



Título: Micromega

Técnica: Tinta, collage, vinilos
sobre papel mantequilla.

Año:2013

DERECHO Y CONTEXTO: ALGUNOS PROBLEMAS DEL DERECHO EN COLOMBIA EN RELACIÓN CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL, EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO PRIVADO*

* El presente artículo se desprende del proceso de investigación que permitió a su autor obtener el título de Magister en Ciencia Política.

Fecha de recepción: agosto 13 de 2014

Fecha de aprobación: octubre 19 de 2014

**DERECHO Y CONTEXTO: ALGUNOS PROBLEMAS DEL DERECHO
EN COLOMBIA EN RELACIÓN CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL,
EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO PRIVADO**

*Julián Andrés Muñoz Tejada***

RESUMEN

Este artículo muestra, en términos generales, algunos ejemplos de las relaciones entre el derecho y la guerra en algunas áreas como el derecho constitucional, derecho penal y derecho privado. Adicionalmente, este artículo enfatiza en la manera como el derecho ha implicado lógicas de continuidad con la guerra y llama la atención sobre el papel que puede cumplir el derecho en un eventual escenario de posconflicto.

Palabras clave: derecho y ciencias sociales, derecho y guerra, posconflicto.

**LAW AND CONTEXT: SOME PROBLEMS IN COLOMBIA RELATIONATED
WITH THE CONSTITUTIONAL LAW,
THE PENAL LAW AND THE PRIVATE LAW**

ABSTRACT

This article shows, in general terms, some examples of the relations between the law and the war in some areas like constitutional law, criminal law and private law. In addition, this article emphasize in the way which the law has implied logics of continuity with war and draw attention to the role of law in a possible post-conflict scenario.

Key words: law and social sciences, law and war, post-conflict.

** Abogado (UdeA), especialista en derecho penal (Universidad Eafit), Magíster en Ciencia Política (UdeA).

DERECHO Y CONTEXTO: ALGUNOS PROBLEMAS DEL DERECHO EN COLOMBIA EN RELACIÓN CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL, EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO PRIVADO

INTRODUCCIÓN

El derecho no es un dato ontológico que de manera neutral regula comportamientos humanos. Aunque la formación del derecho en Occidente se ha erigido sobre la base de una serie de ficciones –como la igualdad y acaso la naturalidad de cierto estado de cosas- (Schiavone, 2012, págs. 526-527), en particular para el caso colombiano, los antecedentes y contextos de normatividades relevantes en ámbitos como el derecho constitucional, el derecho penal y el derecho privado, evidencian que la guerra desempeña un papel fundamental en su creación y aplicación. Y aunque en ocasiones se configura una situación amnésica frente a la guerra¹, dicho “olvido” como ha indicado Iván Orozco, lo único que posibilita es una lectura distorsionada de nuestro contexto².

En este escrito se mostrará cómo el derecho ha estado vinculado a las guerras que se han librado en Colombia en las áreas del derecho constitucional, penal y privado. En efecto, las guerras civiles del siglo XIX, las confrontaciones del siglo XX -identificables en episodios como la “Violencia” y las cruzadas contra el comunismo y el narcotráfico-, y más recientemente la lucha contra el terrorismo han posibilitado que las normas jurídicas se produzcan según las dinámicas e intereses de los actores involucrados en la confrontación armada.

Se propone una reflexión acerca de la manera como la creación –y en algunos casos también aplicación- de las normas jurídicas ha estado relacionada con el contexto de soberanía en vilo al que asiste Colombia por cuenta del conflicto interno. En otras palabras, se mirará el contexto de indefinición soberana con el fin de comprender problemas del derecho en Colombia asociados a preguntas como las siguientes: en cuanto a las normas constitucionales: ¿Cómo ha incidido el contexto de guerra en

1 Tal como ocurrió durante la administración del ex presidente Álvaro Uribe, para quien en Colombia no había guerra, sino una amenaza de grupos terroristas, frente a los cuales sólo cabía recurrir a las vías militares.

2 Sobre el “olvido de la guerra”, se puede consultar: (Orozco, 2005) y (Orozco, 2006).

su producción? ¿Acaso los textos constitucionales –aunados a otros factores- no han propiciado, así mismo, el inicio de las confrontaciones? O, en otras palabras, ¿cómo ha incidido el diseño institucional trazado en los textos constitucionales en el surgimiento y desarrollo del conflicto armado?; en cuanto al derecho penal: ¿Ha existido alguna ruptura entre los medios que del derecho y los propuestos por la guerra para hacerle frente a ciertos desórdenes? o, al contrario, ¿podría afirmarse que en Colombia la definición y aplicación del castigo ha estado marcada por la constante creación, adición y renovación de enemigos convenientes?; finalmente, en cuanto al derecho privado: ¿existe alguna relación entre modelo de desarrollo y tenencia de la tierra?, si tal relación existe, ¿cuál ha sido el papel de la guerra en la creación de políticas orientadas a regular el derecho de propiedad sobre la tierra?, ¿podría afirmarse que dichas políticas han alimentado la persistencia de la guerra en nuestro país?

Esta mirada al derecho desde la guerra recurrirá a marcos interpretativos de otras disciplinas sociales. Pensar el derecho desde las ciencias sociales permite construir perspectivas de contexto sobre las racionalidades que determinan la creación y aplicación de las normas jurídicas. En particular, pensar al derecho desde la Ciencia Política o los Estudios Políticos³ hace posible comprender fenómenos como la soberanía y el Estado, y de una manera más concreta, las rupturas y continuidades entre el derecho, la guerra y la política en materias como los textos constitucionales, el derecho penal y el derecho privado. Para ello –como se anunció-, se partirá del concepto de *soberanía en vilo* propuesto por la profesora María Teresa Uribe para el caso colombiano.

El interés por comprender contextos del derecho asociados a un concepto como el de soberanía suponen precisiones como las siguientes:

- Sería incorrecto asumir en la actualidad un concepto como el de soberanía idéntica al propuesto por Bodino hace varios siglos. En el actual mundo globalizado –donde los Estados nacionales tienen cada vez menos autonomía para resolver sus asuntos internos- sería difícil afirmar con Bodino que la soberanía es aquel “poder absoluto y perpetuo de una república” (Bodino, 1997, pág. 120) pues incluso el mismo Bodino estableció límites al poder soberano, asociados al derecho divino, las leyes fundamentales del reino y los derechos naturales de los súbditos (De Gabriel, 2009, pág. 45). Como diría Vallés, hoy no podría asumirse que un Estado es más o menos soberano comprenderse el ejercicio de

3 Para ahondar en los criterios de diferenciación entre las disciplinas referidas, ver: (Pasquino, 2011, págs. 11-38). Se puede encontrar una lectura crítica acerca de la corrección de estos criterios en el contexto colombiano en: (Tabares, 2013)

poder político en la estatalidad sin reconocer el amplio espectro de limitaciones a las que están sujetas los Estados (Vallés, 2000, pág. 135).

- Como se mostrará más adelante, la soberanía sigue siendo un elemento que sólo puede entenderse en el ámbito de la estatalidad, pues aunque en las relaciones internacionales se evidencia cierto poderío por parte de organismos internacionales, difícilmente podría hablarse de una soberanía transnacional⁴.
- Aunque a partir la Paz de Westfalia se afirmó el principio de autonomía de los Estados para resolver sus asuntos internos⁵, recientes elaboraciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, y las correlativas obligaciones que han implicado para los Estados que suscriben los tratados internacionales que les dan forma, nos enseñan que la soberanía estatal es presa de una injerencia humanitaria, en virtud de la cual se construye un catálogo de motivos para justificar “la intervención de un poder exterior—de un estado o de una organización interestatal— en el interior de otro estado con objeto de asegurar el respeto de los derechos fundamentales y condiciones de vida amenazados o vulnerados por su propio gobierno” (Vallés, 2000, pág. 162).
- Con base en lo anterior, la comunidad internacional impone restricciones a la soberanía de los Estados, pero esa no es la única limitación que la soberanía tiene en el caso colombiano; así mismo, la guerra le propone retos y restricciones al dominio hegemónico del Estado frente a territorios y poblaciones.

Como ha señalado la profesora María Teresa Uribe:

-
- 4 “Tal vez nuestros regímenes de derecho internacional y nuestras instituciones jurídicas internacionales continúen funcionando sin soberanía, y de hecho es muy probable que así sea. No hay poder soberano en las Naciones Unidas; no tienen capacidad de proteger el orden del derecho internacional frente a la amenaza contra su propia existencia. Es improbable que su disolución lleve a la guerra civil entre grupos que reivindicuen ser la voz de un soberano global. Los Estados participan en Naciones Unidas porque beneficia sus intereses, pero no definen sus amigos y enemigos en función de esa institución. Esta es una observación empírica, no un juicio normativo.” (Kahn, 2012, pág. 92) En contra, Hardt y Negri, para quienes es posible hablar de una nueva forma de soberanía de alcance planetario a la que denominan “Imperio”. (Hardt & Negri, 2001)
 - 5 “La Carta de la ONU marca, pues, el nacimiento de un nuevo derecho internacional y el final del viejo paradigma—el modelo de Westfalia— difundido tres siglos antes tras el final de la anterior guerra europea de los treinta años. Representa un auténtico pacto social internacional—histórico y no metafórico, acto constituyente efectivo y no mera hipótesis teórica o filosófica— por medio del cual el derecho internacional se transforma estructuralmente, dejando de ser un sistema *pacticio*, basado en tratados bilaterales *Inter pares*, y convirtiéndose en un auténtico *ordenamiento jurídico* supraestatal: ya no un simple *pactum associationis*, sino además un *pactum subiectionis*. También porque la comunidad internacional, que hasta la Primera Guerra Mundial se había identificado con la comunidad de las «naciones cristianas» o «civilizadas» —Europa y América—, se extiende por vez primera a todo el mundo como orden jurídico mundial”. (Ferrajoli, 2004, pág. 145)

Volver sobre el tema de las soberanías en tiempos de globalización económica y de internacionalización del derecho, parecería anacrónico por decir lo menos y, más aún, cuando el Estado nacional –depositario de la soberanía y su representante legal- parecería terminar su ciclo histórico para dar paso a formas nuevas de integración económica y de organización política, a otras territorialidades y a una creciente complejidad y diferenciación culturales que se estarían *llevando de la calle* la pretendida homogeneidad de las sociedades modernas. No obstante, ese concepto decimonónico y aparentemente anticuado, puede ofrecer algunas claves para interpretar la gramática de la guerra en Colombia y para situar las perspectivas de la paz en horizontes quizá más realistas. (Uribe de Hincapié, 1998, pág. 11)

Las reflexiones que se proponen en este escrito, son relevantes, precisamente, ante lo improbable de que emerja un gran Leviatán que se abrogue para sí el monopolio del uso de la fuerza (Uribe de Hincapié, 1998, págs. 35-36).

Así las cosas, el texto estará compuesto por cinco partes: en la primera, se presentará un panorama general sobre la manera como la guerra y la indefinición soberana inciden en la producción del derecho; en la segunda, se mostrarán algunas relaciones entre guerra y textos constitucionales; en la tercera, la imbricación entre guerra y derecho en la definición de la cuestión penal; en la cuarta, el papel de la guerra en la definición de políticas relacionadas con el derecho de propiedad sobre la tierra; y, finalmente, unas conclusiones sobre la importancia de estudiar y comprender el contexto bélico del derecho en un país como Colombia.

1. UN PUNTO DE PARTIDA: LA INDEFINICIÓN SOBERANA EN COLOMBIA Y LAS RELACIONES ENTRE LA GUERRA, EL DERECHO Y LA POLÍTICA

En torno al caso colombiano, algunos autores han entendido que la existencia del Estado-nación se expresa en el concepto de soberanía (Alonso & Vélez, 1998). Ésta se refiere a la concentración de recursos de coerción y capital (Tilly, 1992), a la conformación de monopolios,⁶ la imposición de referentes de autoridad en torno a la ley y a la definición del delito (Alonso & Vélez, 1998, pág. 43) .

A su vez, la profesora María Teresa Uribe, señala que la soberanía de un orden político reside en

la omnipresencia pero, más que eso, [se funda en] la omnipotencia del Estado (...); es decir, en su capacidad para someter a su dominio y control,

6 Al respecto Weber sostiene que Estado es: “aquella comunidad humana que en el interior de un determinado territorio –el concepto de “territorio” es esencial a la definición- reclama para sí (con éxito) el monopolio de la coacción física legítima (...)”. (Weber, 2005, pág. 1056)

a diferentes sectores sociales, agrupaciones territoriales, bandas armadas, asociaciones religiosas, grupos étnicos, estamentos particulares, poderes locales o regionales e individuos aislados, situándose por encima de ellos y en condición de neutralidad frente a sus disputas y tensiones (Uribe de Hincapié, 1998, pág. 13).

Con base en lo anterior, puede afirmarse que, en el caso colombiano, se ha puesto en vilo la soberanía del Estado, y ello se explica –entre otras razones- por la persistencia de la guerra y la capacidad de diversos actores para definir –de manera paralela al Estado- el orden en ámbitos tan diversos como la movilidad de personas y recursos, o incluso los criterios utilizados para castigar a los habitantes de un territorio. (Uribe de Hincapié, 1998, pág. 19). Por ello, el Estado en Colombia no ha sido ese gran pacificador al que aludía Hobbes, ni tampoco la existencia de normas jurídicas ha implicado la negación guerra (Hobbes, 2010, págs. 102-177).

En este contexto de indefinición soberana, la guerra no solo impacta el castigo, negando la pretensión soberana de disuasión frente al delito e induciendo una reacción bélica institucional que coloniza todo el sistema penal⁷; así mismo, la guerra incide en cuestiones como las normas constitucionales y el derecho sobre la propiedad. Como se mostrará, la guerra no ha sido necesariamente la antítesis del derecho constitucional, pues en ocasiones las normas de este tipo han obedecido a pactos por los cuales se termina una guerra civil (Valencia, 2010); de la misma forma, la propiedad –y en especial las regulaciones sobre el derecho de propiedad referido a la tierra- han propiciado o justificado el alzamiento en armas por parte de algunos actores del conflicto.⁸

7 A este fenómeno William Pérez lo ha llamado arrastre de la excepción. (Pérez W. e., 1997). Dicha indefinición soberana tiene efectos en cuanto a la cuestión criminal, pues el orden jurídico institucional es sólo uno de los escenarios en los que se aplica el castigo y sólo una de las vías por las cuales se procura tramitar los conflictos. (Pérez W. , 2000, pág. 33)

De este mismo autor, se puede consultar Sobre la manera como la legislación penal ordinaria sigue una especie de arrastre de la excepción, es decir, una situación en la cual la legislación penal de emergencia coloniza todo el sistema penal institucional, véase: *Id.*, p. 37; igualmente: William Fredy Pérez; Alba Lucía Vanegas, y Carlos Mario Álvarez. *Estado de derecho y sistema penal. La emergencia permanente de la reacción punitiva en Colombia*, Medellín, Biblioteca jurídica Diké –Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, 1997.

8 Advierte Marco Palacios que “[d]etrás de la concentración de la tierra hay derechos de propiedad de tipo “oligárquico” que alimentan el conflicto, abierto o soterrado, violento o legal. Cualquier manual de derecho agrario de hoy día enumera y describe un conjunto de normas y jurisprudencias sobre la cuestión de los baldíos, definitivamente incorporados al campo agrario, al derecho ambiental y a la territorialidad que corresponde al pluralismo étnico y cultural de la nación redefinida en 1991. Pero la mentalidad propietaria de los abogados y jueces que se forman en esos manuales no difiere de la que predominó en los años treinta, ni tampoco difieren las expectativas de los empresarios, ávidos ahora de explotar las reservas territoriales indígenas y afrocolombianas.” (Palacios, 2011, pág. 215)

Ahora bien, como se indicó en otra ocasión a propósito del castigo (Muñoz, 2012), la erosión de la soberanía también está asociada a ciertas presiones de la comunidad internacional⁹. Con ello, si a un Estado como el colombiano, se le dificulta monopolizar el ejercicio de la violencia legítima o ejercer autoridad sobre flujos de personas y recursos, dichas presiones internacionales hacen que nuestra soberanía sea mucho más modesta (Mann, 1999, pág. 26), porque no se trata únicamente de limitaciones impuestas por organismos públicos, sino que también organizaciones o corporaciones de carácter privado -soberano supranacional de carácter difuso- (Capella, 1997, págs. 260-265) han demostrado que tienen capacidad de injerencia en los asuntos del Estado¹⁰.

En este contexto de indefinición soberana, no existe realmente una oposición entre guerra y derecho y ello podría explicarse con Bobbio, quien sugiere cuatro tipos de relaciones: “la guerra como *medio* para establecer el derecho, la guerra como *objeto* de reglamentación jurídica, la guerra como *fuerza* del derecho y la guerra como *antítesis* del derecho” (Bobbio, 2009, pág. 599). Aunque estas relaciones son presentadas por el autor italiano para comprender cierta complejidad de las relaciones internacionales, son pertinentes, así mismo, para interpretar el contexto de guerra en el que se encuentra Colombia.

En el discurso hobbesiano de la soberanía, hablar de Estado y de derecho, sugería la negación de la guerra (Bobbio N. , 2009, pág. 604), pues en ello residía el poder soberano; sin embargo, en casos como el colombiano, la guerra coexiste junto al derecho y al Estado. Por ello, resulta difícil comprender al Estado y al derecho a partir de metáforas políticas como el contrato, como si fueran el resultado de cándidos acuerdos entre partes completamente libres para contratar¹¹, precisamente por ello un autor como Foucault advierte lo siguiente: “la ley nace de las batallas

9 Se entiende por comunidad internacional como aquel conjunto de instituciones políticas relevantes internacionalmente y por lo general vinculadas a los Estados Unidos o Europa. (Restrepo, 2001, pág. 98) Se precisa entonces, que la así llamada comunidad internacional no está conformada únicamente por Estados u organizaciones de Estados, pues también hacen parte de ella diversas Organizaciones No Gubernamentales ocupadas de la defensa y promoción de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Sobre la injerencia de la comunidad internacional en el caso concreto de la ley 975 –o ley de justicia y paz-, ver: (González, 2005)

10 Tal es el caso, como se ha venido sugiriendo, de algunas organizaciones no gubernamentales ocupadas de la defensa y promoción de los derechos humanos o incluso de empresas transnacionales que por cuenta de su poder económico influyen en la definición de los asuntos públicos (Capella, 1997).

11 Señaló Nietzsche: “(...) El Estado más antiguo apareció, en consecuencia, como una horrible tiranía, como una maquinaria trituradora y desconsiderada. (...) Así es como, en efecto, se inicia en la tierra el «Estado»: yo pienso que así queda refutada aquella fantasía que le hacía comenzar con un «contrato». Quien puede mandar, quien por naturaleza es señor, quien aparece despótico en obras y gestos ¡qué tiene él que ver con contratos! Con tales seres no se cuenta, llegan igual que el destino, sin motivo, razón, consideración, pretexto,

reales, de las victorias, las masacres, las conquistas que tienen su fecha y sus héroes de horror” (Foucault, 2008, pág. 53) .

En el mejor de los casos, como sugiere Mauricio Uribe, en Colombia hemos tenido pactos de fortalecimiento de las élites políticas, pero no del Estado (Uribe, 2013, págs. 196-197); así pues, pactismo en lugar de contractualismo. Según este autor, a las élites les ha interesado más el reparto de esferas de gestión que afianzar el fortalecimiento del Estado¹². Tales acuerdos entre élites han propiciado una suerte de veto a la nación que ha impedido construir referentes identitarios más o menos sólidos, y esta carencia ha dificultado la terminación de la guerra (Uribe, 2013, pág. 287).

De esta manera, en el caso colombiano se evidencia un contexto en el cual se evidencian continuidades en lugar de rupturas entre guerra y derecho, y es precisamente, a mostrar algunos ejemplos de esta relación que se dedica el presente escrito.

2. LA GUERRA Y LAS CONSTITUCIONES

Ya ha sido documentada la relación entre guerra y derecho a propósito de las constituciones políticas para mostrar, por ejemplo que: a) los textos constitucionales han sido cartas de batalla que en verdad no implican un tránsito del estado de guerra a una situación de paz representada en el derecho (Valencia, 2010); y, b) la introducción de amnistías e indultos (o armisticios) en los textos constitucionales facilita a los guerreros enfrentados en las contiendas transitar de un contexto de guerra a otro de paz (Orozco, 2006a, pág. 119). En esta oportunidad interesa hacer explícitos tales escenarios de creación y aplicación de las normas constitucionales.

2.1. La creación de las normas constitucionales y las lógicas de la excepción

Para la tradición liberal es posible plantear una relación antitética entre derecho y guerra; o incluso suponer que el derecho está en capacidad de limitar la guerra si se acotan al máximo los poderes excepcionales y se fortalece por esa vía el Estado

existen como existe el rayo demasiado terribles, demasiado súbitos, demasiado convincentes, demasiado «distintos»”. (Nietzsche, 2006, pág. 111)

12 “El antiestatismo de las élites es fruto de su preferencia por el statu quo y para preservarlo, optaron por un *pactismo* político. Así, en lugar de de un contrato fiscal que condujera al fortalecimiento del Estado, sus incentivos los condujeron –sin pensarlo- a un “pacto de reparto” consistente en “entregar cada esfera de gestión (la política económica, la administración de justicia, la política social, las relaciones exteriores, etc.) al sector interesado de la élite para que la administre en forma autónoma.” (Uribe, 2013, pág. 196)

de derecho, en lugar de la razón de estado¹³. Sin embargo, cuando es el derecho el que posibilita la emergencia de las confrontaciones, dicha asunción liberal es insostenible. Tal fue el caso, por ejemplo, de las restricciones a la democracia propias del pacto frente nacionalista, y la manera como decretaron por vía de reforma a la Constitución de 1886¹⁴, la alternancia de candidatos del partido liberal y conservador en la presidencia de la república. Así lo dispuso el Acto Legislativo 01 de 1959:

ARTÍCULO 1o. En los tres (3) periodos constitucionales comprendidos entre el siete (7) de agosto de mil novecientos sesenta y dos (1962) y el siete (7) de agosto de mil novecientos setenta y cuatro (1974), el cargo de Presidente de la República será desempeñado, alternativamente, por ciudadanos que pertenezcan a los dos partidos tradicionales, el conservador y el liberal; de tal manera que el Presidente que se elija para uno cualquiera de dichos periodos, pertenezca al partido distinto del de su inmediato antecesor. Por consiguiente, para iniciar la alternación a que se refiere este artículo, el cargo de Presidente de la República en el periodo constitucional comprendido entre el siete (7) de agosto de mil novecientos sesenta y dos (1962) y el siete (7) de agosto de mil novecientos sesenta y seis (1966), será desempeñado por un ciudadano que pertenezca al partido conservador¹⁵.

Como han manifestado diversos estudiosos de la violencia en Colombia, la anterior reforma supuso una restricción a la democracia que posibilitó la emergencia de grupos subversivos, que ante la dificultad de participar en el sistema político, decidieron ejercer oposición armada al Estado, (Sánchez, 2009, págs. 47-48). De esta manera, como afirma García, ante la degradación del régimen democrático, opciones ilegales como la subversión armada se impusieron frente a la política tradicional:

-
- 13 “El derecho no es simplemente la manifestación del poder estatal; también representa el ideal de limitar dicho poder, “de hacer tolerable la autoridad estatal”. Así, la solución no consiste en romantizar la violencia que acompaña la excepción política, como lo hace Schmitt, ni en priorizar la lógica de la razón de Estado –la cual parece guiar el uso de los estados de excepción en Colombia– donde el derecho ha sucumbido ante la fuerza al convertirse en un instrumento de esta. Una forma legal, –el estado de excepción–, ha sido usada, de manera paradójica, en contra de la integridad del orden jurídico y de la democracia. Esta es precisamente lo opuesto: un ejercicio razonable y controlado de la autoridad estatal a través de formas jurídicas; una estructura que intensifica la libre competencia de las diversas opiniones –para utilizar una expresión de Mill–, donde las minorías y las voces disidentes son integradas, no eliminadas. El monopolio estatal de la fuerza únicamente es aceptable, si el derecho formal lo apacigua” (Iturralde, 2003, pág. 43).
- 14 Ahora bien, aunque el ejemplo propuesto refiere a la Constitución de 1886, ello en modo alguno supone que la Constitución de 1991 haya quedado por fuera de la aludida imbricación entre derecho y guerra. De hecho, esta nueva Constitución se expide como resultado de una serie de negociaciones con grupos guerrilleros como el M-19.
- 15 Congreso de Colombia, *Acto Legislativo 01 de 1959*, Diario Oficial 30051. En: ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc%2016-12-10/cp/ACTO_LEGISLATIVO_01_1959.HTML, sitio web consultado el 18 de enero de 2014.

En síntesis, (...) la movilización política es controlada, atenuada y casi eliminada en Colombia, tal como sucedía en muchas otras partes del mundo. El hecho de que ello se haya logrado violentamente por “las vías democráticas”, degradó la alternativa de lucha democrática, aumentó la movilización política ilegal (guerrilla y guerra sucia) y creó una situación institucional de maridaje y tensión a la vez entre régimen constitucional y régimen militar (...) que puede ser caracterizada como democracia de bajísima intensidad. (Gacía, 2000, pág. 18)

Nótese cómo cuestiones de diseño institucional introducidas por una reforma a la Constitución implicaron restricciones democráticas que alentaron la formación de grupos insurgentes. Adicionalmente, en el período aludido, se fortaleció la autonomía de los militares para conjurar problemas de orden público (Leal, 1994, págs. 70-71). El uso privilegiado de figuras de excepción como el estado de sitio¹⁶ permitieron hacerle frente a ese nuevo enemigo interno —el subversivo—, que representó un relevo en el combate del enemigo partidista (Orozco, 2006a). Precisamente, en torno al uso recurrente de las medidas excepcionales se refiere la tercera parte de este escrito.

2.2. La aplicación de las normas constitucionales o el rol de la Corte Constitucional

Las normas constitucionales no sólo evidencian su vinculación con la guerra cuando son creadas. De igual forma, con la promulgación de una nueva Constitución Política como la de 1991, pese a sus intentos por invisibilizar la guerra y ficcionar un inexistente estado de paz fundado en la operancia efectiva del derecho (Montoya, 2008, pág. 49), la Corte Constitucional colombiana ha venido desempeñando un papel fundamental en la definición de los marcos normativos por medio de los cuales se debe entender el conflicto armado desde el derecho; por ello, un autor como Mario Montoya, afirma:

En este contexto constitucional en el que la guerra es invisibilizada, tratada excepcionalmente y subconstitucionalizada no extraña que por efectos de las maniobras y presiones gubernamentales, las debilidades en la formación

16 Dentro del repertorio de medidas para combatir al enemigo interno, se destaca el uso y abuso de la justicia penal militar para el juzgamiento de civiles, la cual sólo fue declarada inconstitucional en el año 1987. Sobre lo problemático de que los militares asumieran el juzgamiento de civiles, se ha entendido que: “Esta extensión de la justicia penal militar para muchos delitos, en especial aquellos vinculados a conflictos sociales como huelgas o pedreas estudiantiles, resultó muy problemática pues afectaba gravemente el debido proceso, por cuanto los jueces militares estaban integrados, y aún hoy lo están, a las estructuras jerárquicas del Ejército, por lo cual carecen de la imparcialidad e independencia necesarias para administrar justicia. Además, la regulación procesal de los Consejos de Guerra Verbales impedía a los acusados un ejercicio efectivo del derecho de defensa.” (Grupo de Memoria Histórica, 2013, pág. 207)

de los propios jueces constitucionales, o por simple convicción personal, la Corte Constitucional vaya perfilando su propia Constitución Política de la guerra y para la guerra. Se trata de una Constitución basada en el recorte de derechos y garantías de las personas, en el robustecimiento de los poderes presidenciales en el marco de los estados de excepción, en la defensa de la tesis militarista para dar fin al conflicto armado (Montoya, 2008, págs. 59-60).

En este sentido, la Corte Constitucional no se ha ocupado en realidad de controlar al Estado cuando hace la guerra, sino que en ocasiones los fallos que profiere se pliegan a las necesidades de la confrontación¹⁷, de suerte que, por ejemplo: a) usa un lenguaje asimétrico para referirse a los actores de la contienda; b) no obstante ejercer una función jurisdiccional, pierde su neutralidad al proferir sus fallos; c) a menudo, reduce la complejidad de la guerra y la confunde con la violencia; d) sus fallos, normalmente, caen en cierta rutinización, es decir, recurren con frecuencia a las citas de fallos en los que previamente se aludió a la contienda armada (Montoya, 2012).

Aunado a lo anterior, la coexistencia de orden constitucional y guerra posibilita que las mismas decisiones de la Corte Constitucional asociadas al modelo de decisión propio del neoconstitucionalismo, terminen ponderando garantías -como la libertad individual-, en lo que supone una “dictadura del ejecutivo legitimada por los jueces” (Orozco & Albarello, 1999, pág. 26), lo cual contraría aquel valor mínimo absoluto que se reclama para dichas garantías en materia penal, incluso cuando generan tensiones con la seguridad pública¹⁸.

3. LA GUERRA Y EL DERECHO PENAL

El castigo es uno de aquellos ámbitos en los cuales ha sido más ampliamente analizada la relación entre guerra y derecho. Con base en la literatura consultada se

17 Es ilustrativo en este sentido la manera como la Corte Constitucional no se ha ocupado de ejercer control constitucional al Estado guerrero, sino que sus fallos se adaptan a lo que el Gobierno Nacional quiere en momentos determinados. (Montoya, 2012)

18 En este sentido, vale la pena recordar a Juan Fernández cuando indica que: “Las normas de garantía poseen un valor mínimo absoluto: Por debajo de ellas el poder deja de ser legítimo; el ciudadano posee siempre el derecho inalienable a que el poder del Estado se ejerza en todo caso y momento de conformidad con las reglas objetivas del derecho. Esto es lo propio de un Estado de derecho y tiene que ser respetado, a fuerza de dejar de serlo, por todo Estado que pretenda constituirse y preservarse como Estado de derecho (Const. Pol., artículo 1°). El poder estatal no sólo ha de ejercerse con respeto a la legalidad formal, sino también de la legalidad material, esto es, de los valores contenidos en las normas, principios y valores superiores del sistema, los cuales están obligados a desarrollar como uno de sus objetivos esenciales (Const. Pol. Artículo 2°.)” (Fernández, 1998, pág. 83)

pueden identificar al menos dos escenarios en los cuales se evidencia dicha relación: en primer lugar, la negociación del castigo que involucra, entre otros asuntos a las transformaciones asociadas a la noción de delito político y la manera como éste posibilita un juego constante de amnistías e indultos; y, en segundo lugar, el uso bélico del derecho penal, o dicho de otra forma, aquella manera como el ejercicio de poder político referido al fenómeno criminal –la política criminal (Grosso, 1999, pág. 16)- ha permitido una permanente construcción y adición de enemigos convenientes¹⁹.

3.1. La negociación del castigo

La pervivencia -desde el siglo XIX- de condiciones de guerra en Colombia posibilitó el desarrollo de una tradición según la cual, una vez culminaba una confrontación armada se concedían amnistías o indultos a los miembros del bando “perdedor” de la contienda, con el fin de garantizar condiciones que posibilitaran una paz más o menos estable y duradera. Sin embargo, los efectos de las amnistías y los indultos – es decir, la renuncia total o parcial del castigo- no han sido exclusivos de los delincuentes políticos²⁰ pues dichos beneficios se han concedido incluso a delincuentes comunes –que actúan por móviles egoístas- como lo ilustra la normatividad de excepción expedida para hacerle frente a fenómenos como el narcotráfico (Iturralde, 2010) o la más reciente tendencia de ordinarizar la justicia premial por cuenta de instituciones procesales como los preacuerdos, allanamientos o el principio de oportunidad en el nuevo Código de Procedimiento Penal –ley 906 de 2004-.

Y es que al revisar la abundante legislación que existe en Colombia sobre procesos de negociación del castigo –en escenarios como los de desarme, desmovilización y reinserción- (Pérez, 2005) se hace aún más evidente la imbricación entre derecho y guerra, pues no sólo se trata de la construcción de criterios para tratar con delincuentes políticos, sino también de procesos de renuncia al castigo frente a actores que en la lógica de “señores de la guerra” ejercen coerción, extraen recursos y en general instituyen criterios de orden y autoridad en aquellos contextos en los que le Estado no hace presencia (Duncan, 2006).

19 La aludida construcción y adición de enemigos convenientes se puede revisar en: (González, 2009) y (Muñoz, 2012)

20 En este sentido: (Orozco, 2006a).

En este orden de ideas, el Estado prefiere en ocasiones negociar, y, aunque se discuta la crisis del delito político -principalmente desde la sentencia C-456 de 1997²¹-, no ha sido la única vía para negociar el castigo. Las guerras desatadas contra diversos enemigos han mostrado que al delito político se recurre, pero no siempre para dar un tratamiento punitivo privilegiado al enemigo²².

3.2 La construcción de enemigos convenientes

Al uso bélico del derecho penal se le conoce como “derecho penal del enemigo”²³. Para el caso colombiano, trabajos de autores como (Aponte, 2006) y (Cote, 2010) han mostrado la instrumentalización de las normas penales en función de la guerra, destacando que un derecho penal así reglado corresponde a una patología o desviación del sistema penal ordinario. Adicionalmente, el derecho penal de enemigo se vale de la legislación penal de emergencia, con lo cual si hablamos de derecho penal de enemigo, por lo general estamos refiriendo a la excepción y la forma como ésta irrumpe en la manera de hacerle frente al fenómeno criminal.

Sin embargo, en Colombia ni la emergencia ni el uso bélico de las normas penales que ésta ha posibilitado han sido simples anomalías; al contrario, el denominado sistema penal de emergencia o paralelo²⁴ ha sido recurrente (Pérez W. e., 1997) y en

-
- 21 Se trató de una sentencia en la cual se declaró la inconstitucionalidad de la conexidad, una institución que permitía la inmunidad de aquellos delitos cometidos en combate y que guardaran relación directa con el delito de rebelión. En algún momento el expresidente Uribe Vélez llegó incluso a proponer la eliminación del delito político ante lo que para él no era una guerra sino una mera amenaza terrorista. Afirmó el ex presidente: “(...) Uno ve las democracias avanzadas de Europa: eliminaron el delito político. Por qué lo eliminaron? Primero, porque hay una democracia profunda; segundo, cuando frente a una democracia profunda se aspira a acceder al poder, con apoyo en las armas, el delito deja de ser político y pasa a ser terrorismo”, *Uribe busca eliminar de la Constitución el delito político* en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1621294>, noticia publicada el 19 de mayo de 2005. Sitio web consultado el 9 de febrero de 2011. Sin embargo, esta lectura no fue coherente pues el mismo gobierno nacional impulsó una negociación con miembros de las AUC –Autodefensas Unidas de Colombia-, frente a quienes sí manifestó que se trataba de delincuentes políticos, concretamente de sediciosos. Producto de dicha negociación se expidió la ley 975 de 2004 o ley de justicia y paz que brindó un marco normativo para investigar y juzgar los delitos que hubieran cometidos los desmovilizados de las AUC en el desarrollo del conflicto armado.
- 22 El delito político también ha sido usado como ámbito general de criminalización, es decir, como criterio de expansión del derecho penal. En este sentido ver: (Aponte, 2006), (Muñoz, 2009) y (González, 2010).
- 23 La producción bibliográfica sobre esta materia es cada vez más profusa. Se recomienda la lectura de: (Aponte, 2006), (Cancio, 2006) y (Zafaroni, 2006)
- 24 “*Sistema penal paralelo*: es aquel sistema penal de carácter legal, que sin embargo aparece como una segregación derivada algunas veces del propio discurso jurídico, al excluirlo de la lógica propia del *sistema penal ordinario* y someterlo a reglas propias que, por lo general, aparecen justificadas como “excepciones” a los principios de los cuales se dice partir. Aunque siendo estrictos habría que utilizar esta categoría en plural y no en singular, en mayor o menor grado tales sistemas paralelos se autojustifican frente al sistema ordinario

algunos eventos sus disposiciones se han incorporando al sistema penal ordinario (Orozco, 2006a, pág. 162)²⁵. Esta situación hace problemático el uso de un concepto como el de derecho penal de enemigo para interpretar el contexto colombiano, pues -cabe recordarlo-, cuando se enuncia por primera vez en la década de los ochenta, quería evidenciarse la manera como el sistema penal de algunos Estados europeos reaccionaba frente a determinados sujetos a quienes se les trataba como enemigos en lo que parecía ser una guerra, en un contexto en el cual el Estado en efecto reclamaba para sí el monopolio del uso de la fuerza (González, 2009).

No obstante, en Colombia el contexto de producción de las normas de excepción por medio de las cuales se han querido librar sucesivas batallas no corresponde al europeo (González, 2009). En nuestro caso, la guerra no es una metáfora y las normas penales son usadas –en efecto- como medios para derrotar enemigos; por ello, así como en algunos círculos académicos se habla de “guerras jurídicas”²⁶ o “guerras judiciales”²⁷ para referir la manera como las normas son usadas por los

como “sistemas de emergencia”; característica principal es su ruptura con los principios informadores del derecho penal moderno, motivo por el cual la denominada “legislación de orden público” constituye el mejor ejemplo.” (Sotomayor, 2006, págs. 106-107). En general, en la lógica del garantismo penal, para que sea legítima, la intervención del Estado al castigar debe estar sujeta a estrictos límites. Sobre el papel limitador del derecho, ver: (Ferrajoli, Derecho y razón, 2006).

- 25 Una detallada caracterización de tal proceso de ordinarización de la legislación penal de emergencia a propósito de la jurisdicción especial de orden público y su incidencia en la creación de los jueces penales de circuito especializado se puede leer en (Iturralde, 2010).
- 26 “Se entiende por guerra jurídica la utilización de la normativa de un Estado o la de la comunidad internacional con el fin de obtener victorias psicológicas sobre el enemigo. La guerra jurídica plantea la penetración o infiltración en los centros de producción normativa; verbigracia, en el legislativo, en la administración pública y en la rama judicial. Igualmente, existirá guerra jurídica en los órganos de control. La guerra jurídica dentro del ámbito de la lucha popular prolongada ha evolucionado en su definición, lo que ha permitido separarla de la guerra política de la que se hablaba en los años cincuenta. La guerra jurídica permite crear un marco normativo que sirva a los propósitos del enemigo; en este tipo de guerra se persigue, en primer término, brindar a los capturados por delitos políticos y conexos garantías inimaginables dentro de un conflicto armado; se persigue dejar sin piso todas las medidas excepcionales so pretexto de una sistemática violación de los derechos humanos; se busca desprestigiar a los organismos de seguridad del Estado a fin de maniatarlos frente a las operaciones.” (Mejía, 2009, pág. 61)
- 27 La guerra judicial, dentro de la combinación de las formas de lucha, es el resultado práctico del marco normativo creado por la guerra jurídica; se puede decir que una de las consecuencias de esta guerra es la judicial. En otros términos, la guerra judicial es la especie y la jurídica es el género. (...)La guerra judicial cobra todo su esplendor en los juzgados, tribunales y cortes; la guerra judicial internacional se plasma como el juzgamiento de sujetos de derecho público internacional o de personas naturales en el caso de la jurisdicción penal internacional; así la Corte Interamericana de Derechos Humanos es un escenario de guerra judicial, ya que sus sentencias son fruto de un debate de tal naturaleza (judicial); empero, la actividad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como la del Comité de Derechos Humanos de la ONU, entre otros, es la típica actividad de guerra jurídica. La guerra judicial permite la persecución directa o indirecta de funcionarios estatales, principalmente pertenecientes a las fuerzas armadas” (Mejía, 2009, pág. 62).

actores del conflicto con el fin de combatir el Estado, un uso idéntico parece darle éste a las normas penales.

Y aunque la imagen del enemigo haya cambiado como lo evidencia el catálogo de enemigos de los discursos securitarios²⁸, la guerra está presente en la creación y aplicación de las normas penales para definir prioridades y sujetos a quienes castigar. Así, estatutos como el de Seguridad –Decreto 1923 de 1978- proferido para derrotar al terrorismo, los de seguridad ciudadana, defensa de la democracia y antiterrorista –de finales de la década de los ochenta e inicios de los noventa- para derrotar el narcotráfico, o el más reciente Estatuto Antiterrorista del año 2003, sugieren evidencias de la profunda relación que existe entre derecho y guerra²⁹.

4. La guerra y la propiedad

Recientemente el Grupo de Memoria Histórica señaló que, junto a otros factores³⁰, el problema agrario está en la raíz del conflicto en Colombia (Grupo de Memoria Histórica, 2013, pág. 111). Esta aseveración es reafirmada en el más reciente Acuerdo General para la Terminación del Conflicto, suscrito entre el Gobierno Nacional y la guerrilla de las FARC, en cuya agenda el problema de la tierra es el primero que debe ser abordado³¹ y como ha sido documentado por autores como Palacios o Uribe, han sido disputas por el derecho de propiedad las que han precipitado el surgimiento de grupos insurgentes, con lo cual, siguiendo nuevamente a Norberto Bobbio, en relación con la propiedad, la manera como jurídicamente se han regulado los conflictos (con reformas y contrarreformas agrarias) es una de las razones que explica por qué hoy reviste tanta importancia en la mesa de negociaciones entre el Gobierno y la guerrilla el tema agrario.

28 La doctrina de la seguridad nacional articuló un discurso para derrotar al subversivo o comunista en el período de la Guerra Fría (Muñoz, 2006); la doctrina de la seguridad ciudadana lo hizo frente al crimen organizado y, por último, la política de defensa y seguridad democrática construyó uno relacionado con el terrorista (Muñoz, 2012).

29 En todos estos decretos se apela a situaciones de excepción para dar un trato punitivo diverso a quienes son criminalizados por ellos.

30 Concretamente, el Grupo de Memoria Histórica señala: “la irrupción y la propagación del narcotráfico; las limitaciones y posibilidades de participación política; las influencias y presiones del contexto internacional; la fragmentación institucional y territorial del Estado”. (Grupo de Memoria Histórica, 2013, pág. 111)

31 Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/AcuerdoGeneralTerminacionConflicto.pdf>, consulta efectuada el 23 de enero de 2014.

En ese aparatado se mostrará, en primer lugar, la correlación que existe entre modelo de desarrollo y guerra, y, en segundo lugar, la incidencia que ello ha tendido en la manera como el derecho regula las relaciones de propiedad respecto a la tierra.

4.1. La guerra y el modelo de desarrollo

Como se indicó en la parte inicial del presente escrito, el colombiano es un contexto en el cual no ha sido posible la construcción de un Estado fuerte, y a ello han contribuido probablemente fenómenos como la globalización y la pervivencia de la guerra. Sin embargo, aquellos no han sido los únicos factores que explican dicha debilidad, pues de acuerdo con la indagación de Uribe López, las élites políticas del país han propiciado una situación de acumulación de la tierra con un marcado sesgo “anticampesino” que ni siquiera tuvieron un verdadero interés en llevar a cabo los programas de la Alianza para el Progreso, desplegados en el período de la Guerra Fría para contener la amenaza comunista (Uribe, 2013).

Nuestras élites, como lo muestra dicho autor, han facilitado un contexto en el cual las posibilidades de acceso a subsidios o beneficios tributarios son mucho más gravosas para el pequeño propietario que para el gran terrateniente. Por ello, a propósito de los escándalos desatados por algunos programas del ex presidente Uribe Vélez, señala:

Los dueños de la tierra no solo aportaban una tributación exigua sino que también eran los grandes beneficiarios del crédito preferencial del Estado, al cual accedían de manera muy fácil. El “continuismo colombiano” al que se refiere el historiador Marco Palacios (...) no es una fórmula retórica: Casi cincuenta años después, el Ministro de Agricultura de la administración de Álvaro Uribe Vélez defendió el argumento de subsidiar a la gente adinerada para reducir la desigualdad en el campo. (Uribe, 2013, págs. 209-210)

Adicionalmente, nuestro modelo de desarrollo ha permitido la coexistencia de la guerra con episodios de crecimiento económico, lo que según Rettberg evidencia el desinterés de las élites por la terminación del conflicto, ya que sus negocios siguen siendo prósperos aunque la guerra continúe. Y aunque esta autora no generaliza a todos los empresarios rurales, manifiesta que a algunos de ellos, “(...) no es que les favorezca la guerra en sí, pero sí les convienen formas de protección que fomentan la guerra”. (Citado por: Uribe, 2013, pág. 235).

Así las cosas, nuestras élites se mueven entre el desinterés por acabar con la guerra y acuerdos internos al interior del régimen político para diseñar, según intereses privados, políticas relacionadas con un asunto público como debería serlo el acceso a la propiedad de la tierra.

4.2. La reforma y la contrarreforma agraria

El acceso a la propiedad de la tierra ha estado atravesado por los usos y abusos del derecho de determinados grupos en el país. A partir de demandas particulares que formulan nuestras élites, el sistema político ha generado respuestas que desde el derecho han querido definir asuntos fundamentales sobre la manera como se debe acceder al derecho de propiedad sobre la tierra y los usos legítimos que se le pueden dar. De ello da cuenta la historia de reformas y contrarreformas agrarias.

Es en la década de 1930 cuando empieza a aparecer en la agenda política nacional la necesidad de reformar el derecho para que campesinos y trabajadores de las ciudades estuvieran en un plano de igualdad política con los grupos de propietarios. No obstante, las reformas adoptadas fueron realmente tímidas y no bastaron para que la “función social de la propiedad”, anunciada con el Acto Legislativo 01 de 1936³² y desarrollada con la ley 200 del mismo año, implicara en efecto un transformación profunda de las estructuras mentales, jurídicas y políticas que posibilitaban el fenómeno de concentración sobre la propiedad (Palacios, 2011, págs. 24-26).

Si entendemos con Palacios que una reforma agraria, se refiere al régimen de titularidad jurídica y de tenencia de la tierra, pero que exige, así mismo, la transformación de aspectos como el grado de concentración de la tierra cultivable, la gestión y escala del manejo de predios, la estructura sociopolítica y tensiones entre el campo y la ciudad, los resultados que arroja la experiencia de la reforma legal y constitucional de 1936, no permiten afirmar que en Colombia operó en efecto una reforma agraria (Palacios, 2011, pág. 211). Ni en ese momento ni después fue una prioridad para el régimen político modificar tales asuntos.

Ahora bien, si por un momento ficcionamos y asumimos que las reformas que desde el punto de vista legal y constitucional se adoptaron en 1936 en efecto implicaron una reforma agraria, lo que sí tenemos años más tarde es una verdadera contrarreforma, producto del llamado Acuerdo de Chicoral con el cual se debilitó el INCORA (Instituto Colombiano de Reforma Agraria). Como resultado de este acuerdo se expidieron leyes como las siguientes:

(...)4 de 1973 que hizo más exigentes y burocratizados los requisitos de expropiación (...), la ley 5 de 1973 que “creó los mecanismos financieros para incentivar la modernización de la gran hacienda tradicional” (...) y la en la ley 6 de 1976 o “ley de aparcería”, expedida esta última durante el gobierno

32 Acto Legislativo 01 de 1936, Artículo 10: “La propiedad es una función social que implica obligaciones”. En: ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc%2016-12-10/cp/ACTO_LEGISLATIVO_01_1936.HTML, sitio web consultado el 25 de enero de 2014.

de Alfonso López Michelsen (1974-1978) y que retomó esa figura de la ley 100 de 1944 (...) Estas leyes modificaron las leyes 35 de 1961 y 1 de 1968, de la misma forma que la ley 100 de 1944, había reformado –favoreciendo aún más a los terratenientes- la ley 200 de 1936. (Uribe, 2013, págs. 275-276)

Con base en lo anterior, tenemos un panorama en el cual las formas jurídicas de regular la titularidad y tenencia sobre la tierra en Colombia se han enfocado en reforzar la concentración de la propiedad y de ello da cuenta la dinámica de reforma y contrarreforma que se acabó de enunciar.

CONCLUSIONES

Según el orden en el que fueron presentadas las diversas relaciones entre guerra y derecho se puede concluir lo siguiente:

En cuanto al derecho constitucional

Las constituciones en Colombia no sólo han estado relacionadas con la guerra en su acto de creación –la guerra como origen del derecho–, sino que también la Corte Constitucional en ejercicio de sus funciones de control ha revestido de juridicidad el accionar bélico del Estado, sobre todo en lo que respecta a figuras que como la conmoción interior o los estados de emergencia, sugieren una prevalencia de la razón de estado sobre el estado de derecho.

En cuanto al derecho penal

El contexto de guerra en Colombia incide en la manera como se define el derecho penal. Por un lado, ha sido una práctica ordinaria en nuestro medio el recurso a figuras como la amnistía o el indulto, la cuales son propias de una situación de guerra; y, por el otro, a las normas penales se les ha utilizado como armas de guerra, no en sentido metafórico como cuando en otras latitudes de habla de derecho penal de enemigo. En nuestro medio, en efecto se quiere llevar la confrontación a escenarios jurídicos –en general- y judiciales –en concreto-.

En cuanto al derecho privado

Ha sido públicamente reconocido que el problema agrario está en la raíz del conflicto armado en Colombia. Y ello ocurre básicamente por dos razones: en primer lugar, porque se ha impulsado un modelo de desarrollo en el que nuestras élites políticas han sido incapaces de gestionar políticamente de manera exitosa el problema agrario; y en segundo lugar, porque a raíz de lo anterior, el derecho que se ha expedido no ha hecho otra cosa que propiciar privilegios y estímulos

que protegen a los grandes terratenientes y le restan posibilidades de acción a los pequeños propietarios y tenedores de tierra en el país.

En este sentido, de cara a los diálogos que en estos momentos sostienen en La Habana el Gobierno Nacional y la guerrilla de las FARC, cabría preguntar ¿cuál será el papel del derecho en la regulación de materias como las que fueron objeto de reflexión en este escrito? En otras palabras, en un eventual escenario de transición o terminación del conflicto político militar al que ha asistido Colombia por cuenta de la confrontación entre Estado e insurgencia, ¿el diseño institucional resultante tendrá, por fin, la capacidad de gestar un sistema democrático más abierto, en el cual ahora sí sea innecesaria la oposición armada?, ¿la terminación del conflicto asegurará en efecto que el derecho penal deje ser usado como un arma más en la confrontación?, ¿un acuerdo de paz podrá al fin posibilitar la reforma agraria tan anunciada desde la década de 1930?

BIBLIOGRAFÍA

- Alonso, M., & Vélez, J. C. (1998). Guerra, soberanía y órdenes alternos. *Estudios Políticos* (13), 41-71.
- Aponte, A. (2006). *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Bobbio, N. e. (2011). *Diccionario de política*. México: Siglo XXI.
- Bobbio, N. (2009). *Teoría general de la política*. Madrid: Trotta.
- Bodino, J. (1997). *Los seis libros de la República*. Madrid : Tecnos.
- Cancio, M. (2006). *Derecho penal de enemigo. El discurso penal de la exclusión*. (M. (. Cancio, Ed.) Buenos Aires: BdeF.
- Capella, J. R. (1997). *La fruta prohibida. Una aproximación histórico teórica al estudio del derecho y del estado*. Madrid: Trotta.
- Cote, G. (2010). *Derecho penal de enemigo en la Violencia (1948-1966)*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Corte Constitucional, Sentencia C-456 de 1997
- De Gabriel, J. (2009). La formación del Estado moderno. En R. Del Águila, *Manual de Ciencia Política* (págs. 35-52). Madrid: Trotta.
- Duncan, G. (2006). *Los señores de la guerra: de paramilitares, mafiosos y autodefensas en Colombia*. Bogotá: Planeta.
- Fernández, J. (1998). *Principios y normas rectoras del derecho penal. Introducción a la teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*. Bogotá: Leyer.

- Ferrajoli, L. (2006). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Foucault, M. (2008). *Defender la sociedad*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Gacía, M. (2000). Estado, derecho y crisis en Colombia. *Estudios Políticos* (17), 11-44.
- González, J. (2010). Criminalización de la crítica. *Estudios Políticos* (36), 95-109.
- González, J. (2009). La política criminal en Colombia o cómo se construye un enemigo. En A. Calle, *El estado actual de las ciencias penales* (págs. 133-152). Medellín: Grupo Editorial Ibáñez.
- González, J. (2005). Verdad, justicia, paz y reparación en la mitología penal. A propósito de la ley 975 de 2005. *Estudios Políticos* (27), 45-63.
- Grosso, M. (1999). *La reforma del sistema penal colombiano. La realidad de la imagen perspectiva político criminal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Grupo de Memoria Histórica. (2013). *¡Basta ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Hardt, M., & Negri, A. (2001). *Imperio*. Bogotá: Desde abajo.
- Hobbes, T. (2010). *Leviatán. O la materia, forma y poder una república eclesiástica*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Iturralde, M. (2010). *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes- Pontificia Universidad Javeriana- Instituto Pensar.
- Iturralde, M. (2003). Guerra y derecho en Colombia: el decicionismo político y los estados de excepción como respuesta a la crisis de la democracia. *Revista de Estudios Sociales* (15), 29-46.
- Kahn, P. (2012). *Teología Política. Cuatro nuevos capítulos sobre el concepto de soberanía*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Leal, F. (1994). *El oficio de la guerra. La seguridad nacional en Colombia*. Bogotá: Tercer Mundo.
- Mann, M. (1999). El futuro global del Estado-nación. *Análisis político* (38), 1-17.
- Mejía, J. (2009). *Sin eufemismos. Conflicto y paz en Colombia*. Bogotá: Temis.
- Montoya, M. (2008). Constitución de 1991, conflicto armado y control constitucional. *Estudios de Derecho* (145), 31-66.
- Montoya, M. (2012). Percepciones de la Corte Constitucional sobre la guerra . Medellín: Especialización en Derecho penal - Universidad de Antioquia.
- Muñoz, J. (2006). Doctrina de la Seguridad Nacional. Relaciones entre saber y poder: discurso y prácticas . *Estudios de Derecho* (142), 185-209.
- Muñoz, J. (2009). El delito político, la política criminal y la criminalización de actividades lícitas en Colombia. *Diálogos de Derecho y Política* (1).

- Muñoz, J. (2012). *Saber y poder en el discurso de la seguridad democrática, o el diseño de una política criminal: Colombia 2002-2006*. Trabajo presentado para optar al título de Magíster en Ciencia Política, Medellín.
- Nietzsche, F. (2006). *La genealogía de la moral*. Madrid: Alianza.
- Orozco, I. (2006a). *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*. Bogotá: Temis.
- Orozco, I. (2006). Soberanía interior y garantismo. Sobre la guerra y el derecho en Colombia. En J. Sotomayor, *Garantismo y derecho penal* (págs. 37-56). Bogotá: Temis.
- Orozco, I. (2005). *Sobre los límites de la conciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina*. Bogotá: Temis-Universidad de los Andes.
- Orozco, I., & Albarello, G. (1999). *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*. Bogotá: Temis.
- Palacios, M. (2011). *¿De quién es la tierra? Propiedad, politización y protesta campesina en la década de 1930*. Bogotá: FCE, Universidad de los Andes.
- Pasquino, G. (2011). *Nuevo Curso de Ciencia Política*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Pérez, W. e. (1997). *Estado de derecho y sistema penal. La emergencia permanente de la reacción punitiva en Colombia*. Medellín: Diké.
- Pérez, W. (2000). Guerra y delito en Colombia. *Estudios Políticos* (16), 11-41.
- Pérez, W. (2005). Orden jurídico, negociación, paz y reinserción. La constante imbricación entre guerra, política y derecho en Colombia. *Estudios Políticos* (27), 67-100.
- Restrepo, W. (2001). Colombia: proceso de paz e internacionalización del conflicto. *Estudios Políticos* (19), 93-118.
- Sánchez, G. (2009). En *Colombia: violencia y democracia*. Medellín : La Carreta Editores – IEPRI.
- Schiavone, A. (2012). *Ius. La invención del derecho en Occidente*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora.
- Sotomayor, J. (2006). Garantismo y derecho penal en Colombia. En J. Sotomayor, *Garantismo y derecho penal*. Bogotá: Temis.
- Tabares, C. e. (2013). ¿De qué ciencia política estamos hablando?, ponencia presentada en el II V Congreso Latinoamericano de Ciencia Política, Bogotá, 26,27 y 28 de septiembre de 2013. Bogotá.
- Tilly, C. (1992). *Coerción, capital y Estados europeos, 990-1990*. Madrid: Alianza.
- Uribe de Hincapié, M. T. (1998). Las soberanías en vilo en un contexto de guerra y paz. *Estudios Políticos* (13), 11-37.
- Uribe, M. (2013). *La nación vetada: Estado, desarrollo y guerra civil en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Valencia, H. (2010). *Cartas de batalla*. Bogotá: Panamericana.
- Vallés, J. (2000). *Ciencia Política. Una introducción*. Barcelona: Ariel.
- Weber, M. (2005). *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Zafaroni, E. (2006). *El enemigo en el derecho pena*. Bogotá: Editorial Ibáñez-Universidad Santo Tomás.

Internet:

- Congreso de la República. Acto Legislativo 01 de 1936, Artículo 10: “La propiedad es una función social que implica obligaciones”. En: ftp://ftp.camara.gov.co/camara/base-doc%2016-12-10/cp/ACTO_LEGISLATIVO_01_1936.HTML, sitio web consultado el 25 de enero de 2014.
- Mesa de Conversaciones. Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/AcuerdoGeneralTerminacionConflicto.pdf>, consulta efectuada el 23 de enero de 2014.