

Control penal del crimen organizado en Colombia, 1980-2014

Farid Samir Benavides Vanegas

- El desarrollo de la legislación penal en Colombia con mucha frecuencia ha confundido al terrorista con el rebelde, al actor político y al actor del crimen organizado. En esa confusión se ha pasado por alto el análisis de las estrategias del Estado para enfrentar fenómenos de violencia común por parte de grupos organizados, que no se reducen a simples grupos de narcotraficantes y no son actores políticos.
- En la década del ochenta la legislación colombiana tomó elementos del derecho penal de enemigo, que se usaba en Europa en la lucha contra el terrorismo, para enfrentar al crimen organizado. Las normas expedidas en el contexto de estado de sitio de los ochenta fueron normalizadas en la década del noventa, cuando también se hicieron desarrollos en materia de lucha contra el lavado de activos y se expidió la ley de extinción de dominio.
- Aunque al comienzo de la década de 2000 parecía que por fin se iba a tener una política integral de persecución al crimen organizado, esto no fue posible, pues de nuevo se dio la confusión entre conflicto armado y crimen organizado y, nuevamente, la política terminó identificando los problemas sin tener en cuenta su dimensión organizada y sin buscar acabar con las redes criminales.
- Aún queda por desarrollar esa política integral, que permita al Estado colombiano tener todos los instrumentos para hacer frente a los delitos propios del crimen organizado. Pero para hacerlo debe partir de la base de una clara determinación de qué se entiende por crimen organizado, cómo se mide en las estadísticas criminales, cuáles son los delitos que se deben perseguir y cuál es la estrategia para dismantelar, penal y económicamente, las redes criminales.



Contenido

Introducción	5
Contexto y antecedentes: el uso del delito de concierto para delinquir	6
El surgimiento de un derecho penal de enemigo.....	9
La lucha contra los activos del narcotráfico.....	16
La Convención de Palermo y la persecución de otras actividades de crimen organizado en Colombia.....	19
Conclusión	26
Referencias	26





Introducción

Con el fin de hacer frente a los problemas generados por el crimen organizado, el Estado colombiano ha desarrollado diferentes estrategias, las cuales, sin embargo, se han concentrado, primero, en la lucha contra el narcotráfico, posteriormente contra el terrorismo y, en tiempos recientes, contra la minería denominada criminal¹. De esta manera, con mucha frecuencia se ha confundido al terrorista con el rebelde y se ha desarrollado una legislación restrictiva propia de lo que en la doctrina penal se ha denominado el derecho penal de enemigo (Orozco Abad, 1992; Aponte, 2005; Jakobs, 2006)². La confusión entre actor político y actor del crimen organizado no solo ha afectado la lógica de su criminalización, sino también la de su perdón. En diversas ocasiones, los mecanismos de desmovilización de las guerrillas se han utilizado para lograr la “desmovilización” de los grupos de crimen organizado. Tal es el caso reciente de una propuesta del fiscal general para la entrega de los miembros de las bandas criminales (Bacrim)³.

- 1 El gobierno colombiano parte de la distinción entre minería irregular, ejercida por artesanos de manera tradicional; ilegal, que carece de títulos pero que en sí misma no es una empresa criminal; y criminal, aquella asociada a la actividad de grupos de crimen organizado o grupos armados que son parte del conflicto armado de carácter no internacional.
- 2 Jakobs hace una distinción entre el derecho penal de las personas y el derecho penal de enemigo. El primero es propio de aquellos delincuentes que no atacan la existencia del Estado y, por tanto, pueden gozar de los derechos consagrados en la Constitución política. Los enemigos, por el contrario, no pueden ser objeto de un trato diferente al de la exclusión de la *polis*, lo que significa el recorte de sus derechos y un tratamiento similar al del enemigo en el derecho de los conflictos armados.
- 3 Véase *El Tiempo*. <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/proponen-politica-de-sometimiento-para-bandas/14624501>. 12 de octubre de 2014. Última visita, 15 de diciembre de 2014. En la discusión que se hace en el país, estas propuestas se han querido presentar como si fueran propias de un modelo acusatorio puro. Sin embargo, quienes afirman tal cosa olvidan que en un proceso acusatorio y en un modelo de negociación, como el de los Estados Unidos, se parte de la base de la fortaleza del Estado y del monopolio de la fuerza en todo su territorio, y no como ha sido el caso con las organizaciones que se enfrentan al Estado.

En Colombia se ha confundido entonces la lucha contra el crimen organizado con la lucha contra los actores ilegales que toman parte en el conflicto armado de carácter no internacional. En esa confusión se ha pasado por alto el análisis de las estrategias del Estado colombiano para enfrentar fenómenos de violencia común por parte de grupos organizados, que no pueden ser reducidos a simples grupos de narcotraficantes o confundidos con actores políticos.

En un extremo del espectro de la criminalidad organizada del país están las bandas criminales, cuya actividad en muchos sentidos se parece a la de los grupos paramilitares –salvo por la ausencia de una conciencia ideológica anticomunista–, y en el otro las organizaciones que se dedican a cometer delitos como el hurto de celulares o el denominado paseo millonario, este último consistente en actos de secuestro para cometer delitos de hurto calificado. En medio de todo ello están las organizaciones dedicadas al tráfico de estupefacientes a otros países, las que se dedican al tráfico de personas, al microtráfico en las ciudades, a la venta de armas, al secuestro, y, en general, a la comisión de delitos comunes. Es importante que una política de lucha contra el crimen organizado tenga muy claro qué quiere decir cuando usa ese concepto, a qué sujetos se aplica y cuáles son las estrategias generales y específicas de control.

En el presente texto se analiza lo siguiente: en primer lugar, una conceptualización de la noción de crimen organizado, destacando el uso del delito de concierto para delinquir como estrategia de persecución en contra de las organizaciones criminales; segundo, los antecedentes y el contexto de producción de la legislación de orden público de la década del ochenta y la legislación de la justicia regional vigente con posterioridad a la expedición de la Constitución de 1991; en tercer lugar, el recurso a la acciones sobre los bienes, con la expedición de la ley de extinción de dominio; y, cuarto, la situación vigente con posterioridad a la expedición del Código penal de 2000 y la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional.



Contexto y antecedentes: el uso del delito de concierto para delinquir

La Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000, conocida también como Convención de Palermo, establece en su artículo 2-a):

Por grupo delictivo organizado se entenderá a un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

De esta manera, además del carácter transnacional, para la Convención el grupo delictivo organizado se caracteriza por la permanencia en el tiempo y por el acuerdo entre sus miembros, que pueden ser tres o más, para cometer los delitos tipificados en la misma (McLean, 2007). Uno de los puntos que se resalta es la necesidad de que el grupo actúe en concierto para la comisión de crímenes graves, con una pena superior a cuatro años de prisión, sin que ello signifique que todos los miembros deban tomar parte en todas y en cada una de las actividades.

Sin embargo, antes de la firma y ratificación de la Convención de Palermo, el crimen organizado se entendía como un asunto nacional, esto es, como un asunto que era de la competencia de los Estados y que solía afectarlos solo a ellos dentro de su territorio. Esta Convención es la consecuencia de un cambio en la estructura del crimen organizado y de la necesidad de una serie de medidas que hagan frente a su carácter transnacional y hagan más ágil la respuesta estatal⁴.

4 Una de las preguntas que surge en la dogmática penal es, ¿qué justifica la sanción de quienes se asocian para cometer delitos? Esto es, cuál es la base para sancionar lo que se denomina un injusto de organización. Manuel Cancio afirma que se sanciona por el incremento del peligro que

La primera legislación comprensiva para hacer frente al crimen organizado es la de Estados Unidos. La *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*, conocida como la *Rico Act*, establece una serie de medidas para controlar los delitos de extorsión, fraude, lavado de activos, tráfico de estupefacientes, homicidio, secuestro, juego ilegal, incendio, hurto, cohecho, falsificación, estafa, obstrucción de la justicia, falso testimonio, entre otros. La *Rico Act* es el resultado del reconocimiento del carácter variado de la actividad de estas organizaciones, con una combinación no solo entre diferentes actividades ilegales, sino también una combinación y confusión entre actividades legales e ilegales. Para esta legislación, el crimen organizado no es solo familiar, como en el modelo de la *Cosa Nostra* o la *N'Drangheta* italiana (Krauthausen, 1998), sino que se refiere a un grupo de personas en una actividad delictiva continua. La intervención que hace la *Rico Act* se orienta no solo en contra del individuo que trabaja o apoya una organización criminal, sino principalmente en contra de la empresa criminal como tal, atacando la estructura de la organización con el propósito de desmantelarla.

En Alemania, el Grupo de trabajo común de la justicia y la policía para la persecución penal de la criminalidad organizada ha definido a la criminalidad organizada como:

la comisión planificada de delitos llevados por la aspiración de ganancias o poder, que de modo particular o en su totalidad son de un significado importante, cuando son cometidos por más de dos participantes que trabajan en común por un periodo de tiempo largo o indeterminado y dividiéndose el trabajo: a) bajo el empleo de estructuras profesionales/industriales o similares a las comerciales;

supone la actuación colectiva, y este peligro es el que justifica la anticipación de la pena, a pesar de que el grupo no haya cometido aún delitos concretos: "La organización emerge como magnitud social autónoma. Cotidianamente se dice o se dijo que la RAF o ETA, "Cosa Nostra", el cartel mexicano de Tijuana o el "Comando Vermelho" en Brasil, piensan, planean, dicen, exigen, hacen algo" (Cancio Meliá y Silva Sánchez, 2008: 62).



b) bajo el uso de violencia o de otro medio idóneo para la intimidación; c) bajo la influencia en la política, medios de comunicación, administración pública, justicia o economía (Sánchez García, 2001: 20).

De acuerdo con esta definición, las características propias del delito organizado son dos: la maximización del beneficio económico mediante el control del poder político y económico utilizando medios ilícitos; y, segundo, la adopción de una estructura similar a la de las empresas legales⁵.

Sin embargo, en Colombia no se acudió al modelo de la *Rico Act*, que ataca a la empresa criminal, sino al de la Europa de la década del setenta, que se enfrentaba al terrorismo, construido sobre una lógica propia del derecho penal del enemigo. Aquí deben tenerse en cuenta dos desarrollos que van a marcar la respuesta colombiana a los retos del crimen organizado: por un lado, el de un derecho penal de enemigo como respuesta que Alemania, España e Italia ofrecen al terrorismo que los afectó durante la década del setenta, en donde un acto que era considerado como eminentemente político (el terrorismo) se convierte en uno que atenta contra la seguridad pública. Y, por otro, en las transformaciones que se van dando al concepto de seguridad ciudadana, que ha pasado de ser un concepto fuerte de orden público a uno de seguridad ciudadana como protección de derechos a, nuevamente, uno de seguridad pública, en donde la meta no es la construcción de un contexto para el ejercicio de los derechos sino la idea de la seguridad como un derecho de la ciudadanía y, por tanto, la obligación del Estado de ocuparse de la seguridad en el espacio público, entendido esto como pura lucha contra el delito (Benavides, 2014; véase también, López Garrido, 1987).

El modelo europeo de control del delito en la década del setenta y del ochenta se basó en la consideración

del terrorismo como un delito común y no uno político, y en el trato a toda organización armada que se enfrentara al Estado como una organización terrorista. La consecuencia principal de esta caracterización es el desarrollo de un modelo duro de derecho penal en el que las personas sometidas a proceso tienen jueces y procedimientos especiales, al punto de que en Alemania, en los juicios en contra de la *Baader Meinhoff*, se llegó a limitar el ejercicio del derecho de defensa mediante la consideración de los abogados de estas organizaciones como terroristas y, por tanto, susceptibles de ser sometidos a proceso penal por participación en una organización terrorista (López Garrido, 1987: 63). La serie de reformas para combatir la amenaza de los movimientos estudiantiles en la década del setenta llevó a impedir incluso los contactos entre los procesados y sus defensores, con lo que se desconocía por completo un derecho fundamental como es el derecho a la defensa (López Garrido, 1987: 69).

En Italia, con el fin de proteger a los jueces que enfrentaban a los grupos mafiosos, en la llamada ley Cossiga se estableció un sistema de jueces especiales y se promovió el uso de los *pentiti* (arrepentidos), esto es, personas de las organizaciones que denunciaban a sus socios en la organización criminal a cambio de un tratamiento benigno. Las medidas adoptadas incluían la militarización de las cárceles; el uso de centros especiales de reclusión; la introducción del poder de clausurar las sedes políticas sospechosas; la asignación a la policía de poderes de investigación sumaria, incluso sin la asistencia del abogado; la obligación de ir a las estaciones de policía por falta de documentos de identidad; y la liberalización de los controles a las interceptaciones telefónicas, entre otras. Se ha afirmado que las transformaciones que se han dado en Italia convirtieron al juez en un policía, privilegiando el resultado por encima de los medios para conseguirlo (López Garrido, 1987: 75; Ferrajoli, 1995).

Las medidas adoptadas en Europa en la década del setenta produjeron una serie de transformaciones en el proceso penal que fueron exportadas a América

5 El reciente texto de Gustavo Duncan (2014) muestra cómo el crimen organizado establece una alianza con el poder político, todo ello con el propósito de sostener sus actividades ilegales y, en el caso del poder político, de contar con el capital que le permita el sostenimiento de ese poder.



Latina, que en esa época se encontraba en medio de dictaduras y combatiendo al denominado enemigo interno, conforme lo definía la doctrina de la seguridad nacional (Leal, 2002). Con ello no solo se retrocedía en el desarrollo del derecho probatorio –de uno más concentrado en la evidencia a uno concentrado nuevamente en el testimonio–, sino que se creaban incentivos para que los criminales mintieran a cambio de prebendas procesales (Ferrajoli, 2008; López Garrido, 1987; Moccia, 2000).

Este modelo fue el que sirvió de base a las primeras legislaciones de lucha contra el crimen organizado en Colombia. Antes de ello solo se contaba con dos figuras de la dogmática penal tradicional, que apuntaban a sancionar como delitos de peligro abstracto la participación en organizaciones criminales o como actos de complicidad la participación en ciertos delitos determinados. En el Código de 1936, expedido mediante la ley 35 y vigente hasta 1981, se hacía uso del tipo penal de “asociación para delinquir” y de la figura de la autoría y de la participación criminal, pero ello no estaba orientado a la persecución del crimen organizado. De hecho, el concepto de crimen organizado solo entró recientemente a Colombia, como parte de los estudios de los economistas sobre el análisis económico del derecho y los costos del delito (Rubio, 1994).

Por su parte, en el Código penal de 1980, expedido mediante el decreto 100 de ese año y como resultado de un trabajo de casi siete años por parte de una Comisión de expertos creada para el efecto, se tipificó el delito de concierto para delinquir, similar al de la asociación para delinquir, en el que se sanciona a las personas –dos o más– que se pongan de acuerdo para la comisión de delitos indeterminados, pero al igual que en el caso del Código de 1936 sin que existiera una política estatal de lucha contra el crimen organizado.

El artículo 186 del Código penal de 1980 señalaba lo siguiente:

Artículo 186. Concierto para delinquir. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer

delitos, cada una de ellas será penada, por ese solo hecho, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

Si actuaren en despoblado o con armas, la pena de prisión será de tres (3) a nueve (9) años. La pena se aumentará en una tercera parte para quienes promuevan, encabecen o dirijan el concierto.

Este tipo penal era considerado un delito contra la seguridad pública, junto con los delitos de terrorismo y de instigación para delinquir. En la década del ochenta este artículo sirvió para la persecución de las organizaciones criminales, pero es en la del noventa cuando se reformó y se utilizó como parte de la lucha del Estado contra los grupos paramilitares. Cabe señalar que en el Código penal de 1980 el concierto para delinquir se asocia a los actos de terrorismo –a pesar de que no se dice explícitamente– y se concibe como un ataque a la seguridad de la ciudadanía –como seguridad pública– y no como seguridad del Estado –rebelión–. Sin embargo, en el caso colombiano la coexistencia de los artículos 127, que tipificaba la rebelión, y 186, que tipificaba el concierto para delinquir, hicieron necesaria la distinción entre actores políticos, o enemigos del juego, y actores tramposos, que siguen dentro del juego pero que hacen trampa (Huizinga, 1972)⁶. Este fue un asunto que la Corte Suprema de Justicia dejó resuelto en 1983, señalando la diferencia entre el delito político, que también se comete de manera colectiva, y el de concierto para delinquir⁷.

Debe tenerse en cuenta que la realidad colombiana de la época no se caracterizaba por la existencia de organizaciones criminales capaces de cuestionar el monopolio de la fuerza del Estado, ya fueran organizaciones de delito común –como los grupos de narcotraficantes– o delincuentes políticos, como los grupos guerrilleros. Por tal razón, las que se dedicaban a actividades de crimen organizado, como

6 Una lectura crítica de las normas de excepción en Orozco Abad, 1990; Aponte, 1990.

7 Corte Suprema de Justicia. 10 de febrero de 1983. Magistrado ponente, Manuel Gaona Cruz.



el hurto o el narcotráfico, eran enfrentadas con las figuras propias del derecho penal ordinario, en tanto las guerrillas eran enfrentadas militarmente y tratadas jurídicamente dentro del marco del delito político.

La legislación colombiana, como la de la mayor parte de las legislaciones de América Latina, no cuenta con una definición legal del crimen organizado. Se partió de la base de que el delito de concierto para delinquir es suficiente para caracterizar a la organización criminal. Sin embargo, se trata de un concepto que, como se verá, ha servido tanto para caracterizar a las organizaciones de narcotraficantes como a los grupos paramilitares.

La insuficiencia legislativa ha impedido tratar adecuadamente las actividades del crimen organizado. En primer lugar, la medición de sus actos es problemática, pues en las estadísticas policiales solo tenemos el delito cometido, sin que ello nos permita saber cuándo un hurto o un homicidio son actos propios de una organización criminal. Si a ello le agregamos las actividades legales, la complejidad aumenta. Las categorías del derecho penal son insuficientes para hacer frente a estas modalidades delictivas y este termina sancionando los actos individuales y acudiendo al concierto para delinquir como instrumento legal para ocuparse de la organización.

En segundo lugar, la ausencia de una política coherente hace que no se distinga entre las diferentes organizaciones criminales y los esfuerzos de las autoridades de policía se orienten a la persecución de todas las actividades criminales, sin prestar atención a las diferentes modalidades delictivas. Un ejemplo es la persecución del microtráfico de drogas, que se ha dirigido a los pequeños expendedores, sin que se logre la desarticulación de la organización detrás de los vendedores a pequeña escala.

En tercer lugar, la dificultad en la caracterización del fenómeno del crimen organizado ha hecho que los procesos sean en contra de individuos, sin que existan macro procesos en contra de las organizaciones.

La prueba es en contra de actos individuales, quedando el delito de concierto para delinquir como un mero delito residual, cuando ya ha sido demostrado o no se ha podido demostrar la comisión de delitos individuales.

El surgimiento de un derecho penal de enemigo

Como se dijo, el sistema penal colombiano enfrentaba los diferentes fenómenos de criminalidad acudiendo al derecho penal ordinario contenido en el Código penal de 1980 y en los diferentes códigos de procedimiento penal. En esta normativa las figuras del juez natural, de la presunción de inocencia, del principio de legalidad de los delitos y de las penas, eran centrales para el ejercicio del poder punitivo del Estado. Para los enemigos, que eran los grupos guerrilleros, se reservaban mecanismos extraordinarios como los consejos verbales de guerra, y, cuando se hablaba de paz, las ofertas de amnistías e indultos para los desmovilizados (Iturralde, 2010).

En Europa, el delito de asociación para delinquir —que en Colombia se llama concierto para delinquir desde el Código de 1980— era el resultado de la transformación de sus Estados, de los cambios en su legitimidad y de la percepción sobre quiénes se enfrentaban al Estado (Llobet Anglí, 2010).

El delito de asociación para delinquir tiene en Europa un uso de control de los opositores políticos del Estado. Con el surgimiento de las actividades terroristas en la década del setenta, surgió una nueva necesidad de valerse del tipo penal para el control de estas organizaciones. Control que, sin embargo, y como lo mencioné atrás, gira sobre dos ejes: el control de los opositores políticos: ETA en España, *Baader Meinhoff* en Alemania, IRA en el Reino Unido, *Brigate Rosse* en Italia; y el de los grupos criminales organizados clásicos, como las mafias en Italia. Los tipos penales que se desarrollan son los de pertenencia a banda armada y el de pertenencia a asociación terrorista, como agravantes de los delitos de asociación ilícita. Solo



cuando se supera la amenaza terrorista se fortalece el segundo eje de persecución de la asociación ilícita. En este caso, las medidas no son solo de control de los sujetos y de premio a los arrepentidos, sino también medidas que reconocen la especificidad propia de los actos del crimen organizado y su lógica netamente instrumental y económica. Así, se introducen medidas de control de los bienes, de sanción del lavado de activos y de limitación del secreto bancario, entre otras. Para Sánchez:

Lo verdaderamente significativo desde un punto de vista penal material en las organizaciones criminales no lo es la mera fundación, pertenencia o sostenimiento de la asociación criminal, sino los delitos particulares cometidos a través de ella. Sin embargo, la prueba de estos resulta en la práctica muy difícil, precisamente por la propia idiosincrasia de las organizaciones a través de las cuales son cometidos. Especialmente difícil es la verificación de la participación en los concretos delitos de los denominados “hombres de atrás”, que deciden y planifican pero no ejecutan directamente la actividad delictiva. De modo que el tipo de la asociación ilegal resulta con frecuencia el único cuyos elementos pueden ser objeto de prueba en el proceso, cumpliendo así una función de “tipo de recogida” (Sánchez García, 2001: 653).

De acuerdo con esta autora, el delito de asociación para delinquir cumple con una función de prevención del delito que es importante tener en cuenta. Se trata de un tipo penal que facilita la prueba de los delitos cometidos por la banda, pues todos ellos se les atribuyen a sus miembros por el solo hecho de formar parte de la organización. Tal vez el extremo de esta posición se encuentra en la jurisprudencia colombiana, en la que la Corte Suprema de Justicia calificó el concierto para delinquir como un delito de lesa humanidad, solo por el hecho que los miembros de la organización cometieran delitos de esta naturaleza valiéndose de la misma⁸. El tipo penal sirve de paraguas y se usa, como el del *conspiracy* en los Es-

tados Unidos, cuando no es posible demostrar otra conducta.

Frente al incremento en los ataques por parte de las organizaciones de narcotraficantes en Colombia en la década del ochenta, el gobierno desarrolló una legislación especial sobre la base de las atribuciones conferidas por el estado de sitio, consagrado en el artículo 121 de la Constitución de 1886. A consecuencia de la guerra declarada por el presidente Belisario Betancur (1982-1986) al llamado cartel de Medellín, resultado del asesinato de su ministro de Justicia Rodrigo Lara Bonilla (el 30 de abril de 1984), esta organización desarrolló un ataque frontal al Estado, diferenciándose de esa manera de las típicas organizaciones criminales y acercándose mucho más al comportamiento de los actores armados de naturaleza política. Las estrategias consistían en los homicidios de jueces, testigos, policías y, en general, en una política de terror destinada a evitar que la administración de justicia cumpliera con su deber⁹.

El gobierno del presidente Betancur se había opuesto a la extradición de colombianos a Estados Unidos, pero con el asesinato de su ministro de Justicia dio aplicación al Tratado de extradición con ese país. El uso de la extradición como un instrumento en contra de los grupos de narcotraficantes llevó a la creación del grupo denominado los Extraditables, cuyo lema muestra claramente hasta donde estaban dispuestos a llegar con tal de impedir su extradición: “Preferimos una tumba en Colombia a una cárcel en Estados Unidos”.

Además del uso de la extradición como un mecanismo de lucha contra el crimen organizado, en tanto mostraba un sistema de justicia activo y con capacidad de imponer los mandatos contenidos en las normas, el gobierno siguiente, del presidente Virgilio Barco (1986-1990), expidió el decreto 180 de 1988,

8 Corte Suprema de Justicia. Sentencia en contra de Álvaro García Romero. 23 de febrero de 2010.

9 Véase *La Rochela. Memorias de un crimen contra la justicia*. En <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/en/2014-01-29-15-08-26/la-rochela-memorias-de-un-crimen-contra-la-justicia>. Última visita, 15 de diciembre de 2014.



conocido también como Estatuto para la defensa de la democracia, que da inicio al uso de la justicia excepcional en los casos de lucha contra el narcotráfico. El decreto tiene tres títulos y en ellos se regulan los delitos y las penas; la actuación procesal y de policía judicial. Este Estatuto fue objeto de críticas en su momento, pues recordaba el Estatuto de seguridad del gobierno de Julio César Turbay (1978-1982), producido dentro del marco ideológico sentado por la doctrina de la seguridad nacional. Sin embargo, el Estatuto para la defensa de la democracia fue mucho más lejos, pues no se limitaba a regular el autoritario artículo 28 de la Constitución de 1886, sino que suponía un límite aún mayor a los derechos de las personas¹⁰.

Los delitos que fueron objeto de reforma por parte de esta legislación de excepción de 1988 eran los que atentaban contra la seguridad y la tranquilidad públicas¹¹; contra la libertad individual¹²; y los que atentaban contra los funcionarios públicos¹³. En la lógica de una justicia premial, el decreto otorgaba atenuantes a las personas que prestaran una colabo-

ración eficaz con la administración de justicia y otorgaba también recompensas por información eficaz, con lo que se introdujo el modelo de justicia de la lucha italiana contra las mafias en las décadas del setenta y del ochenta.

Las atribuciones otorgadas a las autoridades de policía judicial incluían la de aprehender sin orden judicial a quienes estuvieran indiciados de participar en actividades terroristas; practicar registro en donde se presumiera la presencia de terroristas o la existencia de armas; y someter a requisa a las personas en cualquier sitio público con el fin de “constatar si portan ilegalmente armas de fuego, municiones, explosivos, sustancias químicas, inflamables, corrosivas, material electrónico o equipo utilizable para comunicaciones que pueda ser empleado en actividades terroristas” (artículo 40). Dentro del proceso se ampliaron los términos, como aquel que se otorgaba para definir la situación jurídica de la persona, términos ahora superiores a los de la justicia ordinaria. Se eliminaron las causales de libertad provisional y se estableció que solo se tendría derecho a ella si pasados doscientos diez días de privación de la libertad no se había dictado sentencia.

Dentro de las disposiciones finales se prohibía emitir información que identificara a los testigos de un acto terrorista; la transmisión en directo de actos terroristas, en una clara referencia a los hechos de la toma del Palacio de Justicia el 6 y 7 de noviembre de 1985, que fueron transmitidos por televisión y radio hasta que el gobierno del presidente Betancur, por medio de su ministra de Comunicaciones, Nohemí Sanín, ejerció la censura; y la posibilidad de que el gobierno recuperara las frecuencias radiales como una amenaza a los medios de comunicación para que se sometieran a sus dictados.

Este decreto de estado de sitio (180 de 1988) se expidió con base en el expedido por el gobierno de Belisario Betancur como consecuencia del asesinato del ministro Lara Bonilla (decreto 1038 de 1984), y mostraba que el país llevaba cuatro años sometido a un régimen de excepcionalidad. Es interesante ver

10 *Semana*. 2 de febrero de 1988. <http://www.semana.com/nacion/articulo/a-la-carga/9930-3>. Última visita, 15 de diciembre de 2014.

11 Terrorismo; auxilio a las actividades terroristas; omisión de informes sobre actividades terroristas; instigación o constrictamiento para ingreso a grupos terroristas; concierto para delinquir; instigación al terrorismo; incendio, destrucción o daño de nave, aeronave o medio de transporte por acto terrorista; disparo de arma de fuego y empleo de explosivos contra vehículos; tenencia, fabricación, tráfico y uso de armas o uso de sustancias tóxicas; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas militares o de policía nacional; corrupción de alimentos y medicinas; instrucción y entrenamiento; utilización ilícita de equipos transmisores o receptores; administración de recursos; interceptación de correspondencia oficial; utilización ilegal de uniformes e insignias; suplantación de autoridad; e incitación a la comisión de delitos militares.

12 Secuestro; torturas; extorsión; amenazas personales o familiares; atentados terroristas contra complejos industriales y otras instalaciones; y secuestro de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo.

13 Homicidio con fines terroristas; lesiones personales con fines terroristas, en todas sus modalidades.



que el decreto no se ocupaba del delito de rebelión, pues, como se dijo, la persecución de las guerrillas era objeto de otro tipo de excepcionalidad, aquella de la justicia penal militar o, luego de la declaratoria de inconstitucionalidad del juzgamiento de civiles por militares, era objeto de la justicia ordinaria. El decreto tenía en su mira la sanción de los miembros de organizaciones como el llamado cartel de Medellín, que atacaban al Estado y a sus instituciones. Tal fundamento se ve en la justificación del decreto, cuando afirma:

“la declaratoria de turbación del orden público se originó en la ocurrencia de actos terroristas en diversas ciudades y, en general, por la realización de hechos violentos que han ocasionado sensibles bajas de miembros de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional y en la población civil”. Y que: “la declaración del actual estado de sitio tuvo origen, igualmente, en la acción criminal de grupos relacionados con el narcotráfico, la cual se ha concretado en actos desestabilizadores de las instituciones democráticas, como la muerte violenta del procurador general de la nación”.

La “guerra” contra el narcotráfico solo produjo mayor violencia. La respuesta del Estado siguió estando fundada en la extradición y en el uso de mecanismos de justicia especial para hacer frente a los actos terroristas cometidos por el llamado cartel de Medellín, lo que Iván Orozco denominó en su momento “la guerra del presidente”. Este autor da cuenta de la declaración de guerra al narcotráfico por parte del presidente Virgilio Barco en agosto de 1989, y critica el uso del concepto de guerra, e incluso muestra cómo el terrorismo del narcotráfico era diferente de aquel de los grupos terroristas de Europa, en cuyo control penal se basó la legislación de excepción de finales de los ochenta y comienzos de los noventa. De acuerdo con Orozco:

el terrorismo instrumental y táctico del narcotráfico tampoco es el terrorismo por excelencia, en el sentido paradigmático en que lo es el terrorismo político urbano de los países europeos. Se trata, en este caso, de un terrorismo estratégico, para el cual los

actos de terror no tienen sentido en sí mismos, sino solo en cuanto estímulos para propiciar el contraterror y, en última instancia, el terrorismo estatal. En tanto que el terrorismo instrumental y táctico del narcotráfico constituye apenas un medio, entre otros, al cual se apela por necesidad –por debilidad militar–, el terrorismo de la Fracción Roja Armada alemana o el de la Acción Directa francesa es, desde un punto de vista estratégico-militar un fin, y los actos de terror que deben realizarlo, el único medio (Orozco, 1989: 92).

En 1990, a consecuencia de la serie de asesinatos de candidatos presidenciales, el gobierno del presidente César Gaviria (1990-1994) dictó, con base en el decreto de declaración del estado de sitio de 1984, lo que denominó el Estatuto para la defensa de la justicia, mediante el cual unificaba la jurisdicción de orden público y los jueces especializados, creando una serie de mecanismos que se consideraban existían para la protección de los jueces y de todas las partes intervinientes en el proceso penal. Se trataba de un estatuto básicamente procesal que conserva la jurisdicción de orden público, la cual se ocupaba de conocer no solo los delitos cometidos por los carteles del narcotráfico, sino también los cometidos por las organizaciones guerrilleras, con lo que se consolidó la confusión entre el delito político y el delito de terrorismo.

Además de las medidas relacionadas con la existencia de una jurisdicción especial y con el hecho de entregar facultades de policía judicial a las Fuerzas Militares, este decreto se caracteriza por el establecimiento de una justicia sin rostro, esto es, con reserva de identidad para los jueces, los procuradores y los testigos que declaraban ante estos jueces, todo ello con el fin de garantizar la independencia de la justicia¹⁴. De esta manera se incorporaban a

14 El artículo 22 del decreto establecía lo siguiente: “Artículo 22. Cuando las circunstancias lo aconsejen para seguridad de los testigos, se autorizará que estos coloquen su huella digital en la declaración en lugar de su firma; pero en estos casos es obligatoria la participación del agente del Ministerio Público, quien certificará que dicha huella corresponde



la legislación colombiana las prácticas de lucha contra el narcotráfico de la justicia italiana, en la que si bien no se llegó a ocultar la identidad de los jueces y testigos, sí se usó un sistema especial de justicia, en el cual se limitan los derechos del procesado a un debido proceso, justificándose tal limitación sobre la base del hecho de la eficiencia de la justicia penal, lo que luego comenzó a ser llamado *eficientismo* penal (Ferrajoli, 1995; Velásquez, 1987: 77-109; Zaffaroni, 2013). En el caso colombiano, se llegó incluso a limitar el uso del *habeas corpus*, señalando como juez competente al propio Tribunal de Orden Público, con lo que la independencia y la neutralidad de la justicia quedaban en cuestión.

Las medidas tomadas tanto con el Estatuto para la democracia, de 1988, como con el Estatuto para la defensa de la justicia, de 1990, buscaban defender al Estado de los ataques terroristas y proteger a la administración de justicia de los ataques y de los actos de corrupción en su contra. Desde el punto de vista del gobierno colombiano, combatir al mismo tiempo a los rebeldes y a los miembros de los llamados carteles de la droga, en especial el de Medellín, solo era posible con un sistema de justicia especial. Si bien esta legislación era aplicable a cualquier organización criminal o incluso a cualquier persona que hubiera cometido alguno de los delitos de competencia

de los jueces de orden público, lo cierto es que el gobierno solo estaba pensando en los dos actores y organizaciones mencionados.

El estado de sitio formaba parte, bajo el régimen de la Constitución de 1886, de una facultad del ejecutivo para suspender la Constitución con el fin de salvarla. Esto le permitía tomar medidas de emergencia que en situaciones normales no podrían ser adoptadas, y suspender derechos que tendrían plena vigencia durante tiempos ordinarios. La mayor parte de la década del ochenta permaneció bajo estado de sitio (desde 1984 hasta 1991) y, por tanto, el poder regulador del ejecutivo era bastante alto. Bajo la Constitución de 1886 se entendía que la declaratoria del estado de sitio era una facultad política del gobierno y por ello el único control existente era el del Congreso. Por tal razón, no observamos control constitucional alguno a ninguna de las medidas adoptadas por el gobierno nacional para hacer frente al crimen organizado.

En 1991, a consecuencia de la crisis de gobernabilidad y de legitimidad que vivía el Estado colombiano, se creó una Asamblea Nacional Constituyente (Dugas et al., 1993; Van Cott, 2000), a cargo de redactar una nueva carta política que sirviera de base normativa para dar solución a los problemas del Estado colombiano. La aprobación de la nueva Constitución, en julio de 1991, obligó a revisar toda la legislación de excepción que se había expedido en la década del ochenta, entre ellas la relativa a la reserva de identidad para jueces, fiscales, agentes del ministerio público y testigos. La Asamblea Nacional Constituyente creó una Comisión legislativa transicional (artículo 8° transitorio de la Constitución), encargada de revisar esta legislación, y aquella que no fuera improbadada podría ser declarada permanente por el gobierno nacional. Se aprobó así el decreto 2266 de 1991, que recoge normas del Estatuto para la defensa de la democracia y del Estatuto para la defensa de la justicia, y cambia los jueces de orden público por los jueces regionales y el anterior Tribunal de Orden Público por el Tribunal Nacional.

a la persona que declaró. Para el efecto se levantará un acta en la que se reseñe en forma completa la identidad del declarante y su huella dactilar, acta que se guardará en sobre cerrado y se remitirá a la Dirección Seccional de Orden Público con las seguridades del caso.

Igual podrá hacerse con los peritazgos o con cualquiera otra prueba en relación con la cual sea conveniente guardar la identidad de las personas que hayan participado en ella.

En estos casos se omitirá la referencia a estas personas en el texto del acta del testimonio o peritazgo.

Sin perjuicio de la atribución conferida por la ley al jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, el subdirector nacional de Orden Público podrá tomar medidas especiales para proteger a los testigos cuando estos lo soliciten, las cuales podrán llegar a consistir en la sustitución de los documentos de: registro civil y de identidad de la persona, así como en la provisión de los recursos económicos indispensables para que puedan cambiar de domicilio y ocupación tanto dentro del país como en el exterior”.



El decreto fue objeto de demanda de constitucionalidad, lo que llevó a la Corte Constitucional a someterlo a análisis de fondo. En la sentencia C-127 de 1993, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, la Corte recogió la lógica de lucha antiterrorista que estaba en la base de toda la normativa de excepción de los ochenta. Para la Corte es necesario tener en cuenta los fundamentos para la declaratoria del estado de excepción en 1984, fundamentos que muestran claramente que el terrorismo era un factor que estaba afectando no solo la seguridad de la ciudadanía, sino la seguridad y estabilidad del propio Estado. Situación excepcional que justificaba las medidas excepcionales que se habían tomado.

La Corte Constitucional muestra claramente la confusión que había en el país entre la lucha antisubversiva y la lucha contra el crimen organizado, en especial lo que se vino a denominar el narcoterrorismo, al afirmar en esa sentencia C-127 de 1993:

La respuesta frente a la situación de crisis fue de dos órdenes: primero, la decisión de varios grupos guerrilleros que hicieron dejación de las armas para intervenir en el proceso democrático y participar en la elaboración de la nueva Constitución; y segundo: la participación de la sociedad civil en la reforma constitucional a través de la convocatoria y elección de los delegatarios a una Asamblea Nacional Constituyente.

No obstante lo anterior, algunos movimientos guerrilleros no atendieron a la oportunidad de participar en la vida democrática del país y decidieron continuar con la lucha armada como vía para la consecución de sus fines.

Y por su parte el narcoterrorismo continuó en su estrategia de violencia y terror, por lo que las consideraciones que tuvo en cuenta el Ejecutivo para decretar el estado de sitio en el año de 1984, siguen vigentes nueve años después.

Así pues, la Constitución de 1991 buscó consolidar la paz en el país mediante el establecimiento de un Estado social de derecho cuyo fin esencial es garantizar la protección efectiva de los derechos humanos. La nueva carta fundamental fue fruto del

consenso, de la participación de los diferentes actores, muchos de ellos tradicionalmente marginados o fuera de la participación democrática.

Sobre el delito de concierto para delinquir manifestó:

El actual artículo 186 del Código penal contiene el tipo penal del “concierto para delinquir” en el cual no se hace una distinción de la actividad a realizar por el grupo (...).

La Corte Suprema de Justicia estableció que la descripción hecha en el artículo 7° del decreto 180 de 1988, esto es, concierto para delinquir, es uno de aquellos delitos creados por las necesidades expuestas y referidas sin duda alguna a aquellos comportamientos ligados directamente con la situación de orden público. No es en consecuencia la descripción del tipo penal del concierto para delinquir de que trata el artículo 186 del Código penal que igualmente se transcribe, en cuanto no le agregó al comportamiento de quienes se conciertan para cometer delitos otros elementos que ampliarán la conducta. La descripción del artículo 186 del Código penal se estructura sobre la existencia de una organización, así sea rudimentaria, conformada por un grupo de personas que previamente han convenido en cometer delitos, sin otra finalidad, mientras que en el tipo penal del decreto 180 de 1988, se exige pertenecer a una organización terrorista o a un grupo de sicarios, conducta alternativa que se cumple en los dos eventos, por el solo hecho de pertenecer a dichas agrupaciones.

La Constitución consagra como principio fundamental la libertad de asociación en el artículo 38 para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad; norma que debe ser entendida como la asociación para realizar actividades lícitas, como lo dispone el artículo 16 de la Convención americana de derechos humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, aprobado por ley 74 de 1968, que en virtud del artículo 93 de la Carta prevalece en el orden interno.

Tanto la aclaración de voto del ponente como el salvamento de voto del magistrado Carlos Gaviria son coincidentes en llamar la atención con respecto a la normalización de la excepción, al punto que todas



estas normas excepcionales producidas durante la década del ochenta (doce decretos basados en el estado de sitio) adquirieron carácter de regularidad con la expedición de este decreto¹⁵. De esta manera, la tipificación del delito de terrorismo, la existencia de una justicia especial, aunque no secreta, y las restricciones indebidas al debido proceso quedaron como permanentes (véanse Iturralde, 2010; y Apon-te, 1990).

En 1993 se expide, mediante la ley 81 de 1993, el nuevo Código de procedimiento penal, que reforma algunas de las normas del decreto 2266 de 1991. Este nuevo Código incluye la competencia de los jueces regionales y del Tribunal Nacional, disponiendo que se aplicara el procedimiento especial contenido en el decreto 2700 de 1991. Esta nueva legislación posconstitucional incluyó medidas como la reserva de identidad para funcionarios y testigos, la consulta obligatoria de las sentencias absolutorias y la inexistencia de audiencia pública en la etapa del juicio, entre otras. Sin embargo, la ley 270 de 1996, Estatutaria de la administración de justicia, dispuso en su artículo 205 que la vigencia de la justicia regional llegaría solamente hasta el 30 de junio de 1999, con lo que se eliminaba la justicia excepcional y se regularizaba la lucha contra el crimen organizado. Lo cierto es que la ley 504 de 1999 creó a los jueces especializados, como una competencia especial para estos delitos, y continúa con la reserva de identidad para testigos y funcionarios judiciales, pero imponiendo mayores controles para evitar su abuso por parte de las autoridades.

La justicia regional fue objeto de diversas críticas, pues no era comprensible la existencia de un sistema especial de justicia, con limitaciones no razonables a los derechos de los procesados, dentro un Estado social y democrático de derecho. Por ello se dispone su eliminación y su sustitución por la justicia especializa-

da, aunque conservando algunas de las limitaciones a los derechos de los procesados, como la reserva de identidad del artículo 17 de la ley 504 de 1999. Sin embargo, la Corte Constitucional, en sentencia C-392 de 2000 declaró la inconstitucionalidad de este artículo, destacando lo siguiente:

No es posible la existencia de una jurisdicción especial para que a través de ella se ejerza la función punitiva del Estado, pues ello pugna con la concepción del Estado social democrático de derecho que solo admite que el juzgamiento de las conductas tipificadas como delitos por el juzgador han de ser juzgadas de manera permanente por los funcionarios y órganos que integran la jurisdicción ordinaria, con el fin de asegurar plenamente, el derecho fundamental al debido proceso, el cual comprende la garantía del juzgamiento por el juez natural; es decir, la existencia de órganos judiciales permanentes preestablecidos por la ley a los cuales deben tener acceso todas las personas, y así mismo la aplicación concreta del principio de igualdad. En virtud de este principio se garantiza a todos los justiciables el acceso a unos mismos jueces, eliminando toda suerte de privilegios o discriminaciones, y se excluye naturalmente el juzgamiento de algunas personas por jueces pertenecientes a una jurisdicción especial.

(...)

Los jueces especializados, no pueden ser asimilados a jueces extraordinarios pertenecientes a una jurisdicción especial distinta a las autorizadas por la Constitución. La existencia de dichos jueces, solo puede admitirse bajo la idea de que se trata de funcionarios judiciales, que hacen parte de la justicia ordinaria y a quienes se les adscribe de manera habitual el conocimiento de ciertas causas en razón de la especificidad o particularidad de la materia, sin que ello implique el desconocimiento de las garantías procesales y sustanciales básicas propias del debido proceso.

De esa manera, a partir de 1999 se regulariza la administración de justicia y se elimina el tratamiento diverso para el crimen organizado. Esto es, se eliminan las medidas excepcionales de lucha contra el narcotráfico, sin que ello suponga el surgimiento de

15 Los decretos que adquirieron carácter permanente son: 3664 de 1986; 1198 de 1987; 1631 de 1987; 180 de 1988; 2490 de 1988; 1194 de 1989; 1856 de 1989; 1857 de 1989; 1858 de 1989; 1895 de 1989; 2790 de 1990; y 099 de 1991.



una política regular de lucha contra este tipo de criminalidad. Sin embargo, debemos reconocer que es solo bajo la vigencia de la Constitución de 1991 que observamos una estrategia de lucha contra el crimen organizado como un delito ordinario e independiente de la lucha contra las guerrillas. De esta manera, las medidas tomadas por el Estado salen de la lógica de un derecho penal de enemigo y entran en una lógica de seguridad ciudadana.

La lucha contra los activos del narcotráfico

La década del noventa se caracteriza por la realización de un proceso de paz con algunos de los grupos guerrilleros activos en el país: M-19, Quintín Lame, Corriente de Renovación Socialista, y disidencia del EPL, Ejército Popular de Liberación. Esto permitió que la lucha del Estado en contra de sus enemigos se desarrollara también de forma política. Sin embargo, también se dio una lógica de negociación con los grupos de crimen organizado que luchaban contra el Estado colombiano.

Una de las consecuencias de estas negociaciones fue dejar de lado la extradición como mecanismo de lucha contra el crimen organizado, prohibiéndose constitucionalmente la extradición de ciudadanos colombianos. La eliminación de este instrumento llevó a que el narcotraficante Pablo Escobar se sometiera a la justicia, en condiciones ventajosas para él, y a que cesaran los ataques terroristas contra las autoridades colombianas. Al mismo tiempo, el gobierno del presidente César Gaviria desarrolló una política de sometimiento a la justicia, en la que los dos principales elementos eran la negociación de penas y su rebajas por confesión y colaboración con la justicia. Estas medidas llevaron al sometimiento no solo de los miembros del llamado cartel de Medellín, sino también al de algunos miembros del grupo del norte del Valle, como en el caso de Iván Urdinola Grajales¹⁶.

El fracaso de esta política de sometimiento se vio con la continuación por parte de Escobar de sus actividades delictivas desde la cárcel y con su posterior fuga cuando se intentó someterlo al cumplimiento de las reglas de la privación de la libertad. Al mismo tiempo, en desarrollo de la Convención de Viena de 1988 contra el narcotráfico, el Estado colombiano comenzó a desarrollar algunas de las medidas contenidas en ese convenio multilateral, como fue el caso de la *confiscation*, que en Colombia se denominó extinción de dominio, pues la confiscación como sanción está prohibida por la Constitución de 1991.

La ley de extinción de dominio se basa en la idea de que la propiedad en Colombia debe tener un fundamento legítimo. La acción de extinción de dominio se concibió entonces como una acción civil, ejercida por la Fiscalía General de la Nación, que busca garantizar la propiedad legítima de todas las personas en el país. Como estrategia de persecución del crimen organizado, busca atacar los bienes de estas organizaciones mediante el hecho de impedir que entren al sistema económico dineros cuya procedencia no se pueda justificar.

Esta estrategia de lucha económica en contra del crimen organizado se da en tres frentes: con la penalización del lavado de activos; la sanción del enriquecimiento ilícito proveniente de narcotráfico (el tipo actual lo extiende a otras conductas); y la acción de extinción de dominio.

La ley 333 establece en su artículo 2º las causales para decretar la extinción del dominio:

Por sentencia judicial se declarará la extinción del derecho de dominio de los bienes provenientes directa o indirectamente del ejercicio de las actividades que más adelante se establezcan o que hayan sido utilizados como medios o instrumentos necesarios para la realización de los mismos. Dichas actividades son:

colaboración con la justicia. Así, el artículo 37 se ocupaba de la sentencia anticipada y el 37A de la audiencia especial de negociación de penas, con reducciones de pena por colaboración con la justicia.

16 El decreto 2700 de 1991 tenía una serie de normas cuyo objetivo era lograr la reducción de la pena a cambio de la



1. Enriquecimiento ilícito de servidores públicos, de particulares.
2. Perjuicio del tesoro público que provenga de los delitos de peculado, interés ilícito en la celebración de contratos, de contratos celebrados sin requisitos legales, emisión ilegal de moneda o de efectos o valores equiparados a moneda; ejercicio ilícito de actividades monopolísticas o de arbitrio rentístico; hurto sobre efectos y enseres destinados a seguridad y defensa nacionales; delitos contra el patrimonio que recaigan sobre bienes del Estado; utilización indebida de información privilegiada; utilización de asuntos sometidos a secreto o reserva.
3. Grave deterioro de la moral social. Para los fines de esta norma, se entiende que son hechos que deterioran la moral social, los delitos contemplados en el Estatuto nacional de estupefacientes y las normas que lo modifiquen o adicione, testaferrato, el lavado de activos, los delitos contra el orden económico social, delitos contra los recursos naturales; fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas militares, concusión, cohecho, tráfico de influencias, rebelión, sedición, asonada o provenientes del secuestro, secuestro extorsivo o extorsión.
4. Los eventos en que se utilicen bienes como medio o instrumentos de actuaciones delictivas o se destinen a estas, salvo que sean objeto de decomiso o incautación ordenada dentro del proceso penal mediante providencia en firme.
5. También procederá la extinción del dominio cuando judicialmente se haya declarado la ilicitud del origen de los bienes en los eventos consagrados en los incisos 2o. y 3o. del artículo 7º, de esta ley, y en el Código de procedimiento penal.

La acción de extinción de dominio es una acción real que se ocupa de los bienes del procesado, con independencia de su responsabilidad penal. Como lo señala la Corte en la decisión que se ocupó de su constitucionalidad:

la extinción del dominio es una institución autónoma, de estirpe constitucional, de carácter patrimo-

nial, en cuya virtud, previo juicio independiente del penal, con previa observancia de todas las garantías procesales, se desvirtúa, mediante sentencia, que quien aparece como dueño de bienes adquiridos en cualquiera de las circunstancias previstas por la norma lo sea en realidad, pues el origen de su adquisición, ilegítimo y espurio, en cuanto contrario al orden jurídico, o a la moral colectiva, excluye a la propiedad que se alegaba de la protección otorgada por el artículo 58 de la Carta política. En consecuencia, los bienes objeto de la decisión judicial correspondiente pasan al Estado sin lugar a compensación, retribución ni indemnización alguna¹⁷.

Para la Corte, esta ley, como medida de lucha contra el crimen organizado es legítima, en la medida en que se ocupa de la legitimidad de los bienes y no de la responsabilidad penal de la persona, y por ello se justifica que se revierta la carga de la prueba y se imponga al procesado el deber de demostrar la legitimidad del origen de los bienes. En la sentencia C-374 de 1997, ya citada, la Corte distingue entre la expropiación y la extinción del dominio, señalando lo siguiente:

La expropiación implica el ejercicio de una potestad, de la cual es titular el Estado social de derecho, que le permite, con el cumplimiento de los requisitos constitucionales, quitar la propiedad individual sobre un determinado bien en beneficio del interés colectivo. La expropiación en nada se asemeja a la extraordinaria figura consagrada en el artículo 34, inciso 2, de la Constitución. Aquella, como lo indicó la Corte Constitucional, implica la conversión de la propiedad privada en pública por motivos de utilidad pública o de interés social, por razones de equidad o por la necesidad de responder adecuadamente a los requerimientos de la guerra, pero “no se aplica a título de sanción por la conducta del propietario sino en desarrollo del principio constitucional de prevalencia del interés común sobre el particular, que debe ceder ante aquel en caso de conflicto”. Pero, además –lo que es relevante en este análisis–, la expropiación supone el reconoci-

17 Corte Constitucional. Sentencia C-374 de 1997. Magistrado ponente José Gregorio Hernández.



miento que hace el Estado de que el afectado es titular de un derecho y justamente por eso, salvo el caso de las razones de equidad declaradas por el Congreso, la Carta exige su resarcimiento, mientras que, en el caso de extinción del dominio en la forma consagrada por el inciso 2 del artículo 34 constitucional, el supuesto primordial de la indemnización desaparece, dado el vicio original que empaña el dominio, hasta el punto de provocar que el Estado lo declare extinguido desde siempre.

La ley creó un Fondo para la rehabilitación, la inversión social y la lucha contra el crimen organizado. Sin embargo, desconocemos si el dinero recaudado ha sido suficiente para utilizarlo en esa lucha, pero cabe imaginar que no, entre otras razones debido al bajo número de sentencias y de extinción del dominio de los bienes¹⁸. El fracaso de la ley en cumplir su objetivo de atacar los bienes del crimen organizado, particularmente el derivado del narcotráfico, se observa en las dos reformas de que ha sido objeto, una en 2002: ley 793; y otra en 2014: ley 1708. Llama la atención que las reformas se hayan hecho sin estudios serios sobre su impacto y, en el caso de la ley 1708, sin un estudio serio del impacto de las reformas de 2002, y más como el resultado de la necesidad de adaptar la ley colombiana a la ley tipo de extinción de dominio para América Latina.

En cuanto al enriquecimiento ilícito, se trata de un delito, como casi todas las normas de lucha contra el crimen organizado, que fue creado mediante normas de estado de sitio en la década del ochenta. Mediante el decreto 1895 de 1989 se creó el delito de enriquecimiento ilícito de particulares derivado de narcotráfico¹⁹. Este es un delito, similar al de los

servidores públicos, en el que se investiga de manera residual el incremento no justificado del patrimonio de una persona. Sin embargo, en su momento ese incremento se presentó como derivado únicamente de narcotráfico, lo que muestra claramente el concepto que el gobierno nacional tenía del crimen organizado y las actividades que se querían perseguir penalmente. La propia Corte Suprema de Justicia concluyó, al analizar este delito, que las actividades delictivas a las que se refería el tipo penal no eran otras que las del narcotráfico²⁰. El decreto fue convertido en legislación permanente por el 2266 de 1991 y posteriormente modificado por el artículo 327 de la ley 599 de 2000, por la cual se expide el nuevo Código penal colombiano. En este caso se sanciona el incremento patrimonial no justificado derivado de actividades delictivas, caso en el cual se interpreta que el tipo penal se refiere a cualquier actividad delictiva, en tanto se trata de legislación ordinaria no destinada simplemente al control del narcotráfico. Este delito es de difícil prueba pues exige que se demuestren dos elementos: por una parte, el incremento patrimonial –sin que la persona lo pueda justificar–; y, por otra, que demuestre que se violó una norma penal y que se afectó el orden financiero, que es el bien jurídico protegido, aunque no sea necesaria la demostración de la culpabilidad de la persona con el incremento no justificado.

Al lado de este delito se incluyen los de testaferrato y lavado de activos. El primero se deriva también de la lucha contra el narcotráfico, pese al hecho de que hoy en día se encuentra relacionado con el control penal ordinario. Con el fin de controlar los bienes de las organizaciones criminales, en 1999 el gobierno nacional promovió la creación de la Unidad de Investigación y Análisis Financiero (Uiaf), como entidad encargada de “centralizar, sistematizar y anali-

18 Al momento de escritura de este texto (diciembre 2014), y después de décadas de su captura o extradición, no se habían extinguido el dominio de la Posada Alemana de Carlos Lehder ni de Drogas la Rebaja, de los hermanos Rodríguez Orejuela. La judicatura acusa a la Fiscalía de ineficiencia, y esta a su vez a los jueces de extinción de dominio, tres en el país, de no tramitar de manera ágil los procesos a su cargo.

19 Artículo 1°. Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, el que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para

otro incremento patrimonial no justificado, derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas, incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de cinco (5) a diez (10) años y multa equivalente al valor del incremento ilícito logrado.

20 Corte Suprema de Justicia, sentencia del 3 de octubre de 1989.



zar datos relacionados con operaciones de lavado de activos”²¹. Esta Unidad hace análisis de inteligencia para detectar operaciones que puedan estar relacionadas con el lavado de activos, y su trabajo sirve para orientar la investigación criminal, aun cuando sus resultados no constituyen pruebas judiciales, pero sí pueden contribuir a la recolección de las mismas.

Una muestra de la forma unidimensional con la que se suele mirar y enfrentar el problema del crimen organizado en Colombia es la persecución del lavado de activos: inicialmente se desarrollaron una serie de políticas tendientes a controlar el que provenía del narcotráfico y que afectaban al sector financiero. Esto produjo, como consecuencia, que en este sector se tomaran una serie de medidas para el control del flujo de dineros de origen dudoso y evitar que los grupos narcotraficantes le dieran apariencia de legalidad a sus ingresos ilícitos. Sin embargo, el éxito en esos controles llevó a que el lavado de activos se trasladara al sector real, en el que los controles son menores. La persecución al narcotráfico también hizo que se dejaran de lado otras actividades delictivas, que hoy en día son objeto de control y de persecución penal por parte de las autoridades²².

La Convención de Palermo y la persecución de otras actividades de crimen organizado en Colombia

El crimen organizado se ha modificado en los últimos años, pasando, entre otros cambios, de tener

una estructura familiar, como la de las mafias, a una mucho más comercial, en la que las actividades legales se confunden fácilmente con las ilegales (Gambetta, 2008; Camacho Guizado, 2010). Al mismo tiempo, la estructura jerarquizada de las redes criminales se modificó, pasando a ser una estructura de red mucho más compleja, en la que ya no es posible distinguir un solo jefe, lo cual ha llevado a que, además de hablar de red, la estructura se analice de otra manera, atendiendo no solo a la actividad ilegal sino a los contactos y al flujo de información con el mundo legal (Garay y Salcedo, 2012). Además de afectar a las estructuras, los cambios también incluyen la ampliación en el alcance de las organizaciones criminales, que de ser un problema nacional pasaron a afectar a otros países, con lo que aumentaron las necesidades de la cooperación internacional.

A consecuencia de estos cambios, a fines de la década del noventa la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se ocupó del estudio de una nueva Convención, con mayor alcance que la de Viena contra el tráfico de drogas de 1988. El resultado de las reuniones y discusiones en el seno de la Comisión de Prevención del Delito en Viena fue la mencionada Convención contra la delincuencia organizada transnacional, conocida como la Convención de Palermo, por la ciudad en donde se firmó, y que obliga a los Estados a tipificar conductas de concierto para delinquir. Al lado de las obligaciones de tipificación, que Colombia ha cumplido cabalmente, el convenio cuenta con normas en materia de extradición, de cooperación judicial, de técnicas de investigación especial, de protección de testigos y de víctimas, de intercambio de información y de asistencia técnica y de formación.

Pese al incremento en el conflicto armado interno, la política del Estado colombiano comenzó a distinguir entre los actores armados y las políticas necesarias para el control del crimen organizado. No obstante, lo que se observa es la ausencia de una política integral de lucha contra el crimen organizado como tal, y en su lugar se ve que se atacan problemas específicos en los que esta modalidad criminal también

21 www.uiaf.gov.co. Última visita, 11 de diciembre de 2014.

22 María Mercedes Cuéllar. *El País*. 26 de julio de 2012. http://economia.elpais.com/economia/2012/07/26/agencias/1343336194_953915.html Última visita, 15 de diciembre de 2014. Con el fin de coordinar las actividades para el control de este delito, el gobierno expidió un documento Conpes contra el lavado de activos, una estrategia contra un delito en particular que no hace frente a la dimensión de crimen organizado. Véase Conpes 3793. “Política nacional anti lavado de activos y contra la financiación del terrorismo”. 18 de diciembre de 2013. En <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/3793.pdf>. Última visita, 15 de diciembre de 2014.



toma parte. Uno de tales problemas es el secuestro, objeto de atención constante por parte del sistema penal, debido a las altas cantidades de secuestros que hubo durante la década del noventa²³. Sin embargo, siguiendo el legado dejado por la legislación de excepción, estas leyes ordinarias, expedidas por el Congreso, también cedieron a la tentación autoritaria y al recorte de derechos fundamentales. Una de ellas es la ley 40 de 1993, que además de aumentar las penas para el delito de secuestro, introdujo disposiciones como el delito de enriquecimiento ilícito derivado de secuestro. Al lado del aumento de penas se establecen medidas de justicia premial, como la rebaja de penas a cambio de colaboración o de la confesión de los autores, medidas tomadas de la legislación italiana y estadounidense, que en Colombia e Italia ha sido objeto de críticas por la vulneración a los principios de legalidad y de certeza de la pena (Ferrajoli, 1995).

Una de las normas más criticadas fue la que prohibía la celebración de contratos de seguro para casos de secuestro extorsivo, casos en los que se asumía que el objetivo de quienes cometían el secuestro era obtener el rescate, y si el Estado lo prohibía se eliminaba el incentivo económico detrás de la comisión de la conducta. En sentencia C-542 de 1993, la Corte Constitucional analizó este delito y lo declaró exequible, excepto cuando la persona actuara en alguna de las circunstancias de justificación, decisión que hacía incomprensible el tipo penal, pues era improbable que una persona pudiera celebrar un contrato de seguro estando secuestrada o que la aseguradora concediera la protección habiéndose materializado el riesgo. De esta manera, en la práctica la celebración del contrato de seguro terminó siendo delictiva²⁴.

Sin embargo, la Corte sí consideró contrarias a la Constitución las medidas que buscaban impedir que el secuestrado dispusiera de sus bienes. Tal norma tenía la misma finalidad que la del artículo 12 citado, pero en este caso se establecía una vigilancia sobre los bienes de las víctimas de secuestro que la Corte encontró violatoria de la carta de 1991 (artículos 18 al 24 de la ley 40 de 1993)²⁵. Al analizar estas dispo-

25 Los artículos encontrados inexecutable decían:

Artículo 18. Inexecutable. Vigilancia administrativa de bienes. Al tener noticias ciertas de que se ha cometido un delito de secuestro o de que ha ocurrido una desaparición, el fiscal general de la nación o su delegado, procederá de inmediato a elaborar el inventario de los bienes de la persona secuestrada, lo mismo que de los bienes de su cónyuge, compañera o compañero permanente, y de los de sus parientes dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil con base en sus respectivas declaraciones de renta. Estas personas anteriormente citadas, deberán hacer, bajo juramento, denuncia de sus bienes y de los del secuestrado.

Para los efectos de este artículo sobre bienes denunciados, y sobre aquellos de que tenga noticia, el fiscal general de la nación o su delegado, decretará la vigilancia administrativa de los mismos. Se formará cuaderno separado para toda esta actuación, a la cual tendrán acceso solamente el fiscal, su delegado, el agente del Ministerio Público y los afectados o sus apoderados.

De oficio o a petición de parte y previa audiencia con el posible afectado, el fiscal general de la nación o su delegado, podrá decretar la vigilancia administrativa de los bienes de otras personas, cuando existan fundadas razones para considerar que tales bienes podrían ser utilizados, directa o indirectamente, para el pago por la liberación de una persona secuestrada.

Dicha vigilancia administrativa podrá extenderse a las sociedades de las cuales sean socias las personas antes mencionadas, cuando existan fundadas razones para considerar que a través de tales sociedades se pudieren obtener recursos destinados a pagar liberaciones de personas secuestradas.

La vigilancia administrativa de bienes no priva a sus propietarios o poseedores de la tenencia, uso y goce de los mismos, ni de su explotación económica, pero prohíbe a estos la disposición y el gravamen sobre dichos bienes, sin la previa autorización del fiscal general de la nación o su delegado, cuando no corresponda al giro ordinario de los negocios de las personas o sociedades señaladas en este artículo.

Tratándose de bienes sujetos a registros, las medidas serán comunicadas a las autoridades y funcionarios pertinentes para lo de su cargo.

23 Véase www.paislibre.org. Última visita, 15 de diciembre de 2014.

24 Artículo 12. Celebración indebida de contratos de seguro. Quien intervenga en la celebración de un contrato que asegure el pago del rescate de un posible secuestro o en la negociación o intermediación del rescate pedido por un secuestrado, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años.



siones, la Corte afirmó lo siguiente en la sentencia C-542 de 1993:

Una ley que prohibiera el pago del rescate, aun sin convertirlo en delito, también sería inconstitucional. Y además, sería absurda, pues sería tanto como prohibir morir o enfermarse. Es decir, lo mismo que prohibir un acto que se realiza contra la voluntad, o en el cual, al menos, el consentimiento está viciado por la fuerza, lo cual impide tener en cuenta el objeto o la causa ilícita. El pagar el rescate es, en sí, un acto indiferente, ni bueno, ni malo. Lo que

Las transacciones que se hagan sin el lleno de los requisitos anteriores serán inexistentes.

La vigilancia administrativa de bienes obliga a sus titulares o administradores, a rendir cuentas periódicas de su gestión, en los términos que el fiscal general de la nación o su delegado señalen. El incumplimiento de esta obligación o su retardo injustificado darán lugar a su remoción.

La vigilancia administrativa de bienes se efectuará durante el término que dure el secuestro más el término adicional que considere la Fiscalía General de la Nación para el cumplimiento de los propósitos de esta ley.

El que, con el propósito de beneficiarse con lo dispuesto por este artículo, simule un secuestro incurrirá en pena de prisión de cinco (5) a diez (10) años.

Parágrafo 1o. Para facilitar el seguimiento del autor o de los autores, del copartícipe o de los copartícipes de un delito de secuestro, el fiscal general de la nación o su delegado, podrá suspender o aplazar la vigencia de las medidas de vigilancia administrativa de bienes de que trata este artículo.

Parágrafo 2o. No obstante lo dispuesto en este artículo, cuando alguna de las personas antes señaladas pusiere en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación el hecho del secuestro, y colabore con este organismo, el fiscal o su delegado, podrá acordar con dichas personas procedimientos que no impliquen la vigilancia administrativa de bienes.

Parágrafo 3o. Quienes ejerzan el cargo de delegados del fiscal general de la nación sobre los bienes sometidos a vigilancia administrativa, tendrán las funciones propias de un auditor de control interno.

Corte Constitucional Sentencia C-542 de 1993.

Artículo 19. Inexequible. Acciones y excepciones. Carecerá del derecho de alegar cualquier acción o excepción, quien a cualquier título entregue dineros destinados a pagar liberaciones de secuestros.

Artículo 20. Inexequible. Sanciones. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 18 y 19 de esta ley, las instituciones financieras, y, en general todas aquellas personas cuyo objeto sea la captación de dineros del público, que cono-

determina su naturaleza moral es la finalidad que se busque. Por esto se ha visto que quien interviene en el pago por necesidad de salvar la vida y recobrar la libertad propia o ajena, obedece a un móvil altruista reconocido universalmente por el derecho. Quien obra sin encontrarse en estado de necesidad, obedeciendo exclusivamente motivos innobles o bajos, como serían su propio lucro o el propósito de enriquecer a los delincuentes o dotarlos de recursos económicos, sí incurrir en un delito. Y no podría alegar y demostrar causal alguna de justificación.

En la segunda parte de la década del noventa hubo un intento por dotar de coherencia al sistema mediante la expedición de dos códigos: el penal, con la ley 599 de 2000, y el de procedimiento penal, con la ley 600 de 2000. Si bien en un principio se respetó el

ciendo el que entre sus usuarios se encuentra una de las personas señaladas en dicho artículo 18 de esta ley, autorizan la entrega, continua o discontinua de sumas de dineros superiores a dieciséis (16) salarios mínimos mensuales, o sumas que no correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas personas, incurrirán en multa no mayor de dos mil (2.000) salarios mínimos y no menor de quinientos (500) salarios mínimos mensuales, imponible por la Superintendencia Bancaria, previa investigación administrativa.

Para efectos de las entregas de recursos que correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas personas, el fiscal general de la nación o su delegado, podrá acordar con las instituciones a que se refiere este artículo, procedimientos que, al mismo tiempo que garanticen el cumplimiento de los objetivos de esta ley, traten de evitarles perjuicios a las personas cuyos bienes se sometan a la vigilancia administrativa.

Artículo 21. Inexequible. Informes y autorizaciones. Salvo lo dispuesto en el artículo anterior y para los efectos del mismo, las instituciones financieras y todas aquellas personas cuyo objeto social sea la captación de dineros del público, deberán informar inmediatamente las solicitudes de retiros excepcionales de fondos o las presentaciones para el cobro de cheques girados contra las cuentas de las personas referidas en el citado artículo 18, de esta ley, a la Fiscalía General de la Nación, la cual contará con un plazo de diez (10) días, como máximo, para autorizar el pago.

Vencido este término sin que la entidad financiera hubiese recibido respuesta de la Fiscalía General de la Nación, se podrá efectuar la entrega.

Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria que pueda recaer sobre el funcionario que no se pronunció a tiempo sobre el respectivo desembolso.



principio según el cual todas las normas penales deben estar en el Código penal o en el Código de procedimiento penal, lo cierto es que el sistema siguió funcionando con base en la coyuntura y tratando de responder de manera populista a las demandas de seguridad de la ciudadanía. De esta manera, entre 2000 y 2014 se dieron casi cuarenta reformas a las leyes penales, todas ellas estableciendo una situación más gravosa que la anterior, ya fuera creando nuevos delitos, eliminando causales de libertad o aumentando las penas de los delitos ya existentes (Comisión Asesora de Política Criminal, 2013).

En materia de lucha contra el crimen organizado, no se observaba ninguna política coherente dirigida a controlarlo, sino políticas parciales destinadas al control del narcotráfico o del secuestro, sin tener en cuenta la necesidad de una política integral contra esta actividad que involucrara a todas las instituciones del Estado. La década del noventa se caracterizó entonces por la derrota a la organización de Pablo Escobar, que terminó con su muerte; con el desmantelamiento de los principales carteles pero con el surgimiento de los denominados *baby carteles*²⁶, esto es, los de la cuarta generación, generando una red de organizaciones criminales más difíciles de controlar y con mayor capacidad de daño debido a la extensión de las zonas bajo su control.

Con respecto al poder de los *baby carteles*, el general Óscar Naranjo manifestó:

(...) “en Colombia estamos enfrentando a una cuarta generación de narcotraficantes”.

Explica: “La primera fue la de la bonanza marimbera, que era básicamente de un grupo de estructuras criminales que utilizó las antiguas rutas del contrabando y montó rutas de embarques de marihuana.

“La segunda generación estuvo representada por Pablo Escobar y Gonzalo Rodríguez Gacha en los años ochenta. Ellos introdujeron a Colombia la co-

caína a través de un procesamiento de pasta boliviana y ecuatoriana para volverla clorhidrato”.

Esta segunda generación mantuvo el monopolio de la cocaína en el hemisferio durante muchos años. Su estructura tenía el control territorial en las zonas de producción de la droga y manejaba el proceso desde la transformación de la base de cocaína, hasta la distribución de la droga en las calles de Nueva York y Miami. Además, impuso el terrorismo en función de sus intereses.

La tercera generación es la que representan los hermanos Gilberto y Miguel Rodríguez Orejuela con el cartel de Cali; una organización más sofisticada que, para legalizar los patrimonios, incursionó en la empresa y trató de legitimar el narcotráfico como una fuente de empleo. Su fuerza se basó más en la corrupción que en el terrorismo, y permeó la política del más alto nivel, lo cual quedó demostrado con la filtración de dinero de la droga en la campaña de Ernesto Samper por la presidencia.

Esta tercera generación se dio la tarea de buscar contactos en Centroamérica, las Antillas, Europa y África. “Ahí arranca una alianza muy intensa y más formal entre Colombia y México. Son los responsables de haber globalizado el tema del narcotráfico en Colombia”, agrega Naranjo.

La cuarta generación está representada por grupos emergentes –las autoridades han detectado unos 380– “que están dedicados al suministro y a la distribución de la droga a gran escala. Sin embargo, se están marginando del tema de la producción y del cultivo, en tanto que la guerrilla se ha especializado en las áreas de cultivo y la producción de base y los paramilitares en la producción de clorhidrato. Las organizaciones del narco la recompran a esos minoristas para poner grandes volúmenes en puertos colombianos y despachar la droga”, dice Naranjo.

Por su parte, el sociólogo Camacho Guizado asegura que estos nuevos y pequeños grupos no tienen la capacidad operativa de los antiguos carteles, y por eso “qué mejor que tener un intermediario con la capacidad operativa y los contactos de las organizaciones mexicanas”. Explica también que la mafia mexicana ha aprovechado el desmantela-

26 Véase, <http://www.insightcrime.org/news-briefs/is-texis-cartel-a-baby-cartel>. Última visita, 12 de diciembre de 2014.



miento de las antiguas estructuras del narcotráfico en Colombia²⁷.

Pero la década del noventa también se caracterizó por el aumento de la violencia en zonas como el Valle del Cauca, por el uso de la extradición para el control del llamado cartel de Cali, y, en general, por la consideración del narcotráfico como el principal problema de crimen organizado del país.

Al lado de estos problemas de violencia ordinaria, se incrementaba la violencia relacionada con el conflicto armado, al punto que entre 1998 y 2002 hubo un aumento espectacular de las violaciones a los derechos humanos. Al comenzar el primer gobierno del presidente Álvaro Uribe (2002-2006; 2006-2010) se dio inicio a un proceso de negociación con los grupos paramilitares, que produjo la desmovilización de cerca de veinte mil miembros de esa organización. No obstante, en la mayor parte de los casos estas organizaciones se transformaron en lo que se denominó las bandas criminales (Bacrim) o, desde otra perspectiva, los grupos neoparamilitares (Rico, 2013). La desmovilización de los paramilitares condujo a que las zonas que antes estaban bajo su control pasaran al dominio de las bandas criminales, dedicadas principalmente a la extorsión, el narcotráfico, el secuestro y el contrabando. Entre 2002 y 2010 el énfasis del gobierno nacional estuvo en la lucha contra las guerrillas, mediante la política de seguridad democrática, y en la desmovilización y juzgamiento de los miembros de los grupos paramilitares, mediante el sistema de justicia especial establecido por la ley 975 de 2005. El modelo de justicia transicional que se estableció en Colombia buscaba resolver de esa manera la situación de uno de los actores del conflicto, con el convencimiento de que la combinación de las dos políticas iba a garantizar la paz y la seguridad ciudadana en el país. Incluso la Corte Suprema de Justicia contribuyó a acentuar la confusión entre

crimen organizado y paramilitarismo, en una decisión criticable desde el punto de vista conceptual, al considerar que el concierto para delinquir podría ser también un delito de lesa humanidad si los actores se concertaban para cometer delitos de esta naturaleza²⁸.

El gobierno del presidente Juan Manuel Santos (2010-2014; 2014-) dio comienzo a otro proceso de paz con la guerrilla de las Farc, sin que se diera respuesta a los problemas de crimen organizado que afectaban la seguridad de la ciudadanía. Entre los principales problemas que enfrenta este gobierno están los siguientes: el auge de las llamadas bandas criminales, en especial las de los Urabeños y los Rastrojos; el crecimiento del microtráfico, que en ocasiones involucra también a bandas criminales; el aumento del contrabando, incluido el de gasolina; y la corrupción, con el surgimiento de organizaciones especializadas como los denominados carteles de la contratación y de los testigos. Sin embargo, la justicia colombiana cuenta con pocos elementos para hacer frente a este tipo de problemas y su respuesta es siempre insuficiente y con frecuencia meramente punitiva.

Tal es el caso de la ley 1453 de 2011, denominada ley de seguridad ciudadana, que pretende hacer frente a una serie de problemas que afectan la seguridad de la ciudadanía. La estrategia del gobierno colombiano en esta ley carece por completo de imaginación y se acerca mucho a las leyes de los estados de excepción, con medidas duras y sin base empírica alguna que permita determinar el efecto esperado y, sobre todo, el impacto negativo que la ley causa en el sistema. En cuanto a lo segundo, es importante tener en cuenta que con su expedición se incrementó la población penitenciaria y, en consecuencia, el hacinamiento carcelario, que se acerca cada vez más a un porcentaje de 60%, el cual si bien no es el más alto de América Latina sí es demostrativo del fracaso de la política criminal y penitenciaria del gobierno colombiano.

27 <http://go.galegroup.com/ps/i.do?id=GALE%7CA125567296&v=2.1&u=gale&it=r&inPS=true&prodId=GPS&userGroupName=gale&p=GPS&digest=b735b250baa4dcc3cdbc2e26ce51044a&rsrc=rss>. Última visita, 12 de diciembre de 2014.

28 Corte Suprema de Justicia. Sentencia en contra de Álvaro García Romero, del 23 de febrero de 2010.



Esta ley 1453 de 2011 se ocupa en su primera parte de modificar las normas de la parte general del Código penal en materia de detención domiciliaria, con el fin de limitarla y de hacerla accesible para pocos delitos. Sin embargo, su justificación es meramente intuitiva y no es el resultado de un análisis del posible impacto de esas medidas en materia de seguridad ciudadana y en materia del control del crimen organizado. La ley aumenta las penas para una variedad de delitos, entre los que se incluye el tráfico de menores. Como muestra de su carácter reactivo y populista, se observa que se aumenta la pena privativa de la libertad para ese delito, la cual puede llegar hasta noventa años de prisión, al paso que en los casos de genocidio, crímenes contra el derecho internacional humanitario y crímenes de lesa humanidad la pena máxima imponible es de cincuenta años de prisión.

La ley incluye otras medidas procesales cuya finalidad principal es la restricción de los derechos de los procesados dentro del proceso penal. Una de estas normas restrictivas es el artículo 56, el cual permite que el tiempo para la entrega de la persona capturada en altamar se cuente a partir del momento en que la nave llegue a puerto²⁹. Este caso muestra de

nuevo cómo la preocupación del gobierno nacional es el control del narcotráfico y no del crimen organizado como tal³⁰.

Como en el pasado, durante la administración Santos el gobierno nacional sigue careciendo de una

29 Artículo 56. Contenido y vigencia. El artículo 298 de la ley 906 de 2004 quedará así:

Parágrafo. La persona capturada en cumplimiento de orden judicial será puesta a disposición de un juez de control de garantías en el plazo máximo de treinta y seis (36) horas para que efectúe la audiencia de control de legalidad, ordene la cancelación de la orden de captura y disponga lo pertinente con relación al aprehendido. Lo aquí dispuesto no se aplicará en los casos en que el capturado es aprehendido para el cumplimiento de la sentencia, caso en el cual será dispuesto a disposición del juez de conocimiento que profirió la sentencia.

Parágrafo 2°. Cuando existan motivos razonables para sospechar que una nave está siendo utilizada para el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, los miembros uniformados de la Armada Nacional deberán aplicar el procedimiento de interdicción marítima y conducir inmediatamente la nave y las personas que estén a bordo al puerto para que se verifique el carácter ilícito de las sustancias transportadas. En este caso, el término señalado en el parágrafo anterior se contará a partir del momento en el cual se verifique que las sustancias transportadas son ilícitas en el puerto, siempre y cuando se cumpla el procedimiento de interdicción marítima y se hayan respetado los derechos fundamentales de los involucrados.

30 Sentencia C-239 de 2012, magistrado ponente Juan Carlos Henao. En esta sentencia la Corte Constitucional opinó lo siguiente: "La Armada Nacional deberá celosamente procurar: 1) el inmediato desvío de la nave objeto de interdicción marítima, dentro de las condiciones que razonablemente lo permitan para la mayor seguridad de los capturados y de la operación naval; 2) la estricta protección de los derechos fundamentales de las personas capturadas en flagrancia; 3) el cumplimiento de la integridad de formas y garantías que reglan el procedimiento de interdicción marítima; 4) la diligente y pronta comunicación y coordinación con las autoridades competentes, en particular la Fiscalía para que provea lo necesario para recibir con prontitud en puerto la nave, las sustancias transportadas sobre las que se sospecha de modo razonable su ilicitud y naturalmente las personas a bordo capturadas. La Fiscalía por su parte, deberá arreglar todo lo necesario para que una vez llegados a puerto, de inmediato verifique con su cuerpo técnico la ilicitud de las sustancias, y conforme lo señalado por la Corte en sentencia C-591 de 2005 con relación al artículo 302 del C.P.P., examine si dicha captura fue o no legal, es decir, "si se presentaron o no, en el caso concreto, las condiciones legales de la flagrancia (...) así como los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional". En concreto, para que verifique, conforme a lo previsto en el parágrafo 2° del artículo 56 de la ley 1453 de 2011, que las sustancias analizadas fueren ilícitas o no, se cumplió o no rigurosamente con el procedimiento de interdicción marítima, o se vulneraron o no derechos fundamentales de los involucrados. Pues en caso negativo, como entonces se dijo, por tratarse de una captura ilegal, la o las personas afectadas deben ser liberadas por la Fiscalía, "imponiéndosele bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario", como lo establece el artículo 302, inciso 3° del C.P.P. Y finalmente, en caso de estimarse legal la captura por la situación de flagrancia, la Fiscalía deberá remitir con las formalidades del inciso 4° de ese último precepto, ante el juez de control de garantías a los capturados en flagrancia por la Armada Nacional, para que decrete, si se dan las condiciones del artículo 308 C.P.P., la medida de aseguramiento. Todas las anteriores actividades, deberán asegurar que la garantía del artículo 28 constitucional se preserve y en todo caso transcurra el menor tiempo posible desde el momento de la captura en flagrancia producto de la interdicción marítima y el control efectivo de la restricción de la libertad de los implicados por el juez competente, de modo que no supere las 36 horas contadas desde el arribo a puerto colombiano, como forma de proteger la libertad personal y la garantía de reserva judicial de la primera palabra, así como los demás bienes jurídicos que protege el precepto".



política integral de control del crimen organizado. La forma en la que ha actuado es la de señalar problemas que afectan la seguridad ciudadana y, en particular, la percepción de seguridad de la ciudadanía. Problemas que se siguen enfrentando con medidas de reacción y no con políticas integrales. Con frecuencia se acude también a nueva legislación, en la que la norma parece ser la limitación de los derechos fundamentales de las personas. De esta manera se están enfrentando lo que se percibe como los problemas de crimen organizado existente en Colombia: la minería ilegal, el contrabando, el narcotráfico, el tráfico de personas, el tráfico de armas, la corrupción y la existencia de las propias bandas criminales³¹.

En el caso de la minería ilegal, en los últimos años se ha visto la conexión entre esta práctica delictiva contra el medio ambiente y la actividad de grupos como las Farc y las bandas criminales. Con el fin de hacer frente a ese problema, el gobierno nacional elaboró una política destinada a controlar el desarrollo de esa actividad. Era de esperarse una política criminal integral en esa materia, pero el resultado fue bastante limitado: un decreto basado en una decisión andina cuya única finalidad es la destrucción de la maquinaria destinada a la explotación ilegal del oro³². Si bien esta es una medida importante y se reconoce su necesidad dadas las condiciones de conflicto en las zonas en donde se da la explotación, lo cierto es que se trata de un problema mucho más complejo que contiene elementos sociales y requiere de una política que ataque los diversos frentes y no solo el policial.

En materia de corrupción, se ha denunciado la existencia de carteles –un término que busca crear en la opinión pública una sensación de peligro extremo, similar al de las organizaciones dedicadas al narcotráfico denominadas, también de manera impropia, *carteles de la droga*–, grupos que buscan defraudar

al Estado o impedir el desarrollo de las investigaciones mediante el soborno de testigos. Sin embargo, ni la Fiscalía ni las autoridades de policía han desarrollado una política coherente para hacer frente a este tipo de problemas. En materia de corrupción lo único que se ha hecho, además del trabajo de la oficina de transparencia de la Presidencia de la República, ha sido la incorporación en el derecho interno de la Convención de la Ocd (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos) contra el soborno transnacional³³, aun cuando esto no forma parte de una política contra la corrupción y el crimen organizado, sino de los esfuerzos de Colombia por entrar a esa Organización.

Como consecuencia de la legislación excepcional de la década del ochenta, declarada permanente por el decreto 2266 de 1991, y de las diversas normas ordinarias que se ocupaban de aspectos parciales de la cuestión criminal, el sistema penal colombiano ha sido incoherente y ha respondido a lecturas parciales de la realidad. Estaba más orientado a la coyuntura que a la formulación de una política criminal racional, coherente y basada en evidencia empírica. Esta era la situación en 1991 y seguía siendo la situación en 2012, cuando el gobierno colombiano nombró una Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal³⁴. Esta Comisión trabajó durante un año en la determinación de los criterios para el diseño de la política criminal del Estado. Sin embargo, poco dijo sobre el crimen organizado y se ocupó, más bien, del delito individual y de los mecanismos de sanción de los actores armados en contextos de transición al posconflicto. Conviene en todo caso no caer en la trampa de la legislación excepcional y dar un tratamiento diferente a los actores del conflicto que se desmovilizan y a aquellas personas que son parte de organizaciones criminales.

31 Sobre la corrupción, véase la ley 1474 de 2011, conocida también como el Estatuto anticorrupción.

32 La decisión andina es la 774 del 30 de julio de 2012 que sirve de base al decreto 2235 de 2012.

33 En Colombia el delito de soborno es un delito contra la administración de justicia pues es uno de compra de testigos; en el caso de la Convención es lo que en nuestro ordenamiento se califica como cohecho.

34 Véase, Comisión Asesora de Política Criminal, 2013.



Conclusión

Desde la década del ochenta el Estado colombiano ha desarrollado una política para combatir los grupos subversivos que se le enfrentaban. Al mismo tiempo, llevaba adelante una política de lucha –o guerra en los términos del gobierno nacional– contra el narcotráfico, y durante mucho tiempo hubo una cierta identidad entre crimen organizado y los llamados carteles de la droga. Esta identificación llevó a que los ataques terroristas del grupo de Medellín llevaran a la declaratoria del estado de sitio, conforme a la Constitución de 1886, y a la expedición de una normativa de excepción que buscaba llevar adelante una guerra jurídica en contra de estos grupos, lo cual significaba la limitación de los derechos de los procesados dentro de sistemas especiales de juzgamiento.

En la década del noventa los decretos expedidos con base en el estado de sitio terminaron siendo normalizados, pero al comienzo de la de 2000 parecía que por fin se iba a tener una política integral de persecución al crimen organizado. Sin embargo, esto no fue posible, pues de nuevo se dio la confusión entre conflicto armado y crimen organizado y, nuevamente, la política terminó identificando los problemas sin tener en cuenta su dimensión organizada y sin buscar acabar con las redes criminales.

Aún queda por desarrollar esa política integral, que permita al Estado colombiano tener todos los instrumentos para hacer frente a los delitos propios del crimen organizado. Pero para hacerlo, debe partir de la base de una clara determinación de qué se entiende por crimen organizado, cómo se mide en las estadísticas criminales, cuáles son los delitos que se deben perseguir y cuál es la estrategia para dismantelar, penal y económicamente, las redes criminales. Hasta el momento solo se han presentado algunos proyectos de ley sobre hechos puntuales, y se ha presentado un proyecto de documento Conpes de política criminal, que aún no ha sido aprobado y carece de base empírica, por

lo que cabe esperar su rechazo en el Consejo de Política Económica y Social³⁵.

Referencias

- Aponte, Alejandro. 2005. *Derecho penal del enemigo o derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y las tensiones de un derecho penal de la enemistad*. Editorial Temis. Bogotá.
- . 1990. "Cómo matar a la justicia en la tarea de defenderla: estatuto para la defensa de la justicia". *Análisis Político*. 11. Septiembre-diciembre.
- Benavides, Farid. 2014. "Crimen organizado y seguridad ciudadana". *Revista Derecho Penal Contemporáneo*. 47. Abril-junio.
- Camacho Guizado, Álvaro. 2010. "Mafia: los usos de un concepto polisémico y su aplicabilidad al caso colombiano (a propósito del libro de Diego Gambetta)". *Historia Crítica*. 41. Mayo-agosto.
- Cancio Meliá, Manuel y Jesús María Silva Sánchez. 2008. *Delitos de organización*. Bdf. Montevideo.
- Comisión Asesora de Política Criminal. 2013. *Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Fundación Ideas para la Paz. Bogotá.
- Dugas, John (ed.). 1993. *La constitución política de 1991: ¿un pacto político viable?* Fescol-Universidad de los Andes. Bogotá.
- Duncan, Gustavo. 2014. *Más allá de la plata y el plomo*. Debate. Bogotá.
- Ferrajoli, Luigi. 2008. "Criminalidad y globalización". *Estudios de Derecho*. 65 (145). Junio.
- . 1995. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta. Madrid.

35 Esta es una de las conclusiones de la Comisión, que considera que la política criminal debe hacerse sobre una base empírica y dentro de un marco constitucional.



- Ferrer, Mariano, et al. *Derechos, libertades y razón de Estado (1996-2005)*. Lete Argitaletxea. Pamplona.
- Gambetta, Diego. 2008. "Protección extralegal: mafias y economía". *Revista de Asuntos Públicos*. 1. Diciembre.
- Garay, Luis Jorge y Eduardo Salcedo. 2012. *Redes ilícitas y reconfiguración de Estados. El caso Colombia*. Fundación Vortex-ICTJ. Bogotá.
- Huizinga, Johan. 1972. *Homo Ludens*. Alianza Editorial. Madrid.
- Iturralde, Manuel. 2010. *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*. Siglo del Hombre/Universidad de los Andes. Bogotá.
- Jakobs, Günther. 2006. *Derecho penal del enemigo*. Thomson Civitas. Navarra.
- Krauthausen, Ciro. 1998. *Padrinos y mercaderes. Crimen organizado en Italia y en Colombia*. Planeta. Bogotá.
- Leal, Francisco. 2002. *La seguridad nacional a la deriva: del Frente Nacional a la posguerra fría*. Alfaomega. Bogotá.
- Llobet Anglí, Mariona. 2010. *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*. La Ley. Madrid.
- López Garrido, Diego. 1987. *Terrorismo, política y derecho. La legislación antiterrorista en España, Reino Unido, República Federal de Alemania, Italia y Francia*. Alianza Editorial. Madrid.
- McLean, David. 2007. *Transnational Organized Crime. A commentary on the UN Convention and its Protocols*. Oxford University Press. Oxford.
- Moccia, Sergio. 2000. *La perenne emergenza. Tendenza autoritarie nel sistema penale*. Edizione Scientifiche Italiane. Nápoles.
- Orozco Abad, Iván. 1992. *Combatientes rebeldes y terroristas*. Editorial Temis. Bogotá.
- . 1990. "Los diálogos con el narcotráfico: historia de la transformación fallida de un delincuente común en un delincuente político". *Análisis Político*. 11. Septiembre-diciembre.
- Rico, Daniel. 2013. "Las dimensiones internacionales del crimen organizado en Colombia. Las Bacrim, sus rutas y refugios". En Juan Carlos Garzón y Eric L. Olson (eds.). *La diáspora criminal. La difusión transnacional del crimen organizado y cómo contener su expansión*. Woodrow Wilson Center. Washington.
- Rubio, Mauricio. 1994. "Crimen y justicia en Colombia: un enfoque económico". *Revista de Derecho Privado*. 8 (15). Noviembre.
- Sánchez García, María Isabel. 2001. "Función político criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado". En Luis Arroyo Zapatero e Ignacio Berdugo (dirs.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos* in memoriam. Universidad de Castilla-Universidad de Salamanca. La Mancha/Cuenca.
- Van Cott, Donna Lee. 2000. *The friendly liquidation of the past. The politics of diversity in Latin America*. University of Pittsburgh Press. Pittsburgh.
- Velásquez, Fernando. 1987. "Los nuevos decretos de estado de sitio desde el punto de vista sustantivo". En *Regulación sobre armas y estupefacientes*. Editorial Colegas. Medellín.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. 2013. *La emergencia del miedo*. Ediar. Buenos Aires.



Acerca del autor

Farid Samir Benavides Vanegas. Profesor asociado, director del Área de derecho penal, procesal penal y criminología, Universidad de los Andes, Bogotá.

fs.benavides@uniandes.edu.co

Pie de imprenta

Friedrich-Ebert-Stiftung (FES)

Calle 71 n° 11-90 | Bogotá-Colombia

Teléfono (57 1) 347 30 77

Fax (57 1) 217 31 15

Para solicitar publicaciones:

saruy.tolosa@fescol.org.co

Febrero de 2015

Programa de Cooperación en Seguridad Regional

El Programa de Cooperación en Seguridad Regional de la FES busca contribuir al debate y a la construcción de propuestas de política pública para atender los diversos problemas de seguridad en América Latina, en donde amenazas globales, regionales y locales plantean un panorama complejo, ante todo por el desafío que estos problemas, en particular el crimen organizado, representan a la gobernabilidad democrática en la región.

El programa cuenta con una amplia red de trabajo en América Latina, en la que participan expertos, funcionarios, legisladores y representantes de la sociedad civil de diversas disciplinas. Con apoyo de esta red y mediante diversos eventos y publicaciones, el Programa promueve el debate y la difusión de conocimientos sobre asuntos de seguridad regional.

El uso comercial de todos los materiales editados y publicados por la Friedrich-Ebert-Stiftung (FES) está prohibido sin previa autorización escrita de la FES.

Las opiniones expresadas en esta publicación no representan necesariamente las de la Friedrich-Ebert-Stiftung.