

EL DEBIDO PROCESO COMO LIMITANTE DE POLÍTICAS CRIMINALES RESTRICTIVAS DURANTE LOS ESTADOS DE CONMOCIÓN INTERIOR: ANÁLISIS A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991.

THE DUE PROCESS AS BOUNDING OF CRIMINAL RESTRICTIVE POLICIES DURING THE CONDITIONS OF INTERIOR COMMOTION: ANALYSIS From THE CONSTITUTION GIVES 1991.

Abg. Pedro Alejandro Amézquita Niño*
Esp. Mónica Rocío Mejía Parra**

Fecha de entrega: 06-02-2013
Fecha de Aprobación: 16-04-2013

RESUMEN***

Con la Constitución de 1991 se plasmaron límites materiales y temporales para el ejercicio de las facultades legislativas del poder ejecutivo en situaciones de Conmoción Interior; fijándose parámetros precisos para su declaratoria; y además se plasmaron los principios de proporcionalidad, de necesidad, de intangibilidad de derechos humanos, de temporalidad y el principio de legalidad. Lo anterior como respuesta al uso abusivo que se le dio a la figura del estado de sitio durante la vigencia de la constitución de 1886, lo anterior, en aras de garantizar el debido proceso. Sin embargo, en la técnica legislativa se siguen plasmando procedimientos contrarios al principio de favorabilidad o legalidad, como la toma ilícita de la prueba, que desconoce las garantías mínimas del procesado, al

*** Artículo de investigación, resultado del proyecto terminado. “El debido proceso como limitante de políticas criminales restrictivas durante los estados de conmoción interior. Análisis a partir de la Constitución de 1991”, vinculado a la línea de investigación de Derecho Penal y Derechos Humanos del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Universidad Santo Tomás de Tunja. Método: hermenéutico jurídico tomando como fuentes jurisprudencia sobre derecho penal y doctrina sobre el mismo tema.

* *Pedro Alejandro Amézquita Niño, abogado litigante de la Universidad Santo Tomás, seccional Tunja. Alejo891211@hotmail.com, 3134842506.*

** *Mónica Rocío Mejía Parra, funcionaria judicial. monica_rocio_90@hotmail.com, 3103216055.*

partirse de indicios, como el caso de la interceptación de las telecomunicaciones y la captura por simples planeamientos, que en un Estado Social de Derecho resulta del todo inconstitucional incluso en Estados Conmoción interior, al primar los derechos fundamentales por encima de Seguridad Nacional.

PALABRAS CLAVES

Políticas criminales restrictivas, Estado de Conmoción Interior, Debido Proceso.

SUMMARY

In the 1991 constitution were embodied material and temporal limits for the exercise of legislative powers of the executive in situations of internal commotion, by looking for declaratory precise parameters, and also distilled the principles of proportionality, necessity, of the inviolability of rights human temporality and the principle of legality. This response to the abuse that was given to the figure of the siege during the term of the constitution of 1886, above, in order to guarantee due process. However, the legislative technique are still shaping procedures contrary to the principle of favorability or legality, including the taking of illegal test, which ignores the minimum guarantees of the process, from hints, like the case of interception of telecommunications and capture by simple planning, in a social state of law is entirely unconstitutional even in the unrest, the fundamental rights prevail over national security.

KEY WORDS:

Criminal policies restrictive Enemy Criminal Law, State of emergency, due process,

RÉSUMÉ :

Avec la Constitution de 1991 sont matériel imprimé en permanence et limites temporelles pour l'exercice des pouvoirs législatifs du pouvoir exécutif dans les situations de bouleversement interne; définition des paramètres précis pour sa déclaration ; et les principes de proportionnalité, de nécessité, de l'inviolabilité des droits de l'homme, de la temporalité et le principe de légalité est aussi traduit. Ceci en réponse à l'abus, donné à la figure de l'état de siège pendant la durée de la Constitution de 1886, afin de garantir une procédure régulière. Cependant, la technique législative façonnent encore des procédures à l'encontre du principe de légalité, comme la prise illégale de test, ce qui est inconnu aux garanties minimales de l'accusé d'éléments de preuve, selon le cas de l'interception de télécommunications et de la capture par des plans simples, que dans un État Social de la Loi est entièrement inconstitutionnelle même dans le vacarme des États à l'intérieur ou de favorabilité, aux droits fondamentaux premiers au-dessus de la sécurité nationale.

MOTS-CLÉS: Politiques restrictives en matière pénale, l'état d'urgence, une procédure régulière.

Sumario: 1. Introducción, 2. Metodología, 3. Resultados, 3.1 Políticas restrictivas del derecho penal del enemigo y la constitución de 1886, 3.2 Estado Social de derecho y debido proceso en materia penal, 3.3 Restricciones constitucionales en la estructuración del poder punitivo del Estado en condiciones de normalidad, 4. El debido Proceso y Principio de favorabilidad en el estado de conmoción interior, 4.1 Régimen general del poder punitivo del Estado durante los estados de conmoción interior, en un estado social de derecho, 4.2 Garantía del debido proceso a partir del cumplimiento de los requisitos formales y materiales del decreto que declara el estado de conmoción interior, 5. Casos de confrontación entre el debido proceso y políticas criminales restrictivas en estados de conmoción interior, 6. Conclusiones, 7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Con el conflicto armado colombiano, como en la mayoría de las actuales guerras del mundo, la población civil es la más afectada, lo anterior ha generado una serie de políticas criminales restrictivas en diferentes países que se han caracterizado por el desconocimiento de las mínimas garantías para aquel individuo que ha tenido como único objetivo la destrucción del orden legal, y que genera al interior de la sociedad una zozobra e incertidumbre que pone en inminente peligro los bienes tutelados relativos a la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana.

Ante esta situación el Poder Ejecutivo para proteger el orden público ha acudido a la figura del Estado de Conmoción interior regulado por nuestra Constitución en el artículo 217 y la ley 137/94, por medio de la cual, en su artículo 44, se le otorga la facultad de crear tipos penales e incluso aumentar las penas, para contener episodios de inestabilidad institucional. Sin embargo cuando se examina este artículo a la luz de una Carta Política que responde a la configuración de un Estado Social de derecho, se hace inevitable estudiar los límites a la facultad legislativa del Poder Ejecutivo en estas situaciones, que la mayoría de las veces resultan ser el fruto de hostilidades de grupos estructurados que no cumplen con las reglas mínimas establecidas por el derecho internacional humanitario.

Por otro lado, en vigencia de la constitución de 1986 y la figura de Estado de Sitio, se dio aplicación a una política de resistencia que tenía por objeto una pena severa sin tener en cuenta los preceptos legales o las

garantías del individuo. Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 se establecieron límites a las facultades del Poder ejecutivo durante los Estados de Conmoción Interior. Pero, cuando entran en conflicto los derechos fundamentales como el debido proceso que no se puede limitar en estas situaciones y la estabilidad del orden público que se ha puesto en peligro inminente, se hace necesaria una ponderación entre estos bienes tutelados, dado que las herramientas policiales básicas se tornan insuficientes para contener la fuerza lesiva.

Lo anterior, nos ha llevado a plantearnos al interior de la Universidad Santo Tomas, seccional Tunja, una serie de cuestionamientos en torno a la técnica legislativa de políticas criminales restrictivas que el poder ejecutivo podría formular como solución a la necesidad de garantizar el Orden público. Siendo así nuestro principal el establecer si **¿En aras de garantizar la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana en un Estado de conmoción interior, el poder ejecutivo del Estado Colombiano Social de Derecho puede suprimir las garantías constitucionales del infractor que ha colocado en peligro inminente el orden público por medio de políticas restrictivas hasta el punto de vulnerar el debido proceso?**

De esta forma, nuestro principal objetivo radicará en Demostrar la inaplicabilidad de políticas criminales restrictivas que vulneren el debido proceso en Estados de conmoción interior a pesar de su efectividad para restablecer el orden público en el Estado Colombiano. Para cumplir con éste, nuestros objetivos específicos fueron:

El debido proceso como limitante de políticas criminales restrictivas durante los estados de conmoción interior: análisis a partir de la constitución de 1991.

1. Establecer los límites constitucionales y legales del poder punitivo del Estado durante los estados de Conmoción interior y en situaciones de normalidad.
2. Evaluar la aplicabilidad de políticas criminales restrictivas en Estados de Conmoción interior en un Estado Social de Derecho.
3. Realizar una casuística con base en los decretos de conmoción interior para establecer límites legislativos de la Rama Ejecutiva y las restricciones al debido proceso.

Como parte inicial de esta investigación, en primera medida se tratará el tema de políticas restrictivas del derecho penal del Enemigo en la Constitución de 1886; para lograr establecer la incidencia que trajo consigo la Constitucionalización del derecho penal, a través del estudio de la estructuración del tipo penal en condiciones normalidad; luego se revisará el tema de la técnica legislativa del poder ejecutivo durante los Estados de conmoción interior con el fin de definir los límites constitucionales y legales a los que se ve sujeta. Lo anterior nos llevará inexorablemente a establecer el debido proceso como limitante de políticas restrictivas en estados de conmoción interior, el cual no se puede sacrificar ni siquiera limitar en aras del orden institucional.

2. METODOLOGÍA

Este trabajo utiliza como método el analítico conceptual realizado mediante una metodología documental descriptiva, teniendo como base los conceptos de derecho penal del enemigo, Constitucionalización y políticas restrictivas de Derecho Penal, Estado de Conmoción interior y conflicto armado. De esta forma se aplicará igualmente un método de análisis deductivo.

Lo anterior, debido a que el Estudio es hasta ahora un avance sobre lo pretendido por esta investigación.

3. RESULTADOS

3.1 POLÍTICAS RESTRICTIVAS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y LA CONSTITUCIÓN DE 1886.

Con la Constitución de 1886, se implementó el sistema francés con la figura del estado de sitio, siendo este el sistema más clerical y represivo en la historia. Su estructura represiva sobrevivió las reformas comprendidas entre 1910 a 1968, las cuales no solucionaron el principal problema, de este estado de excepción o de sitio, radicado en la indeterminación de su aplicación al darse tanto para los casos de guerra como para los de conmoción interior sin diferenciarlos. Lo anterior, desembocó en arbitrariedades y abusos cuando se contenía la amenaza al orden público para restablecer la seguridad dado que el poder ejecutivo uso la figura sin premeditación, ni limitación alguna, pues no existía un control político real ni uno judicial sobre las declaratorias de Estado de Sitio.

Entre 1957 a 1978 el Estado de Sitio fue implementado para cohibir la protesta ciudadana en las zonas urbanas y para contra atacar la subversión en los campos. Después, desde 1978 a 1991 el estado de excepción perdió fuerza al ser tergiversado como mero mecanismo de coerción contra organizaciones dedicadas al narcotráfico y la subversión. Lo anterior conllevó a que se adaptara al estado de seguridad como uno de excepción, dadas las repeticiones bélicas y los largos tiempos de alteración dentro de nuestro estado, el estado de excepción adquirió una mera función notarial (GARCÍA VILLEGAS, 2001)

El Derecho penal del enemigo, se ha caracterizado por ser una política reduccionista que tiene su origen en la necesidad de resistencia frente a conductas de individuos colectivizados que constantemente amenazan la seguridad y la convivencia de la sociedad. Así, esta política criminal, pretende despojar de la categoría de ciudadanos a determinados sujetos que deben ser tratados como meras “fuentes de peligro”, a los que hay que neutralizar a cualquier precio. Esta política criminal también puede caracterizarse, por un amplio adelantamiento de la punibilidad, la adopción de una perspectiva fundamentalmente prospectiva, un incremento notable de las penas, y la relajación o supresión de determinadas garantías procesales individuales (DEMETRIO, 2003).

Frente a la diferenciación de persona y enemigo, para dar aplicación de la ley su principal exponente, Jakobs, sostiene la tesis de que el derecho penal del ciudadano es aquel que sanciona los delitos e infracciones de normas, que han sido ejecutados por los ciudadanos de manera incidental y que normalmente constituyen simplemente expresiones de abusos, que pueden ser reparadas. El Estado ve en el autor no un enemigo que deba destruirse, razón por la cual le mantiene su estatus de ciudadano y le da la oportunidad de reintegrarse. A contrario sensu, son enemigos de la sociedad quienes se han incorporado a organizaciones estructuradas que operan al margen del derecho, de modo duradero y no solo de manera incidental, con el único objetivo de infundir miedo e inseguridad, mediante comportamientos que no están dentro del ámbito de las relaciones conocidas como

legítimas, sino que son una expresión de actividades delictivas como el terrorismo, el narcotráfico y la trata de personas (JAKOBS & CANCIO MELIÁ, 2003).

En vigencia de la constitución de 1986 y la figura de Estado de Sitio, se dio aplicación a una política de resistencia que tenía por objeto una pena severa sin tener en cuenta los preceptos legales o las garantías del individuo. Con esto se trató de garantizar el orden público y la seguridad nacional, lo cual configuró el derecho penal del enemigo, en virtud del cual se protegen los derechos de los demás individuos que no han perdido su condición y no se pueden calificar como enemigos de los que afrontan este calificativo dada la exteriorización de sus hechos delictivos que confirman la teoría normativa al hacer actuar la ley penal para combatir su peligrosidad y que conlleva legalmente a las medidas que se tomaron para ese entonces.

3.2 ESTADO SOCIAL DERECHO Y DEBIDO PROCESO EN MATERIA PENAL

El cambio político de un Estado liberal de derecho, caracterizado por fundarse en la soberanía nacional y en el principio de legalidad, a un Estado Social de derecho conllevó la armonización de la concepción clásica del Estado con la condición social del mismo, al encontrar en la dignidad de la persona el centro de todo el ordenamiento jurídico. Para la sociedad que ha abocado por el liberalismo constitucional no hay nada máspreciado que mantener los marcos formales y materiales del Estado de Derecho, al implicar a largo plazo, la garantía de efectividad de principios, derechos y deberes constitucionales (Constitución Política de Colombia. Art. 2. Julio 20 de 1991).

El debido proceso como limitante de políticas criminales restrictivas durante los estados de conmoción interior: análisis a partir de la constitución de 1991.

El Estado Social de Derecho no se agota en las meras formas sino que propugna por el reconocimiento y legitimación de contenidos valorativos esenciales y superiores que se han expresado en principios jurídicos tanto en el derecho en general como en el penal (FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1998) Así, la fórmula de Estado Social de Derecho obliga al derecho penal, al igual que a las demás ramas del ordenamiento jurídico, a estar nutrido por los principios constitucionales, caracterizados por la exaltación a la dignidad, libertad y el respeto de los derechos humanos.

Por otra parte, el debido proceso en sentido formal implica que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las ritualidad establecidas previamente, es decir es la sumatoria de actos preclusivos y coordinados, cumplidos por el funcionario competente, en el lugar y oportunidad debida, con las formalidades legales que aseguran la no admisión de tratos diferenciales. Mientras, que sentido material, significa el adelantamiento de las etapas del proceso con sujeción de las garantías constitucionales y legales (SUÁREZ SÁNCHEZ, 2001) Este derecho fundamental se ha caracterizado por estar consagrado en diferentes instrumentos normativos que van desde la Constitución Política de Colombia, artículo 29, hasta la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en su artículo 7; y la declaración universal de los derechos humanos, en los artículos 8, 9,10 y 11.

“El derecho al debido proceso es el conjunto de garantías que buscan asegurar a los interesados que han acudido a la administración pública o ante los jueces, una recta y cumplida decisión sobre sus derechos. El incumplimiento

de las normas legales que rigen cada proceso administrativo o judicial genera una violación y un desconocimiento del mismo. Corte Constitucional. Sentencia C-339/96. (Magistrado Ponente Julio César Ortiz Gutiérrez; 1 de agosto de 1996.)

Así, conforme a lo anterior podemos afirmar que la Constitución Política al consagrar un catálogo de garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial, cuyo reconocimiento se efectiviza a partir de su protección procesal, implica para el poder ejecutivo una limitante en el desarrollo de su actividad legislativa, en estados de excepción, al no poder desconocer o suspender derechos fundamentales como el debido proceso.

3.3 RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES EN LA ESTRUCTURACIÓN DEL PODER PUNITIVO DEL ESTADO EN CONDICIONES DE NORMALIDAD

En condiciones de normalidad el legislador tiene libertad de configuración legislativa para establecer las conductas punibles, teniendo como única limitante la constitución. Prueba de ello es la sentencia C-816/04 por medio de la cual se declara la inconstitucionalidad del acto legislativo 02 de 2003, que pretendió reformar los artículos 15, 24, 28 y 250 constitucional para implementar políticas criminales restrictivas que correspondía al llamado Derecho Penal del Enemigo por medio de disposiciones que limitaban los derechos fundamentales de los ciudadanos, como el de la intimidad.

Para la estructuración del tipo penal como de la sanción se debe tener en cuenta

los siguientes presupuestos: (1) **Deber de estricta legalidad** que materializa el principio de irretroactividad de las leyes penales (salvo favorabilidad), y la obligación de definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca; (2) **Deber de respetar los derechos constitucionales**. Y (3) el **Deber de respeto por los principios de proporcionalidad o “prohibición de exceso” y razonabilidad**.

El establecimiento de tratamientos diferenciales obliga a que se realice un juicio de idoneidad del tipo penal con respecto al beneficio. A su vez este principio da lugar al principio de antijuridicidad, deducido jurisprudencialmente de los artículos 1° (Estado social de derecho, principio de dignidad humana), 2° (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5° (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6° (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales). Corte Constitucional Sentencia C-939/02. (Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett; 31 de octubre de 2002).

El Estado Social de Derecho, donde la dignidad humana ocupa un lugar de primer orden, la configuración del tipo penal debe estar ajustada a la utilización de medidas que sean justas y que correspondan a una ponderada coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades. Lo anterior implica:

“(...) La renuncia a teorías absolutas de la autonomía legislativa en

materia de política criminal. La estricta protección de los bienes jurídicos y los derechos inalienables de la persona (CP art. 5), toman la dignidad e integridad del infractor penal en límite de la autodefensa social. El contenido axiológico de la misma delimita el ejercicio de la función pública y la responsabilidad de las autoridades.(...) Sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas”. Corte Constitucional Sentencia C-939/02. (Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett; 31 de octubre de 2002).

Tendencias que avoquen por el uso del derecho penal del enemigo como pretensión de validez y eficacia va en contra de los preceptos constitucionales y la legislación internacional, lo cual genera una incompatibilidad con la idealización de estado de derecho y el principio de igualdad partiendo del fin de la estabilidad del sistema en pro de la seguridad planteado por el derecho penal del enemigo y ejecutado durante un estado excepción.

Dicho tensionamiento existente entre los principios de seguridad y libertad manejados por el derecho penal moderno resulta difícil de equilibrar según palabras de Francisco Muñoz Conde el cual menciona “nunca será posible conseguir una total seguridad y no conviene terminar con la libertad ni aún con la mínima de la que gozan los procesados”. (MUÑOZ CONDE FRANCISCO, 2003)

Conforme a lo anterior nos lleva a sostener que un derecho penal que desconozca la vigencia de los derechos y libertades personales del infractor, reduciéndolo a un “enemigo de la sociedad”, por medio de políticas que sobrepasen los presupuestos del derecho adjetivo del ciudadano imponiendo investigaciones encubiertas e intervenciones en las telecomunicaciones en un Estado Social de Derecho desconoce principios tan fundamentales como el de proporcionalidad y favorabilidad, quedando a la voluntad del ejecutor la sanción que no correspondería a la voluntad democrática. Esto a su vez se traduce en la violación al debido proceso al materializarse la diversidad de trato en el cual la condena responde a elementos subjetivos y no objetivos previamente establecidos.

La conclusión anterior, la ubicamos dentro de un espacio de normalidad, es por eso que debemos plantear la posibilidad de limitar e incluso suprimir las garantías procesales del infractor hasta el punto de vulnerar el debido proceso en pro de la seguridad nacional cuando estamos en situación de conmoción interior.

4. EL DEBIDO PROCESO Y PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN EL ESTADO DE CONMOCIÓN INTERIOR¹

Tanto la jurisprudencia como la doctrina han recalcado la importancia de la constitución de 1991 en lo referente a los estados de excepción, pues en su articulado se plasmaron límites materiales y temporales dirigidos a garantizar la legitimidad en el ejercicio de las facultades presidenciales en estas situaciones como respuesta al uso abusivo que se le dio a la figura del estado de sitio durante la vigencia de la constitución de 1986. La Corte al

abordar esta temática se ha referido a los Estados de Excepción como situaciones previstas por la constitución para evitar la destrucción todo el ordenamiento jurídico. Corte Constitucional. Sentencia C-939/02. (Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett; 31 de octubre de 2002).

El estado de conmoción interior es un acto jurídico y político y uno de los regímenes de excepción que de manera facultativa puede ser declarado por el Presidente de la República y que de acuerdo con el artículo 213 constitucional debe cumplir con los siguientes presupuestos: (1) **el supuesto fáctico** de perturbación del orden público, (2) que está sometido a una **valoración presidencial** y que por último (3) que sea el resultado de un **juicio insuficiencia de las atribuciones ordinarias** de las autoridades de policía. Por otro lado, el ámbito espacial abarca todo el territorio nacional o una parte de éste, y respecto del ámbito temporal, se tiene un límite de noventa (90) días prorrogables por dos periodos iguales. Corte Constitucional. Sentencia C-802/02 (Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño; 2 de octubre de 2002).

En la apreciación de los supuestos de facto deberá demostrarse la inminente gravedad en contra de la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana. Lo anterior implica a su vez que los decretos legislativos solamente puedan referirse a materias que tengan relación directa y específica con el bien jurídico a tutelar. Por otro lado, las medidas que tome el Ejecutivo deben ser únicamente las necesarias, la cuales deben tener una finalidad en un doble sentido: impedir un uso excesivo de las atribuciones excepcionales; en segundo

¹ Cuando se haga referencia a la ley 137 de 1994 estatutaria de Estados de Excepción en el presente trabajo se trabajará con la abreviatura (LEEE)

lugar, proscribir el empleo de atribuciones que no sean necesarias que a su vez se relaciona con el principio de necesidad. Corte Constitucional. Sentencia C-070/09. (Magistrados Ponentes Humberto Antonio Sierra Porto y Clara Elena Reales Gutiérrez; 12 de febrero de 2009).

Además, se debe hacer la distinción entre derechos intangibles y derechos limitables. Corte Constitucional. Sentencia C-070/09. (Magistrados Ponentes Humberto Antonio Sierra Porto y Clara Elena Reales Gutiérrez; 12 de febrero de 2009). Los primeros durante los estados de excepción deben garantizarse su pleno y efectivo derecho, los cuales no susceptibles de restricción alguna, mientras que los segundo si se pueden restringir de acuerdo con las reglas de la ley 137/94: (1) la limitación debe ser necesaria para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria (art. 6); (2) no se puede afectar su núcleo esencial y se deberán establecer las garantías y controles para su ejercicio (art. 7); (3) debe justificarse expresamente las limitaciones (Art. 7); (4) la limitación sólo será admisible en el grado estrictamente necesario (art. 13). Dentro de los derechos intangibles expresamente consagrados resaltamos el derecho a la vida y a la integridad personal; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; y la no suspensión de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

A lo anterior, se suma la obligación de respetar el derecho humanitario que se traduce en un deber tanto para el Estado Colombiano como de las partes en conflicto, en aplicación del artículo 93 Constitucional, que prohíbe la limitación de los derechos humanos contenidos

en el bloque de constitucionalidad y el Artículo 214 que establece que en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Por su parte el artículo 1 común del Convenio de Ginebra genera para el Estado colombiano una doble obligación: abstenerse de realizar o tolerar cualquier acto que genere una infracción al DIH, y por el otro, impedir una infracción del derecho por parte de otras personas o agentes no estatales. (Valencia Villa, 2007).

Lo anterior son los límites constitucionales y legales que se les ha impuesto a las facultades presidenciales durante los estados de excepción para evitar arbitrariedades y regímenes de terror. Pero cuando venimos a abordar la temática del Estado de conmoción interior en un Estado Social de Derecho golpeado por el conflicto armado que ha causado un caos en el orden público debemos examinar las restricciones del poder punitivo a partir de los principios que se derivan de los tratados internacionales y demás disposiciones del ordenamiento jurídico si queremos preservar el debido proceso y evitar que el Estado convierta el procedimiento penal en un instrumento de castigo en lugar de un sistema de juzgamiento imperativo de los estados democráticos garante del debido proceso.

4.1 Régimen general del poder punitivo del Estado durante los estados de conmoción interior, en un Estado Social de Derecho.

El régimen de facultades gubernamentales durante los estados de excepción está regulado por la constitución y la ley estatutaria 137 de 1994. A lo anterior se suma la obligación de respetar el complejo del Bloque de Constitucionalidad

El debido proceso como limitante de políticas criminales restrictivas durante los estados de conmoción interior: análisis a partir de la constitución de 1991.

y requisitos formales y materiales que deben contener un decreto por medio del cual se declara el estado de Excepción. Estos cuatro instrumentos son los que permiten que en Estados de Conmoción se logre garantizar el debido proceso a pesar de las circunstancias restrictivas que deban tomarse para restablecer el orden público. Lo anterior sin olvidar, que el régimen de los estados de excepción se sustenta en la necesidad de lograr la efectiva protección de los derechos:

“La restricción de las libertades y derechos fundamentales ha de tener como propósito esencial la preservación de esos mismos bienes, que de ninguna manera pueden ser destruidos sino provisoriamente limitados, con el propósito de que la obediencia al derecho se restaure y las libertades y derechos recobren la vigencia plena de que gozan en tiempo de normalidad. Corte Constitucional. Sentencia C -179/94. (Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz; 13 de abril de 1994).

4.2 Garantía del debido proceso a partir del cumplimiento de los requisitos formales y materiales del decreto que declara el estado de conmoción interior.

Para el establecimiento del tipo penal por medio del Decreto legislativo fruto del Estado de conmoción se deben tener en cuenta los siguientes principios de acuerdo a la constitución y LEEE: **(1) Principio de Restricción material.** Constitución Política de Colombia. Art. 213. Por el cual solo es posible sancionar comportamientos que atenten de manera inminente contra el orden público y que “no pueda ser

conjurada mediante el uso de atribuciones ordinarias de las autoridades de policía” **(2). Principio de Finalidad.** Deben describirse los comportamientos que pongan en peligro directo el orden público. **(3) el destinatario de la norma, la conducta y el objeto de la misma,** deben estar en directa relación con las causas y motivos que dieron lugar a la declaratoria de conmoción interior, lo cual constituye un desarrollo del principio de necesidad y surge del respeto por la razonabilidad y la proporcionalidad estricta.

Respecto al principio de restricción material debemos señalar que la valoración de perturbación del orden público tiene unas condiciones normativas que deben ser compatibles con los diferentes instrumentos normativos internos e internacionales. (Constitución Política de Colombia. Art. 4. 20 de julio de 1991).

“Por otra parte, tampoco puede desconocerse que el concepto de orden público (...) su valoración está sujeta a condiciones normativas, en particular, a su compatibilidad con la Constitución y los tratados de derechos humanos y el derecho internacional humanitario”. (...) la valoración negativa (capacidad desestabilizadora) de la liberación de un alto número de personas sindicadas de realizar actos punibles como narcotráfico, terrorismo, etc., no podía asumirse como una alteración del orden público, pues suponía el desconocimiento, entre muchos, del derecho a la presunción de inocencia”. Corte Constitucional. Sentencia C-802/ 02. (Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño; 2 de octubre de 2002).

Si en el anterior caso la Corte hubiera negado el derecho a la presunción de inocencia habría violado el debido proceso (Constitución Política de Colombia. Art. 23. 20 de julio de 1991) cuando establece:

*“Toda persona se presume inocente mientras **no se la haya declarado judicialmente culpable**. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; **a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas**; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, **y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho**”*

De lo anterior se concluye que a partir de la aplicación del principio de restricción material que exige la compatibilidad entre la valoración de la perturbación del orden público y los derechos y libertades individuales, que no puede ser restringidos en estados de excepción, encontramos que aparte de ser una limitante para evitar arbitrariedades se convierte en un instrumento de control material y garante de dichos derechos y libertades. Esto permite hablar realmente de un debido proceso pues no debemos olvidar que en este caso el principio de inocencia recobra vida y genera el derecho a que se demuestre la culpabilidad de la persona con apoyo en pruebas fehacientes debidamente controvertidas, lo que permite hablar de la plenitud de las garantías procesales.

El principio de necesidad adquiere relevancia porque obliga a que exista una

motivación clara en la cual se justifique que conductas, realizadas por ciertas personas y la razón por la cual se deben limitar los derechos constitucionales (Art. 8 de la ley 137/94). Así, solamente se van a perseguir a aquellos sujetos que inequívocamente pongan en peligro los bienes jurídicos de acuerdo al tipo pena, sin incluir las conductas de personas que resulten inofensivas en la relación causal indicada. Corte Constitucional. Sentencia C-802/02. (Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño; 2 de octubre de 2002).

“Esta carga de hacer explícitas las razones, por otra parte, pone de manifiesto la diferencia entre las competencias ordinarias del legislador y las excepcionales del Gobierno, pues el primero puede argüir meras consideraciones de conveniencia, mientras que el segundo únicamente puede exponer razones de imperiosa necesidad, con lo que se refuerza el carácter limitado de sus competencias y facultades. Corte Constitucional. Sentencia C-939/02. (Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett; 31 de octubre de 2002).

Unido al anterior principio está el de la razonabilidad y proporcionalidad. Este último se deriva del artículo 214 de la Constitución, que dicta que “las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos”. El juicio de proporcionalidad estricto avoca para que se admita restricciones más intensas a los derechos constitucionales de los asociados, sin que ello implique anulación de los mismos y sujeto a condiciones. Por medio del juicio de estricta razonabilidad, se determinará si el tipo conlleva a una

restricción inadmisibles o excesiva del derecho constitucional involucrado por parte de la conducta que se busca reprimir y la manera en que se define, bien sea el tipo penal o la sanción que se impone, a fin de establecer si en sí mismo se revelan excesivos.

El principio de temporalidad representa un punto álgido cuando se aborda la temática de los tipos penales en los estados de conmoción interior y el debido proceso ya que se encarga de determinar las leyes bajo las cuales va a ser juzgado el infractor. Lo anterior permite la materialización del debido proceso pues al sindicado tendrá las garantías procesales de un juez preexistente a los hechos que dieron lugar a su juzgamiento el cual se realizará conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa.

Las facultades legislativas que se le otorgan al poder ejecutivo para dictar el marco normativo que define el uso de la fuerza y la capacidad de coacción del Estado son eminentemente temporales (Ley 137 de 1994. Por la cual se establecen los estados de excepción en Colombia. 2 de junio de 1994. Art. 213) a menos que se dé plena aplicación al principio de favorabilidad. Esto genera una serie de consecuencias para la tipificación de los delitos y en la modificación de las sanciones penales, debido a que la ley 137 de 1994 (art. 44) autoriza abiertamente al gobierno la alternativa de aumentar los tipos penales siempre que resulte idóneo y eficaz en términos constitucionales. De ahí, podemos establecer que los principios de temporalidad y favorabilidad determinan la capacidad de la sanción para mantenerse en el tiempo y generar como efecto la sanción al infractor, logrando así la protección de los bienes jurídicos tutelados.

Con respecto a la modificación los tipos penales ordinarios en estados de excepción para el incremento de las penas la Corte Constitucional en sentencia C-939/02 sustento la incompatibilidad del artículo 44 de la ley estatutaria 137 de 1994 con la Constitución Política de Colombia bajo el prisma del principio de favorabilidad en un Estado Social de Derecho:

“El modelo de Estado acogido en nuestra Constitución Política y la regulación de los estados de excepción contenido en ella, llevan a la Corte a la siguiente conclusión: son inconstitucionales los incrementos punitivos que superen los límites señalados en los tipos ordinarios que la legislación extraordinaria modifica. Esta regulación quebranta la Constitución, porque busca fines que no son constitucionalmente legítimos y porque desconoce el principio de finalidad que rige los estados de excepción”

La Corte justifica su posición argumentando que el principio de favorabilidad (derecho constitucional y humano) no puede ser limitado en los estados de excepción al ser uno de los derechos intangibles. Por otro lado nosotros debemos indicar que dentro la configuración del debido proceso en el artículo 29 de la constitución encontramos la protección taxativa de este y que al ser una parte integrante del debido proceso, en concordancia con el artículo 44 de la ley estatutaria 137/94 (LEEE) se convierte en un supresor de la facultad del Ejecutivo para aumentar los tipos penales. Lo anterior lo demostramos a partir de una lectura exegética de los artículos mencionados respectivamente:

*“El debido proceso (...) **En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable**”*

“Poder Punitivo. Durante el Estado de Conmoción Interior, mediante decreto legislativo, se podrán tipificar penalmente conductas, aumentar y reducir penas (...) Las medidas contempladas en el inciso primero sólo podrán dictarse siempre que: (...) Se garanticen los derechos consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política, así como la vigencia del artículo 228 de la Carta;

De esta forma, con fundamento de la interpretación que la Corte constitucional para el 2002 le dio al artículo 44 de la LEEE debemos concluir que si la pena supera los límites señalados por el tipo penal ordinario, en virtud del principio de favorabilidad no será aplicable una vez finalice el estado de excepción.

La garantía del debido proceso en los estados de excepción se traduce en el juzgamiento de acuerdo con un juez y unas leyes preexistentes al acto que se le imputa al infractor. Lo anterior en aplicación del artículo 43 de la ley 153 de 1887 que dispuso que nadie pueda ser penado sino por la ley promulgada antes del hecho. Sin embargo en la hipótesis de que el decreto variara las formas del procedimiento por unas más breves, las sanciones de tipos penales diferentes a los ordinarios subsistirían a la terminación de estado de excepción en aplicación del principio de favorabilidad.

Corte Constitucional. Sentencia C-070/09. (Magistrados Ponentes Humberto Antonio Sierra Porto y Clara Elena Reales Gutiérrez; 12 de febrero de 2009).

5. CASOS DE CONFRONTACIÓN ENTRE EL DEBIDO PROCESO Y POLÍTICAS CRIMINALES RESTRICTIVAS EN ESTADOS DE CONMOCIÓN INTERIOR.

Si evaluamos el manejo del derecho penal del enemigo dentro de un estado de excepción y los mecanismos que éste conlleva, infiriendo al debido proceso y el orden probatorio llegaremos a la conclusión de su no aplicabilidad a partir del análisis de la Sentencia C-1024 de 2002 referente a las medidas para el control del orden público durante un Estado de Conmoción interior. La Corte Constitucional Colombiana en esta sentencia se pronunció sobre la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y la libertad personal inmersas en el artículo 28 constitucional en donde se manifiesta que “toda persona es libre” por lo tanto lo derivado de su manifestación y forma de vida privada en donde se encajan las comunicaciones también lo son. En ese orden de ideas, aunque nuestra constitución de 1991 no tenga la cobertura total de las tendencias sociales actuales, es claro que ni siquiera bajo el argumento de un Estado de Excepción se puede llegar a penetrar la privacidad inherente de la persona con fines de la seguridad nacional, al carecer de utilidad la afectación al derecho a la libertad personal este derecho, ya que, al darse una intromisión, crea una vulneración al derecho a la intimidad, lo cual no se puede dar por una simple sospecha o en aplicación de una política preventiva, cabe aclarar que frente a dichas medidas, ni la constitución, ni la ley estatutaria las autorizan.

Por otro lado, en el caso del arresto o la detención la cual si no posee un motivo previamente tipificado, principio de legalidad, se realice sin las formalidades debidas, ésta deja de ser una medida preventiva para transformarse en un atropello cualquiera que sea la situación en que se encuentre el orden público. Lo anterior conforme al decreto legislativo 2002 de septiembre de 2002, que avala la aprensión o captura de aquel sobre el cual se tenga indicio sobre su participación o planeamientos de participación en el cometimiento de delitos. De allí desprendemos dos supuestos frente a la existencia de la conducta: en un primer supuesto es existente dado el nexo causal entre el sujeto activo y el hecho punible. En la segunda cuestión no se puede hablar de delito alguno dado que el medio para la imposición de la pena es su cometimiento mas no su idealización y su ejecución alguna, con actos inequívocos encaminados para la comisión de delitos que serian causal para la declaración de una conmoción interior. Además, acorde con lo expuesto, la privación de la libertad mediante captura indiciada por “planes de participación en comisión de delitos” son contrarios a lo preceptuado en los artículos 28 y 29 de la constitución al ejercer presión que según la corte constitucional sería “como sancionar la imaginación”, sin olvidar que la falta probatoria del “indicio” del cometimiento del “delito” en la captura se basan en simples conjeturas al carecer de hecho indicador.

Los vacíos contenidos en el decreto legislativo 2002, fruto de la facultad legislativa del ejecutivo, generan una violación al debido proceso al guardar silencio frente al destino del capturado y sus derechos al igual que la duración de la captura. Aunque el artículo 28 superior lo prevé, no es motivo alguno para escudar las falencias del decreto dado

que es necesario para un debido proceso, la mención clara, concreta y específica de los motivos de la captura además de los derechos del capturado inmerso en un régimen de garantías profesados por el derecho penal.

En esta instancia, debemos establecer que en una ponderación de derechos humanos y los bienes jurídicas tutelados que dan lugar a la declaratoria del estado de Conmoción, es irrisible los excesos generados por un estado en Pro de una seguridad nacional dado que la misma norma constitucional que le otorga el poder al ejecutivo también lo restringe sobre sus actuaciones si éstas perjudican un interés fundamental como en el caso del derecho a la intimidad.

Siendo así el derecho penal del Enemigo un derecho simbólico tendiente al punitivismo como alternativa penal a la solución de conflictos con el uso desmedido de la fuerza y la omisión de garantía se centra en la tipificación del hecho y afuente a la norma siendo desembocante en una pena como fin principal enfocada lesivamente al agente que dentro del derecho penal actual solo se ve inmerso procesal y fácticamente en atenuantes o agravantes de la pena misma, al ser incompatible con valores y principios de la Carta Política bajo los preceptos de la pena la cual tiene legitimidad material, al estar orientada a salvaguardar los intereses.

Por otro lado, en cuanto a los estados de excepción y la constitución política a conclusión de la corte se da una inconstitucionalidad frente a los incrementos punitivos que superen los límites señalados en los tipos ordinarios que la legislación extraordinaria modifica. Desconociendo así el principio de finalidad que rige los estados de excepción.

Estos incrementos punitivos buscan una mera función simbólica, entendida como la apariencia de protección de bienes jurídicos, cuando en realidad el objetivo de la pena es tranquilizar a la ciudadanía, es una finalidad constitucionalmente ilegítima porque la protección de bienes jurídicos es un límite al ejercicio del ius puniendi del Estado y en este caso no se está protegiendo un bien jurídico con relevancia penal.

Todo lo anterior permite concluir que no es posible incrementar los límites de los correspondientes tipos penales ordinarios y mucho menos los máximos posibles señalados en el Código Penal. Sólo es viable, hacer variaciones punitivas que en virtud del principio de favorabilidad puedan seguir rigiendo aún después de terminada la conmoción interior.

6. CONCLUSIONES

En un Estado Social de Derecho los estados de conmoción encuentran una plena regulación en la constitución y la ley. A lo anterior se suma la obligación de respetar el complejo del bloque de Constitucionalidad y requisitos formales y materiales para su declaratoria. Así, los anteriores instrumentos se convierten en los garantes del debido proceso y limitantes de las medidas restrictivas que deban tomarse para restablecer el orden público y que en todo caso no pueden ser incompatibles con estos. Sin embargo, lo anterior no es suficiente para contener el crimen organizado, y es así como afirmamos que en las democracias siempre va existir la probabilidad de que algunos delitos queden en la impunidad al no poderlos perseguir eficazmente sin que se sacrifique y se violen los valores orientadores del Estado que materializan derechos fundamentales

Pues un derecho penal que desconozca la vigencia de los derechos y libertades personales se convierte en un derecho represor del infractor, reduciéndolo a un “enemigo de la sociedad”. Debido a que el Estado Social y Democrático de Derecho tiene como núcleo sustancial un sistema de valores que supeditan todas las acciones internas, al Estado le queda prohibido perseguir el crimen con métodos criminales, lo que evita que el Estado de derecho degenerare en un Estado Criminal irracional.

Cuando venimos abordar la temática del Estado de conmoción interior en un Estado Social de Derecho golpeado por el conflicto armado que ha causado un caos en el orden público al examinar las restricciones del poder punitivo a partir de los principios que se derivan de los tratados internacionales y demás disposiciones del ordenamiento jurídico concluimos que estas se hacen necesarias si queremos preservar el debido proceso y evitar que el Estado convierta el procedimiento penal en un instrumento de castigo en lugar de un sistema de juzgamiento imperativo de los estados democráticos garante del debido proceso.

Los casos en los cuales el Estado puede aumentar su fuerza coercitiva ya sea con fin preventivo, extintivo o de neutralización como lo es en el caso del derecho penal del enemigo es cuando esté en peligro la seguridad y estabilidad del orden público. Sin embargo debemos determinar que a partir de una adecuada ponderación entre los derechos fundamentales limitados y la seguridad nacional siempre va a primar las instituciones constitucionales. Así, la técnica legislativa del decreto que declara el Estado de Conmoción interior debe estar limitada a la Carta política, al bloque de Constitucionalidad y al respeto por

El debido proceso como limitante de políticas criminales restrictivas durante los estados de conmoción interior: análisis a partir de la constitución de 1991.

el derecho internacional, debido a que la facultad legislativa del ejecutivo no puede sobrepasar a la del constituyente derivado.

Con lo anterior, queda plenamente demostrado que el Estado no puede violar las garantías del orden público ante sujetos que ejecuten actuaciones inminentemente peligrosas para éste. Es por tanto que el infractor debe ser penado por los hechos, que contengan un nexo causal nítido entre lo cometido, su tipificación y la pena, sin menoscabar sus derechos al debido proceso y la aplicación del principio de favorabilidad.

Es por tanto que el derecho penal del enemigo en un marco garantista es tachado de inconstitucional incluso durante estados de conmoción interior, dado que no es congruente con los estamentos internacionales ni constitucionales.

Lo anterior es el reflejo de un trabajo de investigación en formación realizado con base en un método documental analítico que nos permitió establecer la supremacía del debido proceso frente a bienes tutelados como la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana.

7. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICAS

BERNAL PULIDO, Carlos. (2005). El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado.

BERNAL CUÉLLAR, JAIME y MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO. (2004). El proceso penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bernal Pulido, Carlos. (2005). El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-816/04.(Magistrados Ponentes JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO y RODRIGO UPRIMNY YEPES; 30 de agosto de 2004).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-802/02.(Magistrado Ponente JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO; 2 de octubre de 2002).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-339/96. (Magistrado Ponente JULIO CÉSAR ORTIZ GUTIÉRREZ; 1 de agosto de 1996).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-939/02. (Magistrado Ponente EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT; 31 de octubre de 2002).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1024/02. (Magistrado Ponente ALFREDO BELTRÁN SIERRA; 26 de noviembre de 2002).

ESPINOSA TORRES, MARÍA DEL PILAR. 2005. Letras jurídicas. [En línea] 2005. [Citado el: 25 de Junio de 2011.] <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/11/espinosal1.pdf>.

GARCÍA MARTÍN, LUIS. (2003). Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal.

GARCÍA MARTÍN, Luis. 2003. POLÍTICA CRIMINAL. Recuperado el 2011 de marzo de 14, de http://www.politicacriminal.cl/n_02/r_7_2.pdf

GARCÍA MARTÍN, Luis . Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Obtenido de <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>

GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO. (2001). El estado de excepción en Colombia. COLOMBIA: s.n.

JAKOBS Y CANCIO MELIÁ, (2003). DERECHO PENAL DEL ENEMIGO. Madrid: Civitas.

MÜSSING, B. (2001). Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico, crítica hacia el sistema. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

PRIETO SAN JUAN, 2005. TADIC: INTERNACIONALIZACIÓN DE CONFLICTOS INTERNOS Y RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL. BOGOTÁ: BIBLIOTECA JURÍDICA DIKE.

SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO. (2001). El debido proceso penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

VALENCIA VILLA, A. (2007). Derecho internacional humanitario. Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Fundación Dos Mundos.

VELÁSQUEZ V., F. 2002. Manual de derecho penal. Bogotá: Temis.