

EL DERECHO PENAL EN UNA PERSPECTIVA DE PAZ: DE LA TENSIÓN ENTRE “EFICIENTISMO” Y GARANTISMO EN EL CASO COLOMBIANO.

Alejandro Aponte

*Profesor de Derecho Penal y de Teoría del Derecho.
Facultad de derecho, Universidad de los Andes. Bogotá, Colombia.*

1. Colombia: entre los siglos XVI y XXI

No sólo en relación con el derecho penal, sino en general respecto de todos los ámbitos sociales, puede decirse sin exagerar que Colombia es un país que vive en cinco siglos simultáneamente: se encuentra enfrentado a los dilemas y exigencias propias del nuevo siglo -a la globalización, a la inserción dentro de una economía mundial, a los avances vertiginosos de la comunicación, a realidades virtuales- al mismo tiempo que requiere avanzar, sin embargo, en la construcción del Estado como proceso propio de los siglos XVI y XVII europeos. Si, parafraseando a Hobbes, el Estado es la negación de la guerra y, sobre todo de la guerra civil, en Colombia no existe, por lo menos en todo el territorio, un Estado verdaderamente consolidado.

La historia del Estado moderno es la historia de su construcción como monopolio de la violencia. De ello dan cuenta autores como Hobbes, Weber, Niklas Luhmann o Norbert Elias. La paz, como condición empírica fundamental para la construcción del Estado, no existe en el caso colombiano. Ello le otorga su especificidad, incluso en el contexto latinoamericano en el cual comparte dilemas y problemas comunes a los países en desarrollo.

2. Sobre la desinstitucionalización de la función penal

Pero la especificidad se da también en otro sentido: existe, de todas maneras, un Estado, aunque desde luego y particularmente en múltiples territorios donde se da la violencia política y social crónica que se vive desde hace cinco décadas, las instituciones existen casi de una manera puramente contingente. Las instituciones están allí de forma casual y, en todo caso, ellas no se respetan en la práctica. El ciudadano no se siente ni protegido ni representado por ellas. Pero existe un aparato estatal, una normatividad y unas consecuencias jurídicas y políticas de los actos estatales. Ello exige que el problema del monopolio de la violencia sea pensado de una manera particular y no en clave estrictamente ortodoxa. Éste es el caso de un estudio importante del sociólogo *Von Trotha*, dedicado precisamente a la crisis que sufre hoy en día, en el mundo entero y por razones distintas en diversos países, la noción de monopolio. El autor propone varias tipologías para explicar esta crisis y, para casos como el colombiano, propone la siguiente: en este caso se daría una “forma paraestatal del control de la violencia”.¹ Es decir, aunque suene paradójico, se trata de una especie de organización paraestatal de la forma como se ejerce la violencia propia



del poder. Una especie de sustitución del poder estatal por entidades paraestatales. Esa es la historia del caso colombiano: la presencia endémica de sustitutos particulares del poder estatal. En relación concreta con el derecho penal, ello significa: *desinstitucionalización* de la función penal.

En una perspectiva de futuro deben confluír esfuerzos múltiples, tanto institucionales, como académicos e impulsados por toda la comunidad jurídica, por consolidar un derecho penal institucionalizado. Esto significa, a nuestro modo de ver, el impulso a un auténtico *derecho penal de la Constitución*. Pero este modelo de derecho penal también contiene especificidades propias del caso que se analiza: no sólo en estas últimas décadas se ha vivido una violencia endémica y una situación de anomia generalizada; el siglo XIX estuvo cruzado por múltiples confrontaciones entre partidos políticos tradicionales que fueron vividas como verdaderas guerras civiles.

Desde ese siglo, el derecho público ha soportado una situación ambivalente ocasionada por la coexistencia de la guerra y la paz. Así entonces, en Colombia su derecho penal se halla diseñado de tal forma que absorbe en su seno las tensiones propias de una situación ambivalente de paz y guerra. En este país, la guerra, desechada como fantasma por toda la tradición de occidente, se ha tematizado sin embargo como un problema jurídico. No para impulsarla, desde luego, sino para acotarla, para minimizar su impacto. Todo el derecho público participa de ello: el derecho penal y el derecho constitucional, parti-

cularmente a través de la regulación del antiguo estado de sitio y de los nuevos estados de excepción. En aquél se preveía el recurso al derecho de gentes como modelo jurídico de limitación de los poderes estatales en virtud de la emergencia, mientras que hoy, en los nuevos estados de excepción, se hace alusión expresa a la necesidad de respetar el derecho internacional humanitario.²

3. Eficientismo vs. Garantismo: dilemas del derecho penal hacia el futuro

Ahora bien, la inexistencia de la paz como condición empírica y la realidad de anormalidad social y política, han generado posiciones antagónicas acerca de la función que debe asumir el derecho penal. Por una parte, existen los partidarios de una especie de pacificación eficientista, que otorga al derecho penal un papel preponderante para lograr dicha pacificación. Se impulsa un modelo de derecho penal endurecido y levantado sobre una idea particular de “eficacia” o de “eficiencia” de la administración de justicia. La eficacia es entendida prácticamente como la producción a toda costa de sentencias condenatorias o, en todo caso, como la producción de decisiones que afectan de manera directa la libertad de las personas. No en vano el derecho penal eficientista se articula, por ejemplo, sobre una regulación más allá de todo límite razonable de la detención preventiva. Una persona está detenida “preventivamente” hasta que el Estado prácticamente le consiga las pruebas para condenarlo. En la práctica eficientista el proceso penal se convierte, en sí mismo, en la *pena*.

¹ Von Trotha, Trutz, “*Ordnungsformen der Gewalt oder Aussichten auf das Ende des staatlichen Gewaltmonopols*”, en: Nedelmann Brigitta unter mitarbeit von Koepf , Thomas (editor), *Politische Institutionen im Wandel*, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, pág. 129 y ss.

² Hay normas en el Código Penal que regulan las confrontaciones bélicas que en el caso europeo se dan entre estados, pero que en Colombia son de carácter interno. Hoy, en el caso del nuevo código que entra a regir en el mes de junio del 2001, se han incorporado figuras muy complejas como el genocidio, infracciones al derecho internacional humanitario, el desplazamiento forzado que distingue casos en los cuales el desplazamiento es producido o generado por acciones militares legítimas y cuando no lo es, entre otras. Es decir, se trata de tipos penales que resbalan entre la paz y la guerra, pero que buscan, en todo caso, tematizar realidades complejas propias del caso colombiano.

Esta visión particular de la eficacia y de la eficiencia, ha dado lugar a la consolidación del *modelo eficientista* de derecho penal. En una visión escéptica sobre el valor de los derechos y de las garantías, los partidarios del modelo eficientista los consideran más como obstáculos para el ejercicio de la función penal. En este modelo prevalece la eficacia sobre los derechos fundamentales, la eficacia sobre la legitimidad del sistema penal. Aquí adquiere todo su dramatismo la tensión entre eficientismo y garantismo.

4. Del derecho penal de la emergencia como derecho penal eficientista de enemigo

El modelo eficientista ha estado ligado, en el caso colombiano, al derecho penal de la emergencia. La emergencia ha sido, además, la práctica generalizada en este país. Para un observador extranjero, causa curiosidad percibir cómo Colombia se ha mantenido como una democracia estable a lo largo de su historia, con ciclos periódicos de elecciones presidenciales y con una institucionalidad formal. Ello tiene muchas explicaciones. Para efectos de este escrito, basta destacar que paralelamente a esa institucionalidad formal, ha existido un recurso permanente a la excepción. Es en la excepción y no en la normalidad que se ha vivido. Ello ha servido como una especie de "válvula de escape" para el sistema político y por ello su aparente estabilidad, pero simultáneamente ha servido como una fuente de construcción paralela de un sistema penal endurecido y al margen de los derechos y de las garantías. La Constitución ha sido permanentemente suspendida en virtud de la excepción. Ello ha generado un derecho penal altamente politizado, funcionalizado de acuerdo a los avatares de las coyunturas y dirigido a ciertos actores específicos según sea la dinámica de su actuación en el contexto general de la violencia en el país. Por

eso se trata más de un *derecho penal de enemigo*. El sindicado es procesado y juzgado haciendo abstracción de sus derechos y garantías, por fuera del pacto social: es concebido como un extraño al mismo.

5. El derecho penal constitucional de enemigo

Ha sido el Poder Ejecutivo, como legislador de excepción, el que ha sustituido al Congreso de la República en su función de elaborar la política criminal y el que históricamente ha impulsado este modelo de derecho penal eficientista de enemigo. Pero otras instituciones han participado de su consolidación: la Fiscalía General -ente altamente politizado por defectos en su propia estructura ambivalente entre la función judicial y su carácter administrativo interno-, y la Corte Constitucional. Ésta, creada en 1991 como ente especializado en el control constitucional antes efectuado por la Corte Suprema de Justicia en pleno, ha jugado un papel fundamental en lo que puede ser denominado el impulso a la *conciencia del valor del derecho* en una sociedad acostumbrada a resolver sus conflictos por fuera del derecho. La denominada "acción de tutela", como mecanismo de protección de derechos similar al amparo mexicano y a la *Verfassungsbeschwerde* alemana, le ha dado una dinámica impensable al ejercicio del derecho. Al mismo tiempo, la Corte, en el contexto del Estado social de derecho, ha impulsado con enorme dinamismo, una forma de interpretación y de aplicación del derecho que se puede sintetizar como el nuevo constitucionalismo. Ha hecho suyo como modelo de interpretación privilegiado la dogmática de ponderación, ha impulsado la modulación de sentencias, ha activado la tópicidad y se ha alejado de la interpretación exegética. Pero en virtud de ese nuevo constitucionalismo, la Corte también ha asumido un protagonismo ex-



cesivo en el ámbito penal y ha colaborado con el impulso de lo que puede llamarse un *derecho penal constitucional de enemigo*.

El Estado social de derecho, con su necesario impulso a valores y fines establecidos en la Constitución, ha servido como marco para el peligroso desarrollo de un modelo constitucional de derecho eficientista. En un ejercicio de ponderación ilimitado, el juez constitucional le ha dado prevalencia, por ejemplo, al valor de la eficacia y de la eficiencia del sistema de justicia, sobre los derechos fundamentales. Desde el principio de su actuación, la Corte se vio impelida a buscar equilibrios entre el valor de la Carta de Derechos, y aquellas normas propias de la organización institucional dentro de la Constitución Política. Pero, en relación con las declaraciones del Estado de Excepción como conmoción interior, y en la revisión automática que de ellas hace la Corte constitucional, ésta en diversas ocasiones ha privilegiado la parte organizativa sobre la Carta de Derechos. Así, por ejemplo, en la primera declaración del estado de excepción en 1992, en virtud a la supuesta “salida masiva” de presos que por períodos extremos soportaban la detención preventiva, la Corte avaló las razones del Ejecutivo: las fallas estructurales del aparato de justicia y su ineficiencia, debieron ser pagadas por los procesados. Se interrumpió la concesión de libertades y primó así el principio de autoridad, en su versión de supuesta “eficiencia” del sistema penal, sobre el principio de libertad.

De la misma manera, a través del ejercicio del nuevo constitucionalismo, la Corte ha impulsado una especie de *derecho penal promocional* que, afincado sobre la idea del Estado social de derecho, asume la tarea de promover o promocionar valores establecidos en la Carta. El derecho penal deja de ser así un sistema de contramotivación de conductas, para pasar a ser

un sistema de promoción de valores. Peligrosamente se deducen bienes *ad hoc* de la Carta Política y se funcionaliza el derecho penal en relación con la supuesta protección de esos bienes: el derecho penal termina asumiendo una función pedagógica que lo disfuncionaliza, lo coloca en manos de referencias morales y lo expande de manera incontrolable. Una de las consecuencias de ello es la superposición en la práctica entre las políticas públicas de tal manera que la política criminal termina absorbiendo la política social.

6. Juez constitucional y derecho penal de la Constitución

No obstante lo anterior, hay que destacar que el juez constitucional ha patrocinado, en mayor medida en sus fallos, un derecho penal de la Constitución. Ello debe verse en perspectiva revisando la historia de la emergencia: el derecho penal eficientista se ha consolidado en Colombia desde la expedición, en 1986, del denominado “Estatuto Nacional de Estupefacientes”. Se trató de un estatuto complejo a través del cual desde el marco global del narcotráfico, se criminalizan todo tipo de conductas que si bien se relacionan con ese delito, son de distinta gravedad y, en todo caso, son problemas de carácter social, económico o político. Como es el caso, por ejemplo, de la siembra de la hoja de coca por parte de campesinos y colonos. En 1988 se expidió el denominado “Estatuto Antiterrorista” y en los años siguientes se expidieron numerosos decretos de excepción que lo complementaban: detrás del gran terrorista comenzaron a ser inculcados actores, que si bien se veían involucrados en la violencia, no podían ser asimilados como terroristas. En 1990 se expidió un estatuto especial basado en la reserva de identidad de todos los participantes en el proceso penal, y cuya característica principal era

la restricción sistemática de derechos y garantías. Se trató del denominado "Estatuto para la Defensa de la Justicia". Este código de procedimiento especial paralelo de orden público recogía todas las conductas previstas en los estatutos especiales de emergencia anteriores. De esta forma se implantó en Colombia la denominada "justicia sin rostro", que pese a que debía tener una vigencia transitoria, desde el principio se perfilaba, no obstante, con una vigencia indeterminada.

El Estatuto sobrevivió a la nueva institucionalidad impuesta por la Constitución de 1991 y sus normas fueron evaluadas por la Corte Constitucional. Ésta, sometida a múltiples presiones, declaró constitucionales las figuras jurídicas de emergencia, pero trató de colocarles límites para mermar su impacto. En 1999 fue revisada la justicia secreta y suplantada por la Ley 504 de 1999, denominada "justicia especializada contra el crimen organizado". La Ley fue demandada ante la Corte y revisada en abril de 2000. La Corte declaró inconstitucionales diversos artículos con base en los cuales se había cometido toda suerte de arbitrariedades durante la década del 90 y estableció unas bases para pensar en la idea de un derecho penal de la Constitución hacia el futuro. De todas maneras, la Ley 504 tiene una vigencia de 8 años. Es decir, en Colombia permanece vigente una justicia paralela de orden público, como justicia penal eficientista.

7. El Garantismo Penal como una contribución a la paz

En la investigación más extensa que se elaboró sobre la justicia sin rostro, se comprobó un

hecho que los críticos del sistema de la justicia secreta habían advertido desde el principio: en ese modelo de justicia se irían a juzgar actores no realmente vinculados con el drama de la violencia desatada contra el sistema judicial por un actor específico, el narcoterrorismo urbano, que fue aquel que dio origen al Estatuto de Jueces sin rostro: el Estatuto confundió el delito político, el terrorismo, el crimen organizado, la delincuencia común y la movilización social desarrollada. El gran enemigo, que era el terrorista, sirvió de marco global de criminalización para otros actores. En un escenario tan descompuesto, como el colombiano, el derecho penal debe saber diferenciar de manera estricta. Toda indiferenciación produce más violencia de la que se quiere en principio combatir. Desde los trabajos pioneros de Herbert Jäger por ejemplo, se ha abordado el tema de la macroadelincuencia y se ha tratado de establecer los límites, tanto empíricos como normativos, de esa noción.³ En el caso colombiano, el manejo de dicho concepto ha sido, no obstante, muy caótico y muy coyuntural. Esa es una característica del derecho penal de enemigo: el enemigo es circunstancial y varía de acuerdo a los dramas de la coyuntura política y del conflicto armado. Además de ello, un modelo de derecho penal así, pronuncia los niveles de selectividad existente de hecho en el sistema penal. Así, se afirma en la investigación citada, que "por los resultados obtenidos del *seguimiento de expedientes* se encuentra que no se trataría tampoco de personas vinculadas con actividades políticas o militares propias de la delincuencia organizada. De la información existente en los expedientes revisados, se establece que una mínima parte de las personas tenían actividades en cuerpos de seguridad o militares (2.8%) y actividades

3 En 1998 se editó un texto, coordinado por Lüderssen, que aborda de nuevo el problema del crimen macro. Hay también una contribución de Jäger. Lüderssen, Klaus (editor), "Aufgeklärte Kriminalpolitik oder das Kampf gegen das Böse?", Band III. Makrodelinquenz, Baden-Baden, 1998, El texto clásico de Jäger, es: "Makrocriminalität: Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt", Frankfurt am Main, 1989.



políticas o guerrilleras (3.3%), que la mitad de las personas apenas había alcanzado el nivel de educación primaria, y otro 27% el nivel de educación secundaria. El nivel de ingresos no pasaba de ciento cincuenta mil pesos para el 80% de las personas”.⁴

Todo sacrificio de personas inocentes, en un escenario de conflicto generalizado, exacerbaba dicho conflicto, al mismo tiempo que exacerbaba la ya presente ambigüedad de las relaciones entre derecho y violencia. En última instancia, presupone una desinstitucionalización de la función penal que acentúa formas paraestatales del manejo del poder en una sociedad. Eso es lo que ha ocurrido con el derecho penal eficientista como derecho penal de enemigo. Los sistemas de excepción ya han cumplido su ciclo: es el momento de apostar por un derecho penal del ciudadano como derecho penal de la Constitución. Esta es la visión contraria a la vocación eficientista. Es una visión que reconoce que no existe una paz consolidada, pero advierte que el papel del derecho penal es restringido en función de una posible y costosa pacificación eficientista. Ese es el verdadero carácter de mínimo y de fragmentario que debe tener el derecho penal en el caso colombiano. Un derecho penal mínimo es aquel que no criminaliza los conflictos sociales y políticos, pues ello equivale, aunque suene paradójico, “a su *despenalización*, pues el eficientismo, al aumentar el número de

previsiones de la pena, aumenta también el número de eventos impunes, los cuales en un derecho penal normal, representan un porcentaje altísimo de todos los eventos penalmente relevantes”.⁵ Frente a la mera reproducción simbólica y a la autoafirmación puramente discursiva y decisionista de las decenas de normas que componen el derecho penal de emergencia, un derecho penal normalizado y restringido a la protección efectiva de los bienes jurídicos más caros a la sociedad, es más realista y menos demagógica. Todos los estatutos especiales que desde hace años se han expedido en Colombia han fracasado: los niveles de la criminalidad siguen aumentando mientras que, hablando el lenguaje de Luhmann, las expectativas se ven una y otra vez traicionadas. A cada expectativa social frustrada, sigue una decepción que va creciendo, mientras que el escepticismo social es proclive a la reproducción y promoción de sistemas paraestatales de justicia penal. La justicia penal debe estar en el Estado, pero de manera institucionalizada. Su institucionalización es equivalente al respeto de los derechos y garantías como presupuestos de un derecho penal de la Constitución. Esta es la mejor contribución a cualquier paz posible y en este esfuerzo es válida la convergencia de toda la comunidad jurídica: desde el derecho de los jueces y la instrucción diaria de los fiscales, hasta la modesta contribución de la academia.

4 Gabriel Ricardo Nemogá (director de la investigación), “*Justicia sin rostro. Estudios sobre justicia regional*”, U. Nal, Bogotá, pág. 143. Otro documento señala en que “la tipificación abierta y ambigua del delito de terrorismo ha contribuido a la ‘criminalización’ de sectores sociales y políticos ajenos al fenómeno terrorista”. Héctor Peña Díaz, “*Justicia regional: apuntes para una reforma inaplazable*”, en: documento en borrador, Bogotá, pág. 51. Finalmente, se encontró que se “criminalizan actividades legítimas de ciertos sectores de la sociedad. Por ello, sólo deberían ser juzgadas ante esta jurisdicción las personas que, para obtener decisiones judiciales favorables, presionaran mediante la violencia o amenazaran a los jueces o fiscales. Es este hecho real el que determinaría la ‘peligrosidad’ de los acusados y no la calificación genérica en la que se incluye, además de los ‘capos’ del narcotráfico y los altos dirigentes de la guerrilla, a sindicalistas, campesinos, comerciantes”. Juan Gabriel Gómez y Sonia Zambrano (editores), “*Violaciones a las garantías derechos fundamentales en la jurisdicción de orden público, hoy justicia regional*”, en: Comisión colombiana de Juristas, documento en borrador, Bogotá, 1995, página sin numeración, incluida en las “*Conclusiones y Recomendaciones*”.

5 Baratta, Alessandro, “*Política criminal. Entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos*”, en: Seminarios 9, Jurídicas, Bogotá, 1998, pág. 66.