

Editorial

Reflexiones para el Derecho penal a partir de algunos «partes de guerra»

A veces ocurren cosas frente a las cuales nos llenamos de incertidumbre, queremos voltear la cabeza hacia otro lado, dejar que todo siga su curso sin hacer nada, o sin hacer mucho. No se desea intervenir porque se trata de algo demasiado complicado; ni siquiera se sabría cómo hacerlo; o porque el fin es más importante que los medios frente a los que es mejor callar; o porque los resultados parecen mejores sin la intervención de la reflexión, mucho menos de aquella que implique al Derecho.

Hace pocas semanas los medios de comunicación nos bombardearon con la noticia de la muerte (por usar la palabra neutral que emplean los medios de comunicación) de Guillermo León Sáenz Vargas, más conocido como Alfonso Cano, en la operación "Odiseo" llevada a cabo en el Cauca (no podía esperarse menos, siendo éste "el golpe más grande que han sufrido las FARC en toda su historia"¹). Se utiliza el verbo bombardear por ser el primero que viene a la mente, reconociendo después que no podría pensarse en otra palabra, puesto que es el bombardeo lo que ocurre en esta situación y en gran parte de las otras que naturalmente se conectan a ésta, y que de manera menos natural se nos presentan como "los triunfos del Estado", representados en los siguientes "partes de guerra": la muerte de Víctor Julio Suárez Rojas, alias el Mono Jojoy, en la operación "Sodoma", realizada el 22 de septiembre

1 Revista Semana, N° 1540, 7-14 de noviembre de 2011: "La historia secreta de la caída de Cano".

de 2010; el bombardeo del 1 de marzo de 2008 en territorio ecuatoriano que causó la muerte a Luis Édgar Devia Silva, más conocido como Raúl Reyes, y a otras veinticuatro personas; así como –y éste es verdaderamente un episodio que daría lugar a muchas y necesarias reflexiones, incluso desde una perspectiva estrictamente jurídica– el pago de 2.700 millones de pesos, por parte del Estado colombiano, como recompensa a Pablo Montoya, alias Rojas, por “los hechos” relacionados con el homicidio que este hombre realizó el 5 de marzo de 2008 de Manuel Jesús Muñoz, alias Iván Ríos (y de su pareja, mientras ambos dormían), otro jefe guerrillero también perteneciente al máximo órgano de dirección de las FARC, el Secretariado².

Por supuesto, éste no es -desafortunadamente- un panorama exclusivamente colombiano. Basta pensar en los también recientes acontecimientos por los que con seguridad se recordará el año 2011: las muertes de Osama Bin Laden (anunciada el 2 de mayo de 2011) y de Muammar al Gadafi (ocurrída el 20 de octubre de 2011) junto a sus acompañantes. Ambos casos bastante discutidos y bastante polémicos, no sólo por las personas de las que se trata y por todos los debates políticos, ideológicos y económicos que subyacen a los temas de Al Qaeda y del régimen que se había implantado en Libia, como de los otros que han dado lugar a las denominadas “revueltas árabes” (temas que exceden en mucho las posibilidades de esta reflexión), sino por las que parecen ser las condiciones en que se les quitó la vida a estas personas: cuando, incluso sin mayores dificultades, hubieran podido ser capturados.

Como se decía, en todas estas situaciones que forman parte del paisaje cotidiano (aquél mediatizado, pues no se desconoce que haya miles de dramas como éstos que recaen en personas no famosas –y por ello más dramáticamente olvidadas- y de

2 Este último caso, como lo relataba el diario “El Espectador” en su edición del 8 de mayo de 2011, en un artículo titulado “*El ‘conejo’ de EE.UU. a ‘Rojas’ por matar a ‘Iván Ríos’*”, es bastante significativo frente a las reflexiones que aquí se realizan. Allí se afirmaba, a partir de unas revelaciones de Wikileaks: “Ríos era figura clave en el secretariado, ya que coordinaba todos los frentes del centro del país. El gobierno colombiano ofrecía por su cabeza una recompensa hasta de cinco mil millones de pesos. Pero, tras el episodio, se generó toda una controversia sobre si se le debía pagar o no la bonificación a Rojas, especialmente por la forma como entregó a su comandante, y si debían o no procesarlo por el homicidio. / Sin embargo, el debate parece que giró más a la luz de la estrategia militar que de la ley, pues sabían que pagar la recompensa y absolverlo por el crimen de Iván Ríos (igual las autoridades lo buscaban vivo o muerto) jugaría a favor del Estado en la guerra contra las Farc. Si lo hacía así, esto “podría alentar a más guerrilleros a desertar de las Farc”, indica el cable. Después del debate, “el 14 de marzo, el ministro de Defensa, Juan Manuel Santos (hoy presidente) decidió pagarle a Rojas \$2.700 millones por decir el sitio dónde estaba el cadáver, por haber entregado el computador de Ríos, memorias USB y otra información, pero no por el asesinato”, señala el despacho”. Además, aunque esto no fuera tan publicitado, sólo 10 días después se presentó un caso similar, de acuerdo al mismo diario “El Espectador” en su edición del 17 de marzo de 2008: un guerrillero conocido como “Santiago” mató a su comandante para luego presentarse ante las autoridades.

todo tipo de ideologías y bandos), los bombardeos son una constante. Bombardear significa tanto “arrojar bombas desde una aeronave” como “acosar, abrumar con algo” (según el diccionario de la RAE). En nuestro caso los dos significados se unen en una sola guerra (de cuya existencia, desde hace poco, a raíz de las declaraciones del presidente Santos, se puede hablar tranquilamente) que se adelanta en los frentes de batalla físicos y mediáticos. De los físicos ya se han dado suficientes ejemplos, de los mediáticos, basta abrir cualquier periódico en los días sucesivos a la muerte de Cano para comprobarlo, o recordar las propagandas que el mismo Estado sacó con gran rapidez para fomentar la deserción en las filas guerrilleras a partir de las consecuencias y las imágenes de los cuerpos destrozados. Pero claro, todos estos son partes de guerra, y en esa medida no tienen nada de raro.

Ahora bien, ¿qué sucede en el campo del Derecho? ¿Cómo diferenciar en un Estado en guerra, en el que se sigue aplicando normalmente el Derecho, cuándo nos encontramos ante un “acto de guerra” y cuándo ante un “delito”? ¿Cómo saber cuándo se actúa en aplicación del Derecho penal y de policía y cuándo en virtud de las “normas” de la guerra; o mejor dicho, en la anomia de la guerra en la que se reclama por un Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH)?

Por supuesto, hay tratadistas tanto de Derecho de guerra, como de DIH, que aportan a este debate; numerosos escritos entre los que estas breves reflexiones no se pretenden incluir, y a los que se puede acudir en cada caso para resolver estas dudas. Sin embargo, es importante que, incluso sin dedicarse al estudio profundo de estos temas, en la actividad diaria de quienes tenemos, de una u otra forma, algo que ver con las diferentes formas en las que el Estado pretende monopolizar el uso de la fuerza, se planteen inquietudes al respecto, y en el caso de quienes nos relacionamos directamente con el sistema punitivo, acerca de cómo pueda verse afectado el Derecho penal en un contexto como el nuestro.

Cuando se festeja la muerte de una persona³, hay claramente una serie de cuestionamientos morales y existenciales que hacerse, y éstos son fundamentales.

3 Esto es ya bastante conocido, pero pueden citarse dos declaraciones (entre tantas) para recordarlo: Por un lado, se informa en el diario “El Espectador” del 5 de noviembre de 2011 (artículo titulado “Hubo gente de las Farc en operativo contra ‘Alfonso Cano’: Santos”): “Para el mandatario, la muerte de ‘Alfonso Cano’ es un mensaje de “optimismo” pues “la gente está esperanzada en un mejor futuro y da un golpe positivo en la sicología de nuestros compatriotas”. Por otro lado, la Revista *Semana*, en su edición virtual (www.semana.com.co) del 1 de marzo de 2008, indicaba en cuanto al momento del operativo que terminó con la muerte de Raúl Reyes: “En el avión el Presidente [Álvaro Uribe] se mostró particularmente efusivo. Como en sus mejores ratos, cantó algunas canciones y se mostró muy sonriente. “Muchachos, no les puedo adelantar nada, pero en las próximas horas se va a producir una noticia muy buena para la paz de Colombia”, le dijo a su pequeña comitiva”.

Pero también cabe señalar como una de las urgencias para nuestra actividad científica, académica y práctica, la de analizar el Derecho penal en esa “particular” situación. Y esto es aún más evidente, si se parte de una visión –que por supuesto no es la única, pero sí la que personalmente se considera más adecuada- como la que plantea Zaffaroni⁴: la ciencia del Derecho penal sería al sistema punitivo lo que el DIH es a la guerra. En efecto, este autor sostiene que *“podemos definir el Derecho penal de la misma forma que el Derecho Internacional Humanitario, y concebirlo como un discurso para limitar, para reducir, para acotar y eventualmente, si se puede, para cancelar el poder punitivo”*⁵.

¿Se trataría entonces de acudir a la “tradicional” visión que entiende que el Derecho penal, como sistema punitivo, y también la guerra, son amargas necesidades inevitables? No. La guerra y el sistema punitivo podrían desaparecer; al menos así lo piensan muchas personas y se niegan a aceptar lo contrario. Pero nadie niega que hoy existan, y en nuestro caso, en Colombia, existen al mismo tiempo.

Desde una perspectiva garantista, la ciencia del Derecho penal puede ser vista como aquello que busca limitar el sistema punitivo, para tratar de llevarlo a lo mínimo que debe ser, como sostendrán algunos, o a la nada que, según otros, hay que alcanzar. Sin embargo, esa sociedad nuestra, en guerra, por estar en guerra no deja de acudir al sistema punitivo, ni ambos sistemas de violencia se encuentran separados. De aquí se deriva entonces la necesidad de pensar las influencias de la guerra en el Derecho y las del Derecho en la guerra.

En este último sentido, por ejemplo, surge una paradoja del siguiente hecho: dentro de las normas del DIH los Estados se obligan a implementar medidas que hagan efectivo el respeto de éste, y allí entra a asumir un rol –con las críticas que tenga o no- el sistema punitivo estatal: el Derecho penal. Pero claro, el Derecho penal, aunque se dirija –aún, al menos de manera principal, y al menos en Colombia- a establecer la responsabilidad personal, no excluye que el Estado, como todos, a través de la responsabilidad de sus

4 Este planteamiento puede leerse en el excelente artículo de Eugenio Raúl Zaffaroni, *¿Qué hacer con la pena? Las alternativas a la prisión* (transcripción de la ponencia en el encuentro internacional “La experiencia del penitenciarismo contemporáneo: aportes y experiencias”, celebrado el 26 y 27 de julio de 1993 en México D.F.), disponible en <http://www.psicopenal.org/pdf/quehacerconlapena.pdf> (consultado el 16 de noviembre de 2011), donde además afirma, p. 1: “Efectivamente, todas las teorías de la pena que se han enunciado son falsas, y todo lo que nos dice la ciencia social acerca de la pena nos muestra su multifuncionalidad, las funciones tácitas que no tienen nada que ver con las funciones manifiestas que se le quisieron asignar. De modo que la pena está ahí, ni modo, como un hecho político, como un hecho de poder, como un hecho que está presente y que no se puede borrar”.

5 Ibid., p. 2.

representantes, entre los que también se encuentra la fuerza pública (con o sin los tan discutidos fueros especiales) tenga también que respetar esas normas. Entonces, la contradicción mencionada consiste en entender que el DIH limita la guerra, y que la ciencia penal (desde la perspectiva antes mencionada) limita el sistema punitivo, pero que ese mismo sistema punitivo será –de acuerdo a lo que el mismo DIH pretende– lo que en gran parte limite la guerra.

Esta contradicción no es aparente, sino que obedece a la misma naturaleza de los instrumentos de los que hablamos. Sólo comprueba que, efectivamente, estamos frente a “remedios” (para quienes no tomen ni la guerra ni el sistema punitivo como realidades en sí mismas positivas) no ideales, porque no miran las verdaderas causas del conflicto sino sólo algunas de sus manifestaciones, y por ende, en el fondo, carecen de sentido. En últimas, en este plano, termina diciéndose que se trata de restringir una “guerra” con otra guerra diferente, que en todo caso está limitada por la ciencia penal. Así, la ciencia penal ve ampliado su ámbito de acción: mientras tenga que existir debido a la existencia del poder que pretende limitar, tendrá que poner frenos al sistema punitivo, tanto en su actuar tradicional como en su actuar dentro de la guerra.

Además de la necesidad de ser conscientes de esto, hay un elemento común que nos puede permitir adoptar una perspectiva que abra el debate también a sus más profundos problemas: los fundamentos de cómo enfrentar los conflictos, que son los mismos, y que se simplifican en la idea del castigo⁶, pasado por las leyes y los tribunales, o pasado por las armas directamente. Y en consecuencia, también, los excesos: los excesos del sistema punitivo, como los excesos propios de la guerra, y frente a éstos el DIH (sobre todo, como regulación del conflicto armado interno, el artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional II de 1977, así como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, especialmente en su art. 8) y la ciencia penal (o al menos, para quien no acepte esta visión, el sistema de garantías jurídico-penales).

El llamado es entonces a pensar nuestro Derecho penal desde la realidad en la que se encuentra: la guerra que lo desborda, pero también la guerra en la que él mismo pretende intervenir, sugiriendo que, en todo caso, trabajamos con elementos de limitación de la barbarie a través de la pena, y por ende con herramientas que parten

6 Sobre la idea del castigo como centro de nuestra sociedad a través del ejercicio de la violencia contra los chivos expiatorios, además de otras reflexiones en torno a esto sobre el sistema punitivo, y el penitenciario en particular, véase a Vincenzo Guagliardo, *Dei dolori e delle pene. Saggio abolizionista e sull'obiezione di coscienza*, Roma, Sensibili alle foglie, 1997, *passim*, de próxima publicación en castellano.

de una insalvable contradicción. Esta situación, a modo de símil, lo que nos plantea es que actualmente ante la violencia, en cualquiera de sus formas y proveniencias, estamos como atrapados en una habitación oscura con una pequeña ventana que tiene un vidrio (que sería para el caso el conjunto de instrumentos del DIH y la ciencia penal), el cual no rompemos pues no cabríamos por tan angosto espacio y en cambio a veces nos protege del frío, pero que tenemos que estar limpiando constantemente para que la luz pueda pasar (para que se respeten las garantías y los mínimos criterios humanitarios), aunque seamos conscientes de que lo mejor sería salir de allí (encontrar salidas que no pasen por el castigo), y que mientras no lo hagamos, tampoco podremos limpiar la ventana desde afuera, y por ello siempre, por más que nos esforcemos, estará sucia.

Anotación: Pocos días después de que se terminara de escribir esta editorial y justo antes de ser enviada para su impresión, los medios de comunicación dan cuenta de un hecho terrible que no hace sino reafirmar la urgencia de plantearse las cuestiones indicadas en el texto: se trata de la muerte, o del homicidio para ser más precisos, de tres soldados y un policía que se encontraban secuestrados por las FARC hace 10 años el que menos, y 14 el que más. Son Libio José Martínez, Édgar Yesid Duarte, Elkin Hernández y Álvaro Moreno.