

# UN MARCO TEORICO DE REFLEXIÓN SOBRE LOS RIESGOS DE LAS MEDIDAS ANTITERRORISTAS EN COLOMBIA\*

*Rodrigo Uprimny Yepes<sup>1</sup>*

Esta presentación no busca ofrecer una visión sistemática sobre la totalidad de las medidas antiterroristas implementadas en Colombia durante los últimos años ni pretende ofrecer una presentación documentada de los casos a los que a continuación haré referencia. Su objetivo es más modesto: intenta ofrecer una tesis interpretativa sobre la formulación y aplicación de las medidas antiterroristas en Colombia. Ese esfuerzo es empero útil pues permite tener un panorama general sobre esta problemática

La tesis que busco sostener está compuesta de dos partes. La primera es una apreciación sobre el sistema político colombiano en general y en el contexto de las políticas de seguridad estatal, y la otra es una interpretación sobre el tipo de riesgos que pueden albergar las medidas antiterroristas.

## ***A. Sistema político colombiano y seguridad: una “peligrosa democracia en peligro”.***

El análisis de las medidas antiterroristas en Colombia, no puede desligarse del contexto en que se crean y se aplican. Creo que el sistema político en Colombia puede denominarse, como se ha dicho en algunos documentos (Cfr. Uprimny 2005), como una “peligrosa democracia en peligro”.

Colombia es un país complejo y paradójico, que durante mucho tiempo escapó a las generalizaciones teóricas sobre el capitalismo periférico y sobre América Latina. Así, desde el punto de vista político, mientras que la intervención militar era una constante de la historia latinoamericana, Colombia no sólo ha experimentado muy pocos años de dictadura militar en sus casi ciento ochenta años de vida independiente. Igualmente, mientras que la inestabilidad institucional ha sido un rasgo característico de la historia latinoamericana, Colombia se ha caracterizado por la sorprendente estabilidad de su sistema político. Por ello, a mediados de los años ochenta, el politólogo francés Alain Rouquié planteaba que el sistema bipartidista

---

\* Texto elaborado con base en la ponencia presentada ante el Panel de Juristas Eminentes en las Audiencias en Colombia, realizadas entre el 8 y 9 de febrero de 2006 en el Aula Magna de la Universidad Santo Tomás en la ciudad de Bogotá-Colombia.

<sup>1</sup> Director del Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad DeJuSticia La versión escrita de este documento contó con la colaboración de Diana Guarnizo y Nathalia Sandoval, investigadoras de DeJuSticia.

colombiano ha gozado a todo lo largo del Siglo XX de una continuidad constitucional poco corriente en este continente (1987).

Fuera de lo anterior, Colombia ha conocido una independencia judicial y un respeto a las decisiones judiciales mayor que en otros países latinoamericanos, acompañado de un centenario control judicial de constitucionalidad. En efecto, Colombia tiene una larga tradición de control judicial de constitucionalidad, pues al menos desde 1910 se había reconocido a la Corte Suprema de Justicia la posibilidad de que declarara, con fuerza general, la inconstitucionalidad de una ley, por lo cual la cultura jurídica y política colombiana está muy familiarizada con la *judicial review*, al punto de que a pocos les parece extraño que los tribunales –ya sea la Corte Suprema antes de 1991 o ya sea la Corte Constitucional ulteriormente– tenga la facultad de anular leyes aprobadas por el Congreso.

Esta continuidad política se ha acompañado también de una importante estabilidad económica, al menos según los parámetros del capitalismo latinoamericano. En Colombia los ciclos económicos son menos acentuados que en los otros países de la región, pues incluso en los momentos de mayor expansión económica, la tasa de crecimiento del PIB no ha sido excesivamente elevada, pero Colombia no ha conocido tampoco los fenómenos hiperinflacionarios que afectaron a la mayoría de los países de la región ni tampoco las recesiones han sido muy fuertes, tal vez con la excepción de la crisis de finales de los años noventa. Pero precisamente esta inestabilidad económica y política representa un cambio profundo de la política colombiana en los últimos quince años.

Sin embargo, la estabilidad política y económica no se han traducido en una mayor democratización de la sociedad colombiana, sino que, al contrario, ha propiciado un desarrollo excluyente, en donde, en los términos de Tourraine, el "dominio de la oligarquía se ha establecido más sólidamente que en otras partes"<sup>2</sup>. La estabilidad tampoco ha implicado una pacificación de las relaciones sociales. Por el contrario, la violencia y los conflictos armados han sido recurrentes. Así, a comienzos de los años noventa, la tasa de homicidio colombiana por cien mil habitantes –más de 80– era mucho más elevada que la de países considerados muy violentos como Estados Unidos, México, Brasil o Sri Lanka. Por ejemplo, es diez veces mayor que la de Estados Unidos, tres veces que la de Brasil y cuatro veces que la de México<sup>3</sup>.

Colombia también ha conocido numerosos enfrentamientos armados internos, no sólo en el siglo XIX sino también en el XX. En particular, en los años cincuenta, Colombia vivió el período conocido como La Violencia, que enfrentó a grupos armados de los partidos liberal y conservador, y afectó profundamente a toda la sociedad, en especial en el campo. Así, durante, los años más críticos de ese período –entre 1948 y 1950– fueron asesinadas unas 110.000 personas, más del 1

---

<sup>2</sup> Alain Tourraine. *Les sociétés dépendantes*. Paris, Duculot, 1976, p 85

<sup>3</sup> Ver, entre otros, Armando Montenegro y Carlos Esteban Posada. *Criminalidad en Colombia*, Bogotá, Departamento Nacional de planeación, 1994

% de la población<sup>4</sup>. Igualmente, en el curso de las últimas tres décadas, en el país se desarrolló una lucha guerrillera que ha tendido a ganar cada vez mayor intensidad.

Esto no significa, sin embargo, que la violencia y el conflicto armado sean una constante de la historia colombiana. Ha habido períodos de relativa paz, por ejemplo entre 1910 y 1945. Sería mejor decir que han existido verdaderos ciclos de violencia. A fines de los años 50 la tasa de homicidio en Colombia fue muy alta: de 45 por 100.000 habitantes. Durante los años siguientes, descendió en forma bastante rápida: a mediados de los 60 fue "solamente" 25; luego siguió declinando pero en forma más lenta, para situarse en su nivel más bajo a mediados de los años setenta. A partir de ese período, comienza a crecer nuevamente, al principio en forma lenta, para luego hacerlo de manera mucho más rápida, sobre todo en la segunda mitad de los años ochenta, de suerte que en 1990 la tasa de homicidio fue bastante más elevada que a finales de los años 50. Sin embargo, en la última década, después de la promulgación de la Constitución de 1991, la tasa ha tendido a descender, aunque en forma leve.

Esta combinación de ausencia de militarismo, estabilidad política y económica, con la persistencia de desigualdad, pobreza, conflictos armados y violencia, no deja de ser sorprendente. Por ello en alguna ocasión planteamos, con algunos colegas, que Colombia era una democracia, pues tenía rasgos democráticos importantes, como la tradición electoral y civilista, la independencia judicial y la estabilidad política, pero que era una democracia peligrosa, pues sus habitantes vivían en alto riesgo, y además en peligro, pues su estabilidad parecía amenazada por la violencia y el conflicto armado. Era pues una peligrosa democracia en peligro.

A pesar de sus evidentes precariedades e insuficiencias democráticas, el Estado colombiano es un Estado de derecho, pues conserva rasgos importantes como la tradición electoral y civilista, la independencia judicial y la estabilidad. Sin embargo, es una democracia peligrosa pues sus ciudadanos viven en alto riesgo, dado el contexto de violencia y conflicto armado que origina reales amenazas de actos de terror por parte de los actores armados. En muchas ocasiones, las amenazas provienen del propio Estado, como lo ponen en evidencia la grave crisis de derechos humanos. Pero además es una democracia que está en peligro pues la existencia del conflicto armado y la presencia de poderosos actores armados ilegales amenazan la estabilidad institucional Colombia. A su vez, las reacciones jurídicas y políticas estatales frente a esas amenazas, en muchas ocasiones (no en todas), en vez de disminuir los riesgos para la población los incrementan con lo que abren las compuertas para abusos por parte de las autoridades estatales, sin llegar a ser realmente eficaces para enfrentar los desafíos de seguridad.

---

<sup>4</sup> Paul Oquist. *Violencia, conflicto y política en Colombia*. Bogotá, Biblioteca Banco Popular, 1980, p 321

Esto genera un riesgo de entrada que tiene que ver con que algunos operadores jurídicos prefieren una aplicación de la norma de acuerdo a su interpretación más restrictiva, en contra de los principios de favorabilidad y de los estándares internacionales más garantistas.

Pero, de manera adicional, el sistema político colombiano se encuentra en el contexto de una política estatal de seguridad que informa todas las acciones de la fuerza pública y de las ramas del poder público frente a determinadas conductas que son consideradas como terroristas. Durante muchos mandatos presidenciales se emplearon políticas de “seguridad nacional” que si bien no alcanzaron a las dictaduras de otros países del cono sur, si generaron restricciones importantes a las libertades civiles y al derecho a la vida. Por su parte, desde el año 2003, el presidente Álvaro Uribe Vélez propone una política de “defensa y seguridad democrática” para atacar las amenazas del terrorismo, el negocio de las drogas ilícitas, las finanzas ilícitas, el tráfico de armas, municiones y explosivos, el secuestro y la extorsión, y el homicidio (Presidencia de la República, Ministerio de Defensa Nacional, 2003: No. 36).

Esta política de Estado plantea la necesidad de que sus fundamentos sean aplicados en los planes de acción de la Fuerza Pública, los Ministerios y otras entidades del Gobierno. Estos son los sujetos a los que clásicamente se dirige una política de este tipo. No obstante, también considera que un destinatario específico es el aparato de justicia. La política de “defensa y seguridad democrática” establece la creación de estructuras de apoyo interinstitucionales que faciliten el trabajo de las autoridades judiciales, de tal suerte que la Fuerza Pública, los organismos de investigación y las autoridades judiciales trabajen “con una filosofía de equipo y no en una relación jerárquica”, de tal manera que los operativos que se lleven a cabo para recuperar y mantener el control del territorio, así como la “judicialización de los culpables” sea “exitosa” (Presidencia de la República, Ministerio de Defensa Nacional, 2003: No. 66).

Además, señala que la acción efectiva de la justicia debe valerse de instrumentos que dependen del “carácter de la amenaza. Donde el control territorial es débil, se hará énfasis en las acciones de la Fuerza Pública; donde el control del territorio no está amenazado (...) los organismos judiciales tendrán la iniciativa”. (Presidencia de la República, Ministerio de Defensa Nacional, 2003: No. 17)

Estos lineamientos conceptuales constituyen un contexto peligroso para el aprovechamiento de espacios de indefinición normativa. El intérprete puede ser llevado a aplicar las normas existentes, ya no de manera autónoma, sino dentro de los parámetros brindados por la política de seguridad. En este caso, esto implicaría la “actuación en equipo” de las autoridades judiciales, que amenaza seriamente la independencia y autonomía judicial, puesto que reta a los jueces e investigadores a la consecución de metas comunes con la Fuerza Pública, debilitando las funciones de control que debe cumplir. La política de defensa y seguridad democrática ha sido proyectada como una “política integral de Estado,

con líneas transversales de acción de aplicación nacional” (Presidencia de la República, Ministerio de Defensa Nacional, 2003: No. 25).

Adicionalmente, el postulado según el cual los instrumentos estatales no se aplican de manera uniforme en el territorio, puede significar ir en desmedro de las garantías judiciales cuando se aplican medidas antiterroristas en aquellos territorios que se están retomando.

### ***B. Riesgos que pueden generar las medidas antiterroristas***

Aunque buena parte de las medidas antiterroristas adoptadas por el gobierno colombiano en los últimos años han generado un sinnúmero de abusos, no todos los abusos han operado de la misma forma. Las medidas antiterroristas han generado una gran variedad de efectos distintos. Dichos efectos pueden ser presentados a través de una tipología que combina dos variables: la normatividad que enuncia la medida y el contexto en el que es aplicado dicha normatividad. La idea general de la que parte esta tipología es que una medida no puede ser evaluada solo atendiendo a la literalidad de la norma que la enuncia, sino que es necesario complementar su análisis atendiendo al contexto en el cual es aplicada. En efecto, el análisis de una medida que se limita solo a la normatividad puede conducir a la aceptación de medidas que formalmente respetan los estándares internacionales pero que en la práctica conducen a prácticas autoritarias.

Teniendo en cuenta estas dos variables, es posible diferenciar entre tres tipos de riesgos en las medidas antiterroristas:

- 1) Un primer caso, donde las medidas son en si mismas desproporcionadas y violatorias de la normatividad internacional de derechos humanos en forma clara. Frente a este tipo de medidas es suficiente con constatar que la normatividad no supera los estándares internacionales para deducir de ella su ilegitimidad.
- 2) En el segundo caso, las medidas pueden expresar y servir de vehículo hacia transformaciones autoritarias e incluso totalitarias del régimen político colombiano. En este caso el análisis de la norma, al igual que el caso anterior, es eminentemente normativo aunque también toma en cuenta las consecuencias que puede generar dicha medida en la práctica.
- 3) Finalmente, en un tercer caso, las medidas tomadas en abstracto, no parecen particularmente severas, cuando se las compara con medidas antiterroristas en otros países e incluso con democracias más consolidadas; sin embargo, se trata de medidas que abren espacios de indefinición normativa y de ausencia de controles que han alimentado graves abusos, dados ciertos rasgos de la cultura y las prácticas jurídicas en Colombia.

A continuación, ilustraré estos tres riesgos con ejemplos de medidas concretas tomadas por el gobierno colombiano en los últimos años con el fin de extraer algunas conclusiones finales.

## **1- Los riesgos directos o las medidas cuyo contenido desconoce los estándares internacionales en Derechos Humanos<sup>5</sup>**

Evidenciar este tipo de riesgos y combatirlos es, al menos en teoría, lo más fácil ya que el desconocimiento de los estándares internacionales en derechos humanos surge de la simple lectura de las normas que contienen estas medidas. Un claro ejemplo de este tipo de medidas lo constituye en el caso colombiano la aplicación rutinaria de la justicia penal militar antes de 1987, la cual fue siempre considerada como un elemento esencial de las políticas de seguridad en Colombia. Posteriormente, con la declaratoria de inconstitucionalidad de esta práctica por parte de la Corte Suprema de Justicia en 1987, se inicia la llamada jurisdicción de orden público.

Esta jurisdicción se caracterizaba por una fuerte restricción de las garantías procesales. Así por ejemplo, los procesados podían estar detenidos de manera indefinida, pues las dos únicas causales de excarcelación eran el cumplimiento de la pena o ser mayor de setenta años. Además esta justicia introdujo por medio de decretos de estado de sitio, una serie de innovaciones procesales tales como la creación de los jueces y testigos secretos o de identidad reservada, suprimió el jurado en los todos los procesos penales y eliminó la audiencia pública en la jurisdicción de orden público.

Todas estas reformas, producto de decretos de estado de sitio, fueron convertidas en legislación permanente gracias a las facultades transitorias derivadas de la Constituyente de 1991 mediante las cuales el presidente expidió los decretos 2265, 2266 y 2272 de 1991. La jurisdicción de orden público, entonces, se convirtió en “justicia regional”.

Ya en vigencia la Constitución de 1991, la Corte Constitucional declaró que la mayor parte de estas disposiciones eran conformes a la Carta aunque introdujo ciertas limitaciones. En las sentencias C-093/93, C-037/96, C-245/96, C-427/96, C-449/96, C-040/97, C-592/98 y C-272/99 encontró algunas de esas medidas ajustadas a la Constitución, mientras declaró otras inexecutable, siempre en el entendido de que estas disposiciones obedecían a “una situación socio-política excepcional y que debía ser temporal y no permanente” (Sentencia C- 392/00 MP Antonio Barrera Carbonell)

No obstante, en la sentencia C- 392/00, la Corte indicó que las instituciones propias de la justicia regional como "legislación permanente", “siguió siendo

---

<sup>5</sup> Este aparte está basado en el capítulo “Justicia sin rostro, la política de sometimiento, la normalización de lo excepcional y las medidas antiterroristas” en Uprimny, García y Rodríguez (2006: Capítulo 6).

temporal, por expresa voluntad del Congreso de la República que, al expedir la Ley 270 de 1996 -Estatutaria de la Administración de Justicia- dispuso en el artículo 205 transitorio que en todo caso, la justicia regional dejara de funcionar a más tardar el 30 de junio de 1999”. Pero, adicionalmente, declaró inexecutable las normas que consagraban la existencia de una jurisdicción especial no autorizada por la Constitución que tuviera reservas en la identificación de testigos y jueces. La Corte encontró que las jurisdicciones exclusivas pueden generar violaciones al derecho a la igualdad y al juez natural, cuando no han sido creadas por la Constitución y establecen condiciones más restrictivas que las demás. Adicionalmente, consideró que la garantía del debido proceso se ve menoscabada cuando la protección de testigos y jueces, que es función del Estado, se realiza impidiendo que el acusado ejerza sus derechos a la defensa, al conocimiento de las pruebas y a su contradicción.

Estos principios, además de encontrarse expresamente señalados en la Constitución Política del año de 1991, se encuentran vinculados a las normas internacionales contenidas en tratados ratificados por Colombia, tales como el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por ello, existía una clara incompatibilidad de esta jurisdicción con los principios constitucionales y de derechos humanos. Sin embargo, con posterioridad, medidas similares han intentado implementarse ya no por vía legal sino como reformas constitucionales a fin de impedir su inconstitucionalidad. Dichas reformas han sido, afortunadamente, rechazadas por la Corte. Una de ellas es el Acto legislativo 2 de 2003 también llamado Estatuto Antiterrorista, por medio del cual se intentaba dar bases legales a varias de las medidas antiterroristas declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional en años anteriores. A través de este acto se buscaba autorizar a las Fuerzas Militares para que en determinados casos pudieran ejercer funciones de Policía Judicial, además autorizaba a las autoridades administrativas (como la policía y las Fuerzas Militares) para que interceptaran comunicaciones sin orden judicial previa en casos de investigaciones contra el terrorismo. Estas medidas fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional quien consideró que existieron vicios de forma en la votación del proyecto.

## **2- Riesgos indirectos de medidas que tienen tendencia de mutación estructural**

En estas medidas un análisis abstracto de la norma puede llegar a revelar algunos de los riesgos autoritarios de la medida, sin embargo, la gravedad de ellas radica en que sirven de base para el desarrollo de medidas autoritarias aún más invasivas. Por ello es necesario acompañar su análisis con una evaluación que tome en cuenta los resultados que en la práctica puede generar este tipo de normas para así determinar el panorama completo de los riesgos.

Un ejemplo de este tipo de medidas lo constituye la Ley 674 de 2001, aprobada durante el gobierno del Presidente Andrés Pastrana, por medio de la cual se establecía un sistema de seguridad y defensa y que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional. La ley estaba articulada bajo la figura del “Poder Nacional”. Este poder era definido como la capacidad del Estado para utilizar todo su potencial con el fin de enfrentar cualquier tipo de situación que pusiera en peligro su seguridad y se encontraba bajo la suprema dirección del Presidente de la República. Con base en esta figura, la ley establecía una serie de medidas que resultaban peligrosas para las libertades ciudadanas, ya que podían degenerar en un régimen autoritario. Así, por ejemplo, esta ley permitía atribuir funciones de policía judicial a los miembros de las fuerzas militares, ordenaba al Fiscal General de la Nación suministrar mensualmente información al Gobierno Nacional sobre las investigaciones que se adelantaran por delitos que atentaran contra la seguridad, ordenaba el registro de la población en aquellos lugares denominados como “teatros de operaciones”, facultaba al Presidente para que convocara a la movilización nacional y establecía que las personas capturadas serían entregadas físicamente en el término de la distancia debidamente justificado, entre otras medidas.

Esta ley fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-251 de 2002. La Corte determinó que, a pesar de la ambigüedad de la norma que definía el concepto de “Poder Nacional”, era claro que la figura creaba una nueva realidad institucional con características problemáticas: i) muchas de las funciones de regulación de este poder se concentraban en cabeza del Presidente de la República, ii) el Presidente podía escoger discrecionalmente los objetivos nacionales a ser alcanzados por el poder nacional con la asesoría de mandos militares y de policía, iii) el poder nacional se proyectaba sobre casi todos los ámbitos de la vida de los colombianos pues podía conocer las amenazas a las cuales puede verse abocado el país en los campos político, económico, social y militar, para prevenirlas y contrarrestarlas. La Corte Consideró que estas disposiciones eran contrarias a principios constitucionales básicos tales como el de separación de poderes, el principio democrático, la supremacía del poder civil sobre el mando militar y la dirección presidencial de las Fuerzas Armadas. Además, para la Corte este poder involucraba al sector privado y a los particulares, con lo que desconocía la autonomía de la sociedad civil, el pluralismo y la reserva legal para la imposición de deberes o la limitación de derechos. Para la Corte esta reforma abría el camino a un Estado totalitario, en donde las personas quedaban a órdenes del gobierno. Igualmente, consideró que la figura del “Poder Nacional” trasladaba a los particulares las funciones de las autoridades de garantía de la seguridad y la defensa, lo cual afectaba el principio de exclusividad de la Fuerza Pública (CP art. 216) y vulneraba el principio de distinción del derecho internacional humanitario, pues involucraba a la población civil en el conflicto armado.

La ley 647 de 2001 y en especial la figura del “Poder Nacional” puede catalogarse como una medida de mutación estructural ya que busca garantizar la

seguridad del territorio nacional a través de la construcción de una nueva estructura de poder. La gravedad de la norma no radicaba tanto en las facultades que directamente autorizaba, como otorgar funciones de policía judicial a los militares o la creación de los teatros de operación, sino en aquellas facultades que podría llegar a autorizar en un futuro y que estaban ligadas directamente a la idea más abstracta de la ley, la idea de un “poder nacional”. En efecto se trataba de una estructura que, como lo señaló la Corte, era omnicomprendiva del poder estatal con características profundamente antidemocráticas y totalitarias, por lo que la Corte procedió a declarar la inconstitucionalidad completa de la ley y no solo algunos apartes de ella.

Otro ejemplo de ellos podría ser el Decreto 2002 de 2002, mediante el cual se definieron “zonas de rehabilitación y consolidación”, en su artículo octavo, en que se asignaba a la Fuerza Pública y al DAS competencia para la realización de allanamientos y registros, “a bienes inmuebles no domiciliarios, naves y aeronaves, con el único fin de buscar pruebas con fines judiciales o de prevenir la comisión de delitos”. Esta medida señalaba, además, la suspensión del artículo 294 del Código de Procedimiento Penal en estas zonas, esto es, que las autoridades mencionadas pueden practicar cualquiera de esas diligencias en las hipótesis contempladas en esa norma, cuando así lo decidan, sin providencia motivada proferida por funcionario judicial como requisito de procedencia del allanamiento y registro.

La Corte Constitucional en sentencia C-1024 de 2002 hizo un examen minucioso de éste decreto y, concretamente respecto de éste punto determinó que tal como se encontraba la norma era posible entender dos cosas, con diferentes consecuencias dentro del análisis constitucional: Una de ellas, que más podría encajar en el primer tipo de riesgos, a partir de la cual declaró que no es posible asignar todas las funciones de policía judicial a la Fuerza Pública, debido a su carácter eminentemente coercitivo porque, en últimas, ello terminaría vulnerando todo tipo de garantías en la recolección de las pruebas y en el proceso en general.

Pero, la Corte también encontró que la suspensión del artículo 294 del Código de Procedimiento Civil, entraña graves riesgos para la garantía del debido proceso y por eso debe limitarse en la mayor medida posible. A juicio de la Corte, las consecuencias más graves pueden presentarse porque una norma de éste tipo puede entenderse en el sentido de abarcar todas las investigaciones por cualquier tipo de delitos que se cometan en las zonas de rehabilitación. Con ello se terminarían realizando todo tipo de allanamiento y registros sin orden judicial, con el pretexto de obtener cualquier tipo de pruebas. Esto significaría la derogación de una garantía judicial para todos los habitantes, por el sólo hecho de pertenecer a una zona estratégica para la seguridad democrática. Esta consideración corresponde claramente al tipo de riesgos al que hacemos referencia, puesto que si bien la norma tiene problemas frente a la Constitución, puede dar pie a medidas mucho más invasivas. Por esto, la Corte declaró el artículo exequible parcialmente.

Luego del pronunciamiento, el artículo octavo debe entenderse de acuerdo al postulado según el cual además de todas las restricciones que debe tener el uso de los allanamientos y registros de bienes, la ejecución de estos procedimientos sin orden judicial sólo puede predicarse respecto de los delitos que motivaron la declaración del estado de conmoción interior y no de todos los delitos.

### **3. Los riesgos indirectos o riesgos por oportunidad y aprovechamiento autoritario de los espacios de indefinición normativa.**

Muchas de las medidas antiterroristas propuestas por los gobiernos colombianos, terminan generando efectos autoritarios en las libertades ciudadanas no tanto por que la normatividad en sí misma sea contraria a los estándares de derecho internacional o sea excesiva en comparación con medidas similares implantadas en otros países, sino mas bien, por su aplicación concreta que, como hemos dicho en la primera parte del texto, se encuentra irradiada por las consideraciones propias del sistema político colombiano actual y la especial coyuntura creada por la “política de defensa y seguridad democrática” del presidente Álvaro Uribe. De allí que en este tipo de medidas el análisis contextual sea clave para evaluar los riesgos que la implantación de dichas medidas puede generar para los derechos humanos.

Estos son algunos ejemplos de los riesgos que pueden presentarse.

#### *a. Riesgos de las medidas antiterroristas por ampliación de los sujetos de aplicación*

En algunos casos una medida antiterrorista puede ser excesiva por que en su aplicación se amplía desproporcionadamente el número de sujetos a quien esta dirigida. Tal es el caso de las detenciones masivas realizadas bajo el gobierno actual del Presidente Álvaro Uribe en desarrollo de su política de seguridad democrática. Estas capturas se basan en una figura excepcional de detención llamada “detención preventiva”. Esta figura fue declarada exequible por la Sentencia C-024 de 1994. En ella, la Corte abrió la posibilidad de que la policía realizara detenciones preventivas sin una orden de captura judicial previa. Para la Corte el artículo 28 constitucional<sup>6</sup> (relativo al régimen de libertad) era claro al señalar que nadie podría ser arrestado sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, sin embargo, el mismo artículo 28 autorizaba dos excepciones a esta regla: los casos de flagrancia y los de detención preventiva.

---

<sup>6</sup> El inciso segundo del artículo 28 constitucional señala que “*la persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley*”.

Para evitar que esta medida se convirtiera en arbitraria la Corte estableció una serie de criterios por los cuales debía regirse. Dentro de estos criterios, la Corte estableció que esta medida i) debía estar sustentada en razones objetivas y en motivos fundados, ii) debía ser necesaria, es decir estar fundada en criterios de urgencia o peligro, iii) su único objeto debe ser el de verificar de manera breve los hechos relacionados con los motivos fundados de la aprehensión o la identidad de la persona, iv) esta sometida a estrictas limitaciones temporales ya que no puede exceder de un límite máximo de 36 horas, v) debe ser proporcionada, vi) contra ella es procedente la garantía del *habeas corpus*, vii) no puede implicar una violación al principio de igualdad, viii) la persona objeto de detención debe ser tratada humanamente e informada de sus derechos constitucionales y legales, y por último ix) su regulación es de estricta reserva legal.

Una lectura abstracta de esta sentencia de la Corte no genera mayores reparos en su contra desde el punto de vista de los estándares internacionales de derechos humanos, aunque es muy discutible desde el punto de vista de la hermenéutica constitucional<sup>7</sup>. En efecto, los criterios de la Corte armonizan con instrumentos internacionales como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículos 9-3 y 9-4; Convención Interamericana artículo 7-5 y 7-6), ya que la mayoría de ellos señalan que la privación de la libertad debe ser controlada por una autoridad judicial independiente, pero no señalan que el control deba ser necesariamente anterior sino que puede ser posterior a la captura, caso en el cual deberá ser conducido con toda brevedad a la autoridad judicial y debe tener la oportunidad de reclamar a un juez la legalidad de su detención. Además, la jurisprudencia de la Corte se aseguró de señalar condiciones estrictas para su ejercicio con el fin de evitar que la medida fuera aplicada arbitrariamente.

Sin embargo, esta medida tiene un altísimo riesgo. Al observar únicamente el número de personas que se capturan durante éste tipo de operativos de “detención masiva”, se percibe la dificultad que puede tener un operador jurídico para señalar los “motivos serios y fundados” que tiene en cuenta para detener de manera preventiva a tal número de personas. Es complejo determinar la aplicabilidad de determinadas pruebas e indicios a las acciones de cada uno de los individuos del grupo capturado. Además, este tipo de detenciones se encuentra precedido de operativos militares, como los planteados en las retomas de territorio de la política de seguridad democrática, que tienen una carga política importante, por lo cual en muchas ocasiones se realizan vinculaciones de las personas al objeto del operativo sin el suficiente cuidado de las garantías de los capturados.

En la práctica, es posible constatar que tal medida ha venido siendo utilizada en forma arbitraria por la administración para realizar detenciones masivas e indiscriminadas en todo el territorio nacional. Así por ejemplo, a los tres días de

---

<sup>7</sup> La principal crítica hermenéutica contra la sentencia C-024 de 1994 es que infiere la existencia de una facultad para las autoridades a partir de una garantía establecida para los ciudadanos.

haber sido comunicada esta sentencia numerosas capturas sin orden judicial fueron practicadas en todo el territorio nacional, sin cumplir ningunos de los requisitos establecidos por la sentencia C-024 de 1994. En forma mas reciente y en desarrollo de la política de seguridad democrática, se ha generalizado la práctica de las “detenciones masivas” Así, de acuerdo con cifras de la Comisión Colombiana de Juristas entre el 7 de agosto de 2002 y el 6 de agosto de 2004 se registraron 77 eventos de detenciones masivas de los cuales 5.535 personas fueron detenidas arbitrariamente (CCJ, 2006). En general, diversas organizaciones han señalado que esta práctica ha sido utilizada como un mecanismo de persecución política contra “líderes sociales y comunitarios, miembros de organizaciones sindicales y defensoras y defensores de derechos humanos” (CCJ, 2006) y, por ello, se han interpuesto varias demandas contra el Estado.

*b. Riesgo de las medidas por desviación de las facultades hacia otros sujetos*

Otro evento, semejante al anterior, pero que conviene distinguir, es el de aquellos casos en donde se establecen sanciones a los ciudadanos o facultades a las autoridades que en abstracto son apropiadas, pero que terminan siendo distorsionadas, al ser desviado su uso. Por ejemplo, es válido que el Estado colombiano sancione severamente el terrorismo, pues es una conducta que atenta contra valores esenciales de la convivencia pacífica. Sin embargo, la amplitud de la definición legislativa del delito de terrorismo<sup>8</sup> ha permitido que ese tipo penal se amplíe abarcando sujetos que realizan otras acciones que, o no son delictuosas o tipifican mejor en otro tipo penal.

El tipo penal de terrorismo se aplica a sujetos cuyas acciones no constituirían ordinariamente un delito, tales como a los estudiantes involucrados en pedreas o a sindicalistas que han realizado huelgas, como sucedió hace algunos años con la huelga de Telecom.

Pero también se emplea para castigar a sujetos cuyas conductas vulneran otros bienes jurídicos, como sucede con los delitos políticos. La diferencia entre estos dos tipos penales ha suscitado toda clase de controversias, porque la tendencia actual es que aquellos que cometen rebelión, sedición y asonada se valgan de estrategias antiterroristas para ser escuchados. Pese a que, actualmente, la mayoría de sujetos vinculados con alguna guerrilla, local o nacional, son procesados como terroristas, hay casos en los que claramente puede distinguirse

---

<sup>8</sup> Art. 144 Ley 599/00. Modificado por el Art. 14 de la Ley 890 de 2004. *Actos de terrorismo*. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice u ordene llevar a cabo ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias, actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla, incurrirá por esa sola conducta en prisión de doscientos cuarenta (240) a cuatrocientos cincuenta (450) meses, multa de dos mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (2666.66) a cincuenta mil (50000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses.

uno del otro. Andrés Domínguez Vial, propone el delito político como un desarrollo directo del principio de autodeterminación de los pueblos cuando las estrategias son empleadas de acuerdo al principio de proporcionalidad (Domínguez, 2003). En el proceso de descolonización amparado por los derechos internacionales de los pueblos a la resistencia y a la autodeterminación, pueden surgir muchos individuos a quienes se les puede imputar los delitos de rebelión, sedición y asonada. No obstante, si al emplear estrategias de fuerza no vulneran de manera directa los marcos de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y no intentan imponer un escenario de miedo y angustia en objetivos inocentes, a éstos sujetos no se les puede calificar de “terroristas”. Obviamente esta distinción entre rebeldes y terroristas no significa, en manera alguna, una legitimación de la violencia política en el contexto colombiano sino simplemente la necesidad de distinguir formas distintas de expresión de la violencia.

*c. Uso legitimador simbólico de los controles con ineficacia práctica respecto de las garantías*

En otros casos, los controles impuestos en la norma para evitar efectos autoritarios en la medida solo tienen un uso simbólico que permite legitimar su existencia, pero en la práctica son ineficaces. A pesar de que un análisis normativo de la medida no arroja ninguna dificultad ya que contempla controles que parecen adecuados, es la práctica de la implantación de la medida la que la convierte en autoritaria.

Un ejemplo claro de este tipo de medidas son las declaratorias de estados de excepción en Colombia. En efecto, los “Estados de excepción” son medidas normales en los Estados modernos que permiten investir transitoriamente al ejecutivo de mayores poderes y limitar ciertos derechos con el fin de evitar que, ante una crisis, el orden sucumba o que los gobernantes rompan en forma abierta el orden constitucional. La normatividad colombiana que regulaba los Estados de excepción no difería en gran medida de la normatividad europea quien asignaba al poder legislativo el control político de este tipo de medida y a las cortes solo un control formal.

Sin embargo, en la práctica, esta herramienta constitucional fue utilizada en forma excesiva y autoritaria por parte de las autoridades. Así, entre 1958 y 1970 puede identificarse un régimen de “emergencia moderada” en donde 48,5 meses, es decir 33.7% del periodo total estuvimos bajo estado de excepción. La situación empeoró para el periodo comprendido entre 1970 y 1991 el cual podríamos caracterizar como de “emergencia total”, pues 206 meses estuvieron bajo la figura del estado de sitio, lo que representa el 82.1% del total del periodo. En definitiva, entre 1949 y 1991 Colombia vivió más de 30 años en estado de sitio (Uprimny, 2006:539).

Un caso que revela lo recurrente de este recurso es el siguiente: en mayo de 1965, el gobierno declaró el estado de sitio para controlar una manifestación de

estudiantes en Medellín, que protestaban contra la invasión de los Estados Unidos a Santo Domingo. Aunque la manifestación fue controlada rápidamente, el estado de sitio estuvo en vigor durante tres años y medio más.

Así las cosas el problema del estado de excepción no deriva de las normas que lo consagran sino del uso normalizado que en Colombia se ha hecho de esta medida. Por esta razón, la carta de 1991 insertó controles adicionales a los previstos en otras legislaciones con el fin de limitar el uso de este recurso. Algunos de estos controles consistieron en delimitar con rigor las causales de los estados de excepción y su temporalidad, definir con precisión las facultades de las autoridades y los derechos limitables, e indicar que la restricción debe ajustarse a ciertos principios como los de proporcionalidad, temporalidad y necesidad. En especial, la constitución fortaleció los controles judiciales al señalar que la Corte constitucional debía realizar el control formal y material de los decretos que expida el gobierno bajo esta figura.

Luego de la instauración de estos controles y de la disciplina de la Corte el número de declaratorias de estados de excepción y su extensión se han reducido enormemente. Así, entre 1991 y 2002, época de “normalización relativa”, solo 23,6 meses permanecieron en estado de excepción, lo que representa tan solo el 17,5% del periodo total de gobierno.

#### *d. Efectos perversos no queridos por la norma*

En los anteriores casos los excesos de las medidas antiterroristas se originan en razón a la aplicación ya sea ampliada o desviada de la normatividad o apenas simbólica de los controles, pero en cualquier caso de la aplicación querida o al menos deseada por parte de los operadores de la ley. Sin embargo, en otros casos puede que los efectos perversos se originen en razón no a la aplicación consciente de la medida por parte de sus operadores sino en razón a que no se tuvieron en cuenta elementos contextuales que hacían más restrictivos los efectos de la medida. Así sucedió con el decreto 182 de 1988 a través del cual se restringía la interposición del hábeas corpus. Este decreto, expedido bajo el gobierno del Presidente Virgilio Barco Vargas había sido motivado por la salida del presunto jefe del Cartel de Medellín de la Cárcel Modelo de Bogotá, quien había utilizado hábilmente el recurso de habeas corpus. El gobierno argumentaba que el decreto era necesario para “impedir la fuga o liberación fraudulenta de personas relacionadas con grupos terroristas”.

Visto en abstracto, el Decreto 182 de 1988 consagraba una limitación que no parecería en principio desproporcionada o contraria a los estándares internacionales. De acuerdo con esta medida, si la persona es capturada en virtud del estatuto antiterrorista (Decreto 180 de 1988) o por narcotráfico (ley 30 de 1986), el recurso de habeas corpus solo podría ser tramitado ante un juez superior y no ante cualquier juez como estaba previsto en el Código de

Procedimiento Penal. Sin embargo, en la práctica, esta medida limitaba enormemente la garantía del habeas corpus especialmente en las zonas rurales, ya que para aquel entonces, en Colombia solo existían 179 jueces superiores para más de 1.000 municipios y la gran mayoría de ellos (más de 140) se encontraban en las cabeceras de los distritos judiciales, es decir en las capitales departamentales.

#### **4- Algunas breves conclusiones**

En los ejemplos expuestos intenté demostrar la relevancia de valorar el contexto y no solamente el desarrollo normativo de una determinada medida antiterrorista a la hora de determinar las implicaciones concretas que dicha medida puede tener sobre la protección de los derechos y las libertades ciudadanas. Con ello no quiero decir que las normas no sean importantes al momento de realizar estos juicios o que exista un país formal muy respetuoso del derecho y un país real que lo desconoce o que no existan lazos de comunicación entre las normas y las realidades sociales. Por supuesto es posible admitir esta hipótesis en determinados casos. Sin embargo mi tesis general es que el derecho en Colombia tiene un impacto importante sobre las prácticas cotidianas, del mismo modo en que las prácticas tienen un impacto importante sobre los contenidos normativos. No obstante, en Colombia, dentro de esta relación de interdependencia mutua entre las normas y el contexto, existe una tendencia recurrente por parte de los operadores de la norma para aprovechar espacios de discrecionalidad e indefinición normativas. Estos espacios pueden parecer en abstracto razonables, pero en Colombia son usados en forma peligrosa y posibilitan muy graves abusos.

Las medidas antiterroristas, entonces, deben tener un control estricto y reforzado. Por un lado, la evaluación de la norma debe hacerse a nivel abstracto en cuanto a la estructura normativa (riesgos del primer tipo) y las consecuencias que puede generar (riesgos del segundo tipo), así como a nivel práctico respecto de los resultados efectivos de la aplicación de la norma, incluso de los resultados no previstos por ella.

En esto cumple un papel muy importante la jurisdicción constitucional y el afinamiento de sus herramientas dogmáticas y hermeneúicas. Pero, dadas las demás características del contexto, también es necesario que esta evaluación sea adelantada por todos los mecanismos e control de la rama legislativa del poder público, de los organismos de control, así como de la sociedad civil, sus organizaciones y la academia. Esta última mediante el abordaje de investigaciones que permitan visibilizar los riesgos que aparecen camuflados y que vulneran derechos fundamentales, así como de la elaboración de propuestas alternativas para prevenir y eliminar la materialización de estos riesgos.

Esto podría parecer un control extremado frente a la creciente necesidad de seguridad de los estados, pero también frente a la estricta separación de competencias dentro de la sociedad. Pero ello no es así. Por ejemplo, la existencia de un control judicial de la declaratoria de estados de excepción por parte de la Corte Constitucional puede parecer excesiva ya que existe un control político de esa medida por parte del Congreso. Pero dicho control se encuentran plenamente justificado en Colombia, debido a los abusos constatados en el pasado de esa institución de excepción por el Gobierno y a la total ineficacia del control político.

Con todo, no se trata de satanizar la implementación de medidas de seguridad para el Estado y, específicamente, medidas antiterroristas. Una sociedad como la actual y un Estado de Derecho, requiere la existencia de una política clara de seguridad que incluya normas que la hagan operativa. No obstante, ellas no pueden ir en desmedro de la protección de los derechos humanos y fundamentales protegidos en la Constitución Política y en los tratados internacionales ratificados. La aplicación de estas medidas debe encontrarse mediada por el análisis y minimización de los posibles riesgos que pueden presentarse.

### ***Bibliografía***

Comisión Colombiana de Juristas. 2006. La paramilitarización del Estado y otros grandes rasgos de la situación de derechos humanos y derecho humanitario en Colombia: 2004 – 2005. Bogotá: Mimeo.

Domínguez, Vial Andrés. 2003. “Terrorismo y derechos humanos”. En Seguridad y Libertades Individuales en Colombia. Bogotá. Defensoría del Pueblo, GTZ.

Presidencia de la República, Ministerio de Defensa Nacional. 2003. Política de defensa y seguridad democrática. Disponible en [www.presidencia.gov.co/seguridad\\_democratica.pdf](http://www.presidencia.gov.co/seguridad_democratica.pdf).

Rouquié, Alain. 1987,. *El Estado militar en América Latina*. Bogotá, Siglo XXI

Uprimny, Rodrigo. 1993. Un Sitito a la Justicia: Constituyente, Derechos Humanos y Reforma Judicial, en Comisión Andina de Juristas Seccional Colombia “Espacios Internacionales para la Justicia Colombiana”. Volumen II. Bogotá: Ed. Códice.

-----, 2005. Estado, Régimen Político y Democracia en la Evolución Colombiana Reciente: Un Intento de Interpretación. Bogotá: Mimeo

-----, Rodríguez, Cesar y García, Mauricio. 2006. ¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia. Capítulos 6 y 10. Bogotá: Norma.