente de la voluntad del Estado, sino que el terrorismo es definido por otras voluntades, las voluntades de los Estados internacionales, como fue frecuente en Colombia con la adopción de los códigos penales del derecho europeo y luego del 2001 con las definiciones introducidas en los convenios internacionales (Orozco, 2009).

El tratamiento del Actor armado y de la guerra en Colombia

La pluralidad de actos terroristas que se incluyeron en diferentes convenciones contra el terrorismo, para el caso las diez convenciones ratificadas por Colombia, permite abarcar delitos distintos al delito de terrorismo. No existe una definición única de terrorismo, sino múltiples (Giraldo, 2004)¹².

12 Las distintas leyes que ratifican las convenciones internacionales sobre el terrorismo, son las siguientes en su orden: Ley 169 de 1996. Aprobatoria del Convenio sobre la prevención y castigo de las personas internacionalmente protegidas; Ley 4 de 1974. Aprobatoria del Convenio para la Represión de Actos Ilícitos Contra la Seguridad de la Aviación Civil; Ley 14 de 1972. Aprobatoria del convenio contra los actos que ponen en riesgo la seguridad de la Aviación Civil; Ley 728 de 2001. Aprobatoria del convenio sobre la protección física de materiales nucleares; Ley 764 de 2002. Aprobatoria del convenio sobre actos ilícitos cometidos en aeropuertos; Ley 830 de 2003. Aprobatoria del convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima; Ley 831 de 2003, enmendada por la Ley 1077 de 2006. Aprobatoria del convenio sobre Marcación de Explosivos Plásticos para los fines de Detección; Ley 804 de 2003. Aprobatoria del Convenio para la Represión de los atentados Terroristas Cometidos con Bombas; Ley 808 de 2003. Aprobatoria del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo; Ley 837 de 2003. Aprobatoria de la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes. En dichas leyes, las definiciones introducidas en las convenciones de la lucha contra el terrorismo. Están referidas a actos ilícitos contra diferentes instalaciones, sujetos, y redes de transporte, que afectan el Estado o el derecho internacional. Diferentes tipos penales son propuestos en estas convenciones. Tales como: la posesión y transporte de armas nucleares (básicamente uranio); la realización de actos de violencia contra naves y aeronaves; la destrucción de aeronaves o detonación de explosivos dentro de

Con ello entonces la guerra es política en tanto el gobierno, con las definiciones de terrorismo, divide la guerra en una cierta guerra posible, la guerra propia del Estado, y una guerra imposible, la guerra de los otros, esos otros que bien pueden ser los actores armados contra estatales o paraestatales.

Vilma Liliana Franco al referirse al concepto de guerra y su papel político, señala lo siguiente:

La guerra es ante todo un contexto de interacciones estratégicas en las que cada parte beligerante es un actor teleológico, es decir, que actúa con miras al logro de un fin y que, al conducirse considerando e influyendo sobre las decisiones del otro actúa estratégicamente (Franco, 2009, p. 63).

Los actores de la guerra van a tratar de justificar con razones de hecho o de derecho los actos y declaraciones de guerra y ello es así porque como estamos inmersos en una estructura política, que es el Estado, el único capaz de hacer la guerra es el gobierno mismo y quienes se atreven a desafiarlo deben aducir derechos a la guerra para ser reconocidos como actores armados, de lo contrario, estaríamos en el campo de la criminalidad o la desobediencia (Franco, 2009, p. 40).

El Estado tiene justificada la guerra porque este es el único monopolizador del poder político en un territorio, su función es entonces, primariamente la garantía de la seguridad, ello implica que encuentra justificaciones en dicho monopolio para justificar el uso de su poder militar y para definir sus enemigos desde el paradigma de la soberanía.

En este sentido la "otra guerra" no puede reivindicar ningún poder de definición porque no se reconoce como soberano a quien la realiza. Ello es así porque desde esta perspectiva teórica el Estado es el único capaz de hacer la guerra, por lo tanto, quienes se atreven a desafiarlo deben aducir derechos a la guerra para ser reconocidos como actores armados, de

lo contrario estaría en el campo de la criminalidad o la desobediencia, tal y como lo señala la profesora Franco en todo el transcurso de su investigación (Franco, 2009).

El Estado Moderno no reconoce derechos a la guerra, por el contrario, en su contexto la guerra está prohibida, lo que hace que toda guerra contra el aparato estatal sea necesariamente una guerra ilegal. Como poder político unificado y centralizado en su territorio, el Estado tiene justificada la guerra y su función es conservarse, por ello su facultad o atribución de determinar quién es el enemigo y quién no lo es (Franco, 2009, p. 40).

De esta manera, la guerra desarrollada por el Estado no se somete al derecho de la misma manera que lo va a hacer la guerra del que combate al Estado mismo.

Frente a quienes combaten el Estado el derecho no va a ser el mismo, porque no hay derecho, es más bien un contra derecho que anula las pretensiones bélicas del contrario.

La distinción sutil que de manera corriente se introduce entre terrorismo político y terror de Estado no es sino un instrumento político en la definición del delito, que aparece como recurso de los propios gobiernos estatales para blindarse del control externo. Mientras por terror se entiende "un tipo específico de régimen, o, un instrumento de emergencia al que recurre un gobierno para mantenerse en el poder" (Bonanate, 2005, p. 1568); por terrorismo político se define un "instrumento al que recurren determinados grupos para hacer caer un gobierno acusado de mantenerse por medio del terror" (Bonanate, 2005, p. 1568). Este no es sino uno de estos "usos políticos" del poder de definición que puede rastrearse en el surgimiento del Estado, pues de las prácticas terroristas se pasa a la institucionalización del terror (terrorismo de Estado), para concluir en el sometimiento de esas prácticas de Estado al Derecho, y por esa vía, en violencia legítima por la vía del instrumento de coerción o coercibilidad, monopolio de la fuerza y de la violencia como elemento del Estado.

En la definición política del delito está presente el poder de definición soberana que excluye el terror estatal, incluso que lo considera esporádico y no permanente, o un simple exceso que puede ser autocorregido. Puede afirmarse entonces que el lugar donde se ubique la guerra, bien en el gobierno del Estado o en los guerreros, plantea siempre preguntas acerca de qué es delito y qué no lo es, qué sujetos son reco-

las mismas; la destrucción de instalaciones al servicio de la navegación aérea y las comunicaciones "falsas" que pongan en peligro la seguridad de la aeronave en vuelo; el apoderamiento, violencia, destrucción, daños, difusión de información que ponga en peligro la navegación segura de los buques marítimos o las instalaciones en las que estos están dispuestos; la marcación y fabricación de explosivos plásticos; la entrega, colocación, arrojado o detonación de un artefacto o sustancia explosiva o mortífera en contra de un lugar de uso público, una instalación o en contra del gobierno, una red de transporte o una instalación de infraestructura; la financiación del terrorismo, entendiendo como financiación del terrorismo la provisión y recolección de fondos con la intención de ser utilizados para cometer cualquiera de los actos terroristas definidos anteriormente; la toma de rehenes.

nocidos y qué sujetos no son reconocidos tanto para hacer la guerra como para negociarla.

Lo problemático de dichas definiciones, para el caso que me corresponde que es el de estudiar la definición del enemigo en Colombia, es que las mismas sean establecidas a partir de una voluntad exterior a la voluntad del gobierno estatal, como es evidente en los códigos penales colombianos que adoptaron el derecho penal europeo y en el derecho penal que hoy adopta las definiciones contenidas en organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas (Orozco, 2009; Orozco y Gómez, 1999).

La manera como la guerra se inserta en el derecho, guerra como poder de definición, puede examinarse a partir de los vínculos entre el Estado Social y el constitucionalismo. El aumento desbordado de las funciones que termina asumiendo el derecho penal producto de la implementación en Colombia de un Estado Social que es “conservador en lo social y simultáneamente progresista en lo penal” (Orozco y Gómez, 1999, p. 3), permite una mayor intervención del derecho en materia penal,¹³ dado que el modelo conservador del Estado Social europeo hace énfasis en el control de las libertades para producir un mayor orden social, más que en la propia redistribución de riquezas para producir mayor bienestar y libertad (Orozco y Gómez, 1999, p. 4).

Ello contribuye a explicar por qué en un Estado en crisis en materia social, como es el caso del Estado colombiano, atravesado además por la guerra, se enfatiza un intervencionismo de las libertades individuales por encima de las funciones de redistribución propias del modelo de bienestar. Con todo ello el modelo de intervención que se acoge, permite tanto intervenciones redistributivas como intervenciones represivas y la faceta práctica que ha adoptado el modelo de Estado acogido por la Constitución, se inclina hacia la intervención represiva. Ello es perceptible en la incorporación de buena parte de la legislación de excepción expedida antes de 1991 a la legislación ordinaria, autorizada por el artículo transitorio de la propia Constitución de 1991; pero también por las modificaciones efectuadas sobre la

13 Dicho modelo estatal propicia una mayor intervención a las libertades públicas dado que este ha acogido la vertiente interventora del Estado Social europeo, que permite intervenciones tanto a la economía como a las libertades individuales y no la del Estado norteamericano que promueve formas de intervención a la economía para superar las deficiencias del mercado en el equilibrio de la oferta y la demanda (Orozco y Gómez, 1999, p. 2).

Carta original de 1991 tendientes a ampliar los poderes de investigación y acusación de la Fiscalía General de la Nación –en parte dependiente del Gobierno-, todo lo cual facilita el uso del aparato de justicia para reprimir enemigos en lugar de destinarlo a administrar justicia, es decir, a resolver litigios entre partes –iguales- jurídicamente enfrentadas.

De otro lado, el constitucionalismo moderno, paradigma del modelo socialdemócrata insertado en la Constitución de 1991, confunde el derecho con la moral, tal y como lo demuestran Iván Orozco Abad y Juan Gabriel Gómez (1999).

La Constitución de 1991 es moralizadora porque en el Estado Social de Derecho el paradigma hermenéutico que se introduce, como jurisprudencia de los principios y no jurisprudencia de las reglas, el derecho se orienta por lo que los jueces “creen” que es, o debe ser, el derecho y no por lo que realmente es el derecho contenido en las leyes (Orozco y Gómez, 2009).

Dado que bajo el modelo de interpretación por principios se suele abandonar la interpretación legal basada en la literalidad normativa a favor de una interpretación menos atada a la literalidad de la regla escrita, redactada así por el legislador democrático, son admisibles múltiples respuestas acerca de lo que la ley –en su extraordinaria extensión y en los diferentes niveles estatales-, significa, y por ello, en un contexto de guerra, que compromete a todo el Estado, y con él a los jueces mismos que lo integran, se hacen recortes progresivos a las libertades, o amplias intervenciones económicas, como por ejemplo ocurrió en la sentencia C 572 de 1997 que permitió la creación de cooperativas de seguridad privada. La Corte legítima las llamadas Convivir, se inclina por una concepción “social” conservadora del Estado como aquel que permite a los ciudadanos portar armas para auto defenderse de los grupos armados o las que intervienen en la sociedad para garantizar la seguridad pública por encima de la seguridad social. En este sentido la faceta social del Estado en Colombia es más bien una faceta punitiva que propende por usos excepcionales del derecho penal. Por lo tanto, el Estado Social, ha retrocedido en Colombia hacia una “faceta conservadora” o si se quiere “autoritaria”, porque luego de veinte años de vigencia de la Constitución, el órgano ejecutivo sigue utilizando reiteradamente la figura de la excepcionalidad, sobretodo en su faceta punitiva, hasta la fecha se han declarado diez (10) estados de excepción y de estos,

7 (siete) han sido de conmoción interior. Lo anterior, controvierte, tanto el uso esporádico de la figura de la excepcionalidad como la supuesta prevalencia de los derechos fundamentales sobre las normas de orden público.

Existe una amplia jurisprudencia de la Corte que desarrolla el aspecto “social” conservador de nuestro modelo de Estado, por ejemplo: la sentencia C-046 de 1995, que declaró la exequibilidad del decreto 1902 de 1995 sobre la conmoción interior producto de la muerte de Álvaro Gómez Hurtado que limita fuertemente la libertad de información, o el decreto 3930 de 2008 que interviene el derecho al trabajo dando facultades al Consejo Superior de la Judicatura y al gobierno nacional para reestructurar la administración judicial a raíz del paro judicial (Montoya, 2009; Gómez y Orozco, 1999, p. 97)¹⁴.

Los peligros que comporta el constitucionalismo presente en la Constitución de 1991, arriesgan convertir la interpretación constitucional en una figura que favorece las intervenciones del ejecutivo, en cabeza del Presidente, avalada por los jueces, pero también deja al derecho constitucional como un derecho abierto a las intervenciones del derecho internacional y de la política exterior de los Estados Unidos, a través de tratados internacionales que se valen de la lucha por los derechos humanos para incorporar tipos penales asociados a la derrota del enemigo, y para solicitar extradiciones que contribuyen a elimi-

nar amigos incómodos o rivales poderosos, siempre recurriendo a la vía del narcotráfico y del terrorismo. Los artículos 93, 94 y 150, numeral 16 de la Carta sirven de ejemplo.

Así las cosas, en un escenario de crisis del modelo de Estado Social, tanto en el mundo como en Colombia, las intervenciones sociales para garantizar las distribuciones de riqueza y con ello contener las posibles causas de la criminalidad, dentro de las cuales se puede identificar la extrema pobreza en un contexto cultural de grandes expectativas, son sustituidas por una política basada en la represión y la lucha contra el terrorismo como una de sus vertientes.

Si a la política de seguridad favorecida por un modelo constitucional de represión penal se le añade un derecho penal de enemigo construido como una reproducción de la política antidrogas de los Estados Unidos en los años 60 y 70 (Orozco, 1998) se tiene entonces un marco jurídico cada vez más propicio para una pérdida de soberanía en la política criminal sustituida por las determinaciones de poderes externos, hoy en día de la política de la “comunidad internacional”.

En este punto es necesario rescatar la política exterior de los Estados Unidos en Colombia, en los años 80 y 90, que introdujo el tema de la extradición de colombianos por nacimiento en la reforma constitucional de 1994, y a su vez, que impulsó la suscripción de tratados internacionales para la lucha contra el narcotráfico y el terrorismo a través de programas bilaterales como el Plan Colombia en los años 90 y los acuerdos contra el narcotráfico y el terrorismo durante los años 70 y 80.

Cabe señalar que existen un sin número de investigaciones que señalan la influencia de la política exterior de los Estados Unidos en la política interna colombiana. Para el caso pueden relacionarse los trabajos de Pardo Leal, Sandra Borda, Jorge Child, Juan Gabriel Tokatlian y Germán Cavalier.

En el caso del narcotráfico, la influencia de la política internacional en la política interna se caracterizó por una transformación de las lecturas sobre la guerra hacia una narcoguerra, de los actores armados como narcoguerrillas o narcoterroristas, transformación que permitió una satanización de la figura del narcotráfico y terminó abarcando todas las esferas del conflicto armado interno, desde este dispositivo.

14 En este sentido, es importante rescatar los análisis de Juan Gabriel Gómez e Iván Orozco respecto a los peligros del nuevo constitucionalismo en material criminal. En uno de los capítulos del libro citado titulado “El Estado social al servicio del derecho penal de enemigo: un peligro todavía incipiente” los autores señalan que pese a los avances de la Corte Constitucional colombiana en ordenar gastos en materia social, como por ejemplo en sentencias como la que permite cambiar la tasa de interés de vivienda o la que obliga a cubrir las necesidades de salud de los presos; el Estado colombiano se encuentra todavía en una situación económica bastante precaria, por lo que la mayoría de estos fallos se han quedado sin ejecutarse o sin cumplirse. En el Estado colombiano existe una economía considerada por los autores como “relativamente pobre” y una sociedad “con poco desarrollo efectivo”. Esta situación aunada a una pérdida del papel del órgano legislativo para producir normas sociales, ha hecho del Estado Social colombiano un Estado que propenda más por la legitimación simbólica del papel del Estado que por una verdadera legitimidad efectiva del papel del mismo. Es decir, el Estado a partir de los diferentes fallos de la Corte Constitucional ha buscado mostrar que sí tiene un papel efectivo en la protección de derechos, pero, las órdenes dadas al ejecutivo o al legislativo no se han cumplido. Los gastos ordenados no se cumplen –véanse por ejemplo las sentencias relativas al estado de cosas inconstitucionales- por lo tanto dichos fallos han servido más de fachada que en la realidad para reafirmar el papel del gobierno en el cumplimiento de derechos sociales y no como verdaderos gastos efectivos (Gómez y Orozco, 1999, p. 95-96).

Globalmente estas decisiones internas, mediante las cuales se acatan determinaciones externas, particularmente las referidas al tratamiento del conflicto o de la guerra, son lideradas por los gobiernos y confirmadas por los parlamentos.

Así entonces, "sin mucho control democrático, los presidentes de los Estados, a través de acuerdos intergubernamentales han ido tejiendo la red correspondiente" que configura un concierto global de lucha anti terrorista (Orozco y Gómez, 1999, p. 22).

CONCLUSIONES

En un contexto de erosión o crisis del Estado Nación, donde no existe una soberanía definida como en el Estado colombiano, no parece conveniente establecer un tratamiento del enemigo desde la absolutización de la hostilidad, sino que es necesario hacerlo desde su relativización.

Por ende debería partirse de una ausencia de derecho y más bien concebir el combate entre el Estado y sus enemigos como un combate por la construcción de la soberanía y con ella del ordenamiento jurídico. Combate donde no existe realmente el derecho, por lo tanto, quien disputa dicha soberanía, según sus dimensiones y la capacidad de configurar contrapoderes, deberá ser también tenido como un actor con pretensiones soberanas, siempre enemigo relativo, no absoluto, tal y como correspondería a un Estado en construcción.

La respuesta en una guerra por la definición del orden jurídico interno a través del enfrentamiento entre enemigos relativos que disputan la soberanía interna estatal, es la no aplicación del derecho penal de enemigo, sino más bien, la negociación del conflicto que permita a ambos contrincantes construir el derecho, y no partir de la base de que dicho derecho ya existe como posibilidad única.

El conflicto en Colombia deben entenderse como un eje estructurante de referentes, identidades y como conformador de ciertos tipos de orden. La ceguera de un análisis a partir de la lógica del Estado como la no guerra y de la guerra como la ilicitud, impide vislumbrar los procesos, racionalidades y objetivos de las fuerzas en conflicto, pues las subordina a una razón impropia como la del derecho.

La guerra en Colombia con sus especificidades, opera desde racionalidades distintas incluso desde lega-

lismos e ilegalismos, paralelos al orden estatal que funcionan con normatividades incluso, en ocasiones, similares.

Cada uno de los actores armados en Colombia tiene el control sobre un sector del territorio del Estado, pero estos dominios o controles, son dominios móviles, no establecidos, así como tampoco está establecido el dominio del Estado mismo. Son dominios que transitan en temporalidades y espacios distintos, donde la presencia de un grupo desplaza a otro, y este al Estado. Sin embargo, aunque siendo estos dominios no establecidos o dominios móviles, cada uno de los actores, ha creado referentes e identidades, y tienen dominio sobre algunos recursos naturales y están organizados bajo una autoridad de mando superior.

Son órdenes que estructuran tipos de soberanía en el territorio colombiano, soberanías múltiples, cada una con sus órdenes, autoridades, fuerza coercitiva y normatividad; cuasi-estados en formación, a través de los cuales se crean además formas de representación.

En estos espacios, se crean distintas formas de sociabilidad, identidades, es decir, formas de orden, que son obedecidas y definen pertenencias e identidades a partir de normas que operan desde una estructura organizada con mandos, actividades, tributos, organizaciones.

Con todo ello, el conflicto armado en Colombia ha asumido el carácter de una verdadera guerra, guerra por el territorio, guerras por la soberanía y todavía guerras con connotaciones antiguas, como las de los territorios europeos a los que se refiere Carl Schmitt, dado que el objeto de las mismas es la usurpación de la soberanía que en tiempos modernos debería entenderse ya consolidada.

Sin embargo el tratamiento que se ha dado a las fuerzas insurgentes o a los guerreros, se ha caracterizado por la estigmatización del enemigo o el delincuente político, en figuras como el terrorismo y el narcotráfico.

La guerra en Colombia, como una guerra por el espacio, no admite una clasificación o estigmatización del rebelde o el combatiente como terrorista, en el sentido de que este es portador de un proyecto político y la guerra en Colombia es una guerra cuya característica esencial es el dominio territorial, la dominación del espacio, y distinto a una forma de terror que poco o nada tiene que ver con la dominación territorial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICA

- Aponte, A. (2008). La guerra y el derecho: dinámica cotidiana del poder de definición. *Revista Derecho Público*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Arendt, H. (1995) *¿Qué es la política?* Traducción de Rosa Sala Carbó. Barcelona: Paidós.
- Benegas, J. M. (2004). *Diccionario de terrorismo*. Madrid: Espasa.
- Giraldo, J. (2004, 23 de noviembre). *El concepto de terrorismo*. En *Desde los márgenes*. Recuperado el 20 de julio de 2011 disponible en <http://www.javiergiraldo.org/spip.php?article86>
- González, J. (2002). El terrorismo: La utilidad del miedo. *Estudios Políticos*. No. 21, pp. 129-142.
- González, J. (2007). La justicia transicional o la relegitimación del derecho penal. *Estudios Políticos*, No. 31, pp. 23-42.
- Franco, V. L. (2009). *Orden contrainsurgente y dominación*. Bogotá: Siglo del Hombre editores.
- Montoya, M. A. (2010). La guerra y la paz en el pensamiento político de Hans Kelsen. En Edgar Hernán Fuentes Contreras (coord.). *Hans Kelsen: Una teoría pura del derecho*. Bogotá: Facultad de Relaciones Internacionales y Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Jorge Tadeo Lozano.
- Orozco, I. & Gómez, J. G. (1999). *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*. Bogotá: Temis – IEPRI.
- Orozco, I. (2006). *Combatientes, rebeldes y terroristas: Guerra y derecho en Colombia*. Bogotá: Temis.
- Pernet, E. (2005). *La geopolítica tras el 11 de septiembre: absolutismo global o crisis de hegemonía*. Medellín: Lealon.
- República de Colombia. Congreso de la República. Proyecto de acto legislativo No. 2 del 19 de diciembre de 2003. "Por medio del cual se modifican los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución Política de Colombia para enfrentar el terrorismo.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-818. (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; 30 de agosto de 2004).
- Schmitt, C. (1932). *El concepto de lo político* (Quinta reimpresión, 2009). Madrid: Alianza editorial.
- Schmitt, C. (1977). El País diario de España. Recuperado el 10 de septiembre de 2011. En http://www.elpais.com/articulo/opinion/amnistia/fuerza/olvidar/elpepiopi/19770121elpepiopi_7/Tes/
- Schmitt, C. (1969). Teología Política II. La leyenda de la liquidación de toda teología política. En Aguilar, Héctor Orestes (Prólogo y selección de textos). *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Serrano, E. (2009). *Giraldo Ramírez Jorge: Guerra civil posmoderna*. Bogotá: Universidad EAFIT – Universidad de Antioquia - Siglo del hombre.
- Villegas, M. (1993). *La eficacia simbólica del derecho: examen de situaciones colombianas*. Bogotá: Uniandes.