

Institucionalización de la función penal y garantismo: dilemas hacia el futuro de la justicia penal en Colombia

Alejandro David Aponte*

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: éste 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 con-

* Profesor de derecho penal y de teoría del derecho.

dición 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 antes descrita. Según Von Trotha, "No obstante, al igual que toda forma del poder, es también aquella basada en el monopolio de la violencia, frágil y conflictiva, y las exigencias para que exista son tan grandes, que las condiciones de existencia, vistas desde el punto de vista histórico, no se encuentran aún realizadas. En los Estados occidentales, en los cuáles se cree que el monopolio se encuentra en su 'última etapa', la institucionalización del poder, basado en el monopolio estatal de la violencia, es actualmente en extremo precaria".¹

¹ Von Trotha, Trutz. "Ordnungsformen der Gewalt oder Aussichten auf das Ende des staatlichen Gewaltmonopols", en Brigitta Nedelmann con la colaboración de Thomas von Koepf (editor), *Politische Institutionen im Wandel*, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, pp.129 y ss.

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".² Es decir, aunque suene paradójico, se trata de una especie de organización paraestatal de la forma como se ejerce la violencia propia del poder. Surge una especie de sustitución del poder estatal por entidades paraestatales: se privatiza la función punitiva. Así "en el contexto de la desintegración paraestatal del monopolio estatal de la violencia, se disuelven por completo las fronteras entre las instituciones estatales y las operaciones privadas".³

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*. Ya se verá por qué se subraya aquí el hecho de ser *auténtico*. Esto, en razón a que se dan varias lecturas posibles de la Carta Política en relación con el derecho penal, con resultados paradójicos en los cuales se niega una característica que debe ser inmanente al nuevo constitucionalismo y que es el impulso a un derecho penal eminentemente garantista.⁴

² *Ibidem*, p.135.

³ *Ibidem*, p.146.

⁴ En un trabajo realizado con el propósito de pensar una forma de legitimar el derecho penal en el caso colombiano, se refuerza la idea de concebir el constitucionalismo en la perspectiva del garantismo: hay peligros del constitucionalismo que se derivan de una particular recepción que se ha hecho de él, la cual ha "terminado exacerbando los niveles de responsabilidad penal y proponiendo un derecho penal objetivo que en manera alguna constituye un derecho penal garantista y mínimo, es decir, un desarrollo del programa penal de la Constitución". Urbano, José. *La legitimidad del derecho penal. Equilibrio entre fines, funciones y consecuencias*, Bogotá, U. Externado de Colombia, 2001, p.37.

dición 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 confingente. 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 antes descrita. Según Von Trotha, “No obstante, al igual que toda forma del poder, es también aquella basada en el monopolio de la violencia, frágil y conflictiva, y las exigencias para que exista son tan grandes, que las condiciones de existencia, vistas desde el punto de vista histórico, no se encuentran aún realizadas. En los Estados occidentales, en los cuáles se cree que el monopolio se encuentra en su ‘última etapa’, la institucionalización del poder, basado en el monopolio estatal de la violencia, es actualmente en extremo precaria”.¹

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

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”.² Es decir, aunque suene paradójico, se trata de una especie de organización paraestatal de la forma como se ejerce la violencia propia del poder. Surge una especie de sustitución del poder estatal por entidades paraestatales: se privatiza la función punitiva. Así “en el contexto de la desintegración paraestatal del monopolio estatal de la violencia, se disuelven por completo las fronteras entre las instituciones estatales y las operaciones privadas”.³

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*. Ya se verá por qué se subraya aquí el hecho de ser *auténtico*. Esto, en razón a que se dan varias lecturas posibles de la Carta Política en relación con el derecho penal, con resultados paradójicos en los cuales se niega una característica que debe ser inmanente al nuevo constitucionalismo y que es el impulso a un derecho penal eminentemente garantista.⁴

² *Ibidem*, p.135.

³ *Ibidem*, p.146.

⁴ En un trabajo realizado con el propósito de pensar una forma de legitimar el derecho penal en el caso colombiano, se refuerza la idea de concebir el constitucionalismo en la perspectiva del garantismo: hay peligros del constitucionalismo que se derivan de una particular recepción que se ha hecho de él, la cual ha “terminado exacerbando los niveles de responsabilidad penal y proponiendo un derecho penal objetivo que en manera alguna constituye un derecho penal garantista y mínimo, es decir, un desarrollo del programa penal de la Constitución”. Urbano, José. *La legitimidad del derecho penal. Equilibrio entre fines, funciones y consecuencias*, Bogotá, U. Externado de Colombia, 2001, p.37.

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, ha generado posiciones antagónicas acerca de la función que debe asumir el derecho penal. De 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. Se tiene detenida "preventivamente" a una persona 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.*

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, baste 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. Derecho penal de emergencia y simbolismo eficientista

En el contexto del derecho penal eficientista se tiende a perder el equilibrio entre las funciones meramente simbólicas del derecho penal, y las funciones mediales o instrumentales en función de la solución de los problemas. Por ello, la práctica eficientista no sólo alimenta la incontrolable inflación penal, sino que simultáneamente alimenta el desconcierto del ciudadano común en relación con su petición angustiada de seguridad. No se trata de negar las realidades siniestras de situaciones de emergencia: se trata de criticar cómo la reacción legislativa, autodiscursiva y simbólica, meramente coyuntural, convierte la respuesta penal de emergencia, propia del eficientismo, en una especie de enfermedad endémica del derecho penal.

De una respuesta legislativa dura al terrorismo por ejemplo, se pasa a una respuesta endurecida a cada fenómeno que va surgiendo y el derecho penal termina desgastándose y expandiéndose, al mismo tiempo en que paradójicamente no se resuelven los problemas: el caso límite del secuestro es un buen ejemplo de ello. Una y otra vez se hace referencia a la necesidad de endurecer la respuesta penal, al mismo tiempo en que se desconoce que la protección de la libertad es precaria cuando dicha protección se hace de manera prioritaria a través de la norma penal. Es necesario impulsar una política integral y global de protección de los derechos de las personas. Dentro de ese marco de protección integral, el derecho penal juega un papel eminentemente subsidiario. Insistir en él es propiciar, con todas sus consecuencias, una decepción social cada vez mayor en relación con las posibilidades reales de solución de los conflictos: a mayor inflación penal, menor protección y seguridad del ciudadano.

Observando el eficientismo penal desde el punto de vista de la teoría sistémica por ejemplo, este modelo de derecho penal constituye un caso típico del “círculo vicioso de la respuesta a la desilusión, debida a la percepción de la ineficiencia de la respuesta penal a determinados problemas”.⁵ Así, desde la perspectiva de Luhmann, el eficientismo no responde de manera cognitiva, es decir, *aprendiendo*, sino que se empeña en permanecer apenas normativamente. No aprende, se niega a buscar respuestas más eficaces y se empeña en mantener prioritariamente la respuesta penal, a costa aún de los derechos y las garantías.

6. El simbolismo eficientista y la política como espectáculo

Hassemer hace relación al “engaño” en que se encuentra el ciudadano por parte del legislador, cuando éste persigue sobre todo afec-

⁵ Baratta, Alessandro. “Política criminal. Entre la política de seguridad y la política social en países de grandes conflictos sociales y políticos”, en *Ciencias Jurídicas Seminarios* 9, Bogotá, U. Javeriana, 1998, pp.64-65.

tos simbólicos, escapando a la finalidad concreta de protección de bienes jurídicos de aquél.⁶ A juicio por ejemplo de Alessandro Baratta, ello ocurre cuando la “eficiencia simbólica” de los valores constitucionales, que deben limitar la función punitiva, es reemplazada por el “simbolismo eficientista” propio de la política vivida como espectáculo. Según el autor, en el caso italiano –el cual conserva múltiples similitudes con el caso colombiano– la relación entre la política y el ciudadano en su demanda de seguridad y protección de bienes jurídicos, asume la “relación teatral entre actores y público. En cambio de ser el consenso social real sobre los valores constitucionales, la base de la legitimidad de la decisión legislativa, en el marco de una política como espectáculo se genera un proceso falso de legitimación que viene dado por el intercambio entre la ilusión de seguridad y los votos electorales”.⁷

Por todo lo anterior, se comprende que una de las mayores paradojas del derecho penal eficientista estriba no sólo en que éste produce una violación de los límites constitucionales de la función punitiva, sino que al hacerlo se hace mínima la eficiencia protectora de la norma penal: el derecho penal eficientista, al mismo tiempo que desconoce principios garantistas de la Constitución, desconoce el principio mismo de la eficiencia.

7. El derecho penal constitucional de enemigo

Desde un punto de vista histórico, 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

⁶ Hassemer, Winfried. “Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz”, en *NStZ*, 1989, volumen 12., pp.553-559.

⁷ Prólogo del Profesor Baratta al libro de Sergio Moccia, *La perenne emergenza*, Bari, 1997, p.XIV.

de enemigo. Pero otras instituciones han participado de su consolidación: por ejemplo 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 suya, como modelo de interpretación privilegiado, la dogmática de ponderación, ha impulsado la modulación de sentencias, ha activado la tónica y se ha alejado de la interpretación exegética. Pero en virtud de ese nuevo constitucionalismo la Corte también ha asumido un protagonismo excesivo en el ámbito penal y ha colaborado en algunas ocasiones 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 efficientista. En un ejercicio de ponderación ilimitado, el juez constitucional en diversas ocasiones 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, debido 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. Por fortuna para un derecho penal garantista, la misma Corte corrigió su posición y durante toda la década del 90, incluida la revisión constitucional que hizo de la ley que creó la justicia especializada contra el crimen organizado, la Corte ha buscado controlar los efectos de la detención preventiva, dando prevalencia al principio de libertad. También hay que reseñar el gran aporte que la Corte hizo, en los primeros años de funcionamiento, a un derecho penal más acorde con la Carta, al mermar los efectos en múltiples sentencias, de la denominada “justicia sin rostro”.⁸

8. Derecho penal promocional y modelo efficientista

De la misma manera, a través del ejercicio del nuevo constitucionalismo, la Corte ha impulsado una especie de *derecho penal pro-*

⁸ Para un análisis detallado de la función de la Corte en relación con el derecho penal y de manera general, para una reflexión sobre la tensión entre legalismo y constitucionalismo, puede consultarse: Aponte, Alejandro David. “Legalismo vs. Constitucionalismo: institucionalización de la función penal y superación de una antinomia”, a publicarse en el tercer volumen del *Observatorio de justicia constitucional* de la facultad de derecho de la U. de los Andes. Segundo semestre de 2001.

mocional 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.

9. Expansionismo eficientista: reflexión sobre algunas figuras del nuevo código penal

También es el legislador desde luego el que impulsa en la práctica un derecho penal expansivo y promocional que termina actuando de manera paradójica y negando en múltiples ocasiones los propios principios constitucionales que deben ser marco de referencia del derecho penal. Ya se ha expresado en este escrito: la falsa perspectiva de una protección de derechos fundamentales basada sobre todo en la imposición de la norma penal, en contra vía a una protección integral de los mismos, hace que la protección penal sea ineficaz. Ello no sólo ocurre con un derecho penal eficientista basado en la lógica de la excepción, sino que ocurre también con el derecho penal ordinario que termina siendo absorbido por una lógica criminalizante y expansiva. Así ocurre cuando se produce por ejemplo una superposición entre las políticas públicas, de tal manera que la política criminal termina absorbiendo la política social. Éste es un aspecto que cada día conserva mayor importancia sobre todo en razón a la incorporación de nuevas figuras delictivas en la legislación penal.

A propósito, no es este el espacio para adelantar una reflexión acerca de ciertas figuras adoptadas por el nuevo código penal. Mucho menos para hacer balances generales, ello merece espacios de-

dicados específicamente a ello.⁹ Sin embargo, en el contexto de lo expuesto hasta ahora, es importante señalar que en el nuevo código penal se han incorporado figuras legislativas que pueden propiciar en la práctica una confusión severa de las políticas públicas, de tal manera que la política criminal termine absorbiendo la política social. O, más grave aún, se puede impulsar todavía más un proceso que ya viene ocurriendo: la *criminalización* de la política social.

9.1. Criminalización de la política social

En el caso por ejemplo del delito de mendicidad consagrado en el artículo 231 y que pretende la protección de la familia. Este tipo penal induce a la pregunta siguiente: ¿Qué es lo que se pretende proteger: a quienes son, en una situación de miseria, utilizados para la mendicidad, o a los “ciudadanos de bien” que se ven afectados por una situación irregular que los amenaza? Según la redacción de la norma, que se refiere a quien “ejerza la mendicidad valiéndose de un menor de doce (12) años o lo facilite a otro con el mismo fin, o de cualquier otro modo trafique con él...”, se entendería que se pretende castigar a quien utilice a otro como instrumento de mendicidad, al mismo tiempo que se pretende proteger a quien es utilizado. Pero la aplicación en la práctica de una norma como ésta, que es paradigmática en la medida en que hay otras normas penales que traducen el mismo problema, depende del sentido con que frente al problema de la mendicidad, de la miseria, incluso del trabajo de menores que también está presente en este escenario, operen las políticas públicas

⁹ En una conversación personal con Carlos Arturo Gómez, quien intervino activamente en la redacción del nuevo código penal, el autor exponía que no era consistente una crítica en bloque al código, de tal manera que por la mera existencia de un número mayor de delitos, se le acusara como contrario radicalmente al principio deseable del derecho penal mínimo. Ello es cierto: es necesario un análisis contextualizado, que seleccione tipos penales específicos o grupos de tipos penales, que analice si hay contradicciones en ellos: si por ejemplo de un lado se expande el derecho penal, al mismo tiempo que se pretende conservar el derecho penal mínimo, etc.

en el marco de una visión integral de protección de los derechos. Si se da la confusión de las políticas públicas, se niega el sentido de la norma.

Dicha confusión opera sobre todo cuando “después de haberse olvidado una serie de sujetos vulnerables provenientes de grupos marginales o ‘peligrosos’ cuando estaba en juego la seguridad de sus derechos, la política criminal los reencuentra como *objetos* de la política social. Objetos, pero no sujetos, porque esta vez la finalidad de los programas de acción no es la seguridad de sus derechos, sino la seguridad de sus potenciales víctimas. Para proteger a esas personas, y no para propiciar a los sujetos que se encuentran socialmente en desventaja, el usufructo real de sus derechos civiles, económicos o sociales, la política social se transforma en *prevención social* de la criminalidad. Sujetos vulnerados o vulnerables que sufren lesiones actuales de derechos por parte del Estado y de la sociedad, como son las lesiones a los derechos económicos, sociales, se transforman en potenciales infractores de derechos fuertes de sujetos socialmente más protegidos”.¹⁰

En el escenario descrito, tiene lugar el peligro de la criminalización de la política social. A esa conclusión llega también Herzog por ejemplo, para quien el derecho penal se puede convertir en la “continuación de la política social con otros medios”.¹¹ Según el autor, actualmente, con el impulso a un derecho penal expansivo a instancia de lecturas constitucionales equivocadas en relación con el Estado social, “la modernidad del derecho penal aparece como un mito”.¹² La promesa del derecho penal como *ultima ratio* parece ser hoy una mentira. Con acierto se refiere el autor a la dominancia actual del

¹⁰ Baratta, Alessandro. Ob.cit. p.31.

¹¹ Herzog, Felix. “Nullum Crimen sine Periculo sociali oder Strafrecht als Fortsetzung der Sozialpolitik mit anderen Mitteln”, en Klaus Lüderssen (editor), *Modernes Strafrecht und Ultima-ratio Prinzip*, Frankfurt, 1990, pp.105-112.

¹² *Ibidem*, p.106.

concepto de riesgo (*das Risiko*). A través de la evolución histórica hacia dicha dominancia del concepto de riesgo –*el ser humano como riesgo*– se amenaza la subjetividad del sindicado. En consonancia con lo que en este trabajo se denomina derecho penal de enemigo, Herzog sostiene que el sindicado, visto ante todo como una amenaza, es reducido, a través de “una violencia institucional, a un mero *factor de riesgo*. La política criminal, en este contexto, deconstruye al individuo concreto de la intervención penal y lo convierte en un combinatorio de todos los factores posibles de riesgo”.¹³ Así, recogiendo lo dicho, el derecho penal se convierte en una continuación de la política social y de la política interna, a través de medios violentos.¹⁴

Volviendo al problema de la mendicidad, si en su aplicación se da la confusión entre las políticas públicas, entonces la protección de los más débiles no es real, pues ellos mismos, al ser siempre una amenaza potencial, pueden ser sujetos de criminalización simultánea de ciertas conductas suyas que están ligadas a la mismas condiciones de precariedad y de marginalidad en que viven. Incluso, tal como está redactada la norma, es posible que una madre, inducida por la miseria, sea penalizada por pedir limosna a través de sus hijos. Ello sería un contrasentido, si se piensa que el objetivo de la norma debería ser por ejemplo la penalización de mafias que utilizan comercialmente a menores indefensos en el marco de la mendicidad. No obstante, la conducta de la madre sería en todo caso típica de acuerdo con la prescripción de los verbos rectores de la disposición penal.

¹³ *Ibidem*, p.107.

¹⁴ Una de las consecuencias más claras de un derecho penal de enemigo, radica en la abstracción que éste hace del carácter de ciudadano del sindicado, es decir, el desconocimiento de su órbita inalienable de derechos y su castigo por fuera del pacto social: el sujeto de la acción penal es concebido como mera amenaza. Ver al respecto, Aponte, Alejandro David. *Guerra y derecho penal de enemigo. Aproximación teórica a la dinámica del derecho penal de emergencia en Colombia*, CIJUS. Bogotá, U. de los Andes, 1999, pp.32 y ss.

9.2. La urbanización ilegal: de la peligrosa indeterminación de los tipos penales

Paradójica es también la consagración de un tipo penal en extremo problemático y que puede situarse en contravía con una política estatal seria relacionada con problemas muy estructurales y hoy en día ligados a la situación de conflicto agudo que vive el país. Se trata del tipo penal de la urbanización ilegal, consagrado en el artículo 318 del nuevo código. Si bien se ha debatido ya acerca de sus alcances, y se trata de una norma que debe dirigirse sobre todo contra los urbanizadores piratas, la norma es en extremo indeterminada y contiene una consagración caótica de verbos rectores.¹⁵

El artículo trae una consagración peligrosa de circunstancias de agravación punitiva (se dice por ejemplo, que la pena se amplía cuando la parcelación, urbanización o construcción de viviendas, se haga en “zonas de alto riesgo o en zonas rurales”). Pero en zonas de alto riesgo es que actúan precisamente sujetos especialmente débiles que terminan siendo criminalizados en virtud de esta norma, acentuándose así los efectos perversos de una acción desesperada que tiene que ver con circunstancias extremadamente complejas que exceden el marco de regulación del derecho penal. Lo mismo sucede con las zonas rurales.¹⁶

¹⁵ En una sentencia de la Corte Constitucional en la cual se revisó la constitucionalidad de los art. 1 y 2 de la Ley 308 de 1996 relacionada con la invasión de tierras y la urbanización ilegal, la Corte al declarar la constitucionalidad, estableció que el castigo de estas prácticas tiene su fundamento en la “necesidad de protección de la comunidad, que puede ser afectada, como en incontables ocasiones lo ha sido, por personas inescrupulosas que, so pretexto de adelantar programas de vivienda o construcción en ciudades y poblados, recaudan, sin ningún control y de manera masiva, grandes sumas de dinero, generalmente aportadas por personas de escasos recursos que pretenden, de buena fe, solucionar así sus problemas de habitación”. Sentencia No. C-157 de 1997.

¹⁶ La Corte Constitucional ha visto este problema y ha tratado de darle claridad a las normas que lo regulan, al diferenciar el negocio de inescrupulosos, de la necesidad de las personas: no se trata de incriminar a las “personas que se encuentran en estado de necesidad impostergable, en especial cuando deben dar abrigo y protección a niños o personas de la tercera edad”. Corte Constitucional, Sentencia No. C-157 de 1997.

Hoy en día, con un problema tan grave como es el desplazamiento forzado, la toma de tierras por parte de una familia de desplazados, puede ser tematizada erróneamente en el contexto de esta norma, cuando el precepto no debería dirigirse contra este tipo de actores. Una norma como ésta no reduce complejidad, para hablar el lenguaje de Niklas Luhmann. Precisamente, la extrema complejidad de fenómenos sociales, políticos y económicos, requiere y exige el aumento de la complejidad de los mecanismos institucionales para resolverlos; no se trata de desconocerlos, sino de operar frente a ellos con mecanismos consistentes. El autor citado ha indicado que “solamente la complejidad puede reducir complejidad”.¹⁷

La consistencia dogmática es una exigencia de grado de complejidad institucional loable para afrontar los problemas. El tipo penal que se cita, al tener 10 verbos rectores, que se encuentran a su vez relacionados con otras conductas ligadas a ellos en un modelo descriptivo confuso, obra en la práctica como un sistema generalizado de criminalización abierta. A esto se suma, como ocurre con múltiples normas sobre todo en la legislación de emergencia, que la norma contiene verbos que en sí mismos parecen hacer alusión a dispositivos amplificadores del tipo penal: al mismo tiempo que el artículo se refiere por ejemplo a “desarrollar” o “adelantar” la parcelación o urbanización de inmuebles sin los requisitos legales, se refiere a quien *colabore* a ello. Esta última acción parece referirse más al fenómeno de la complicidad, que a una conducta autónoma contenida en un verbo rector.¹⁸

¹⁷ Luhmann, Niklas. *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt, 1996, p.49.

¹⁸ Ésta es una observación discutida con José Urbano, quien también participó en la elaboración del nuevo código penal, en el marco de una reflexión acerca del problema de la inconsistencia dogmática en figuras críticas del nuevo código penal que pueden ocasionar en la práctica un efecto paradójico y no buscado por sus gestores.

No huelga hacer referencia, a propósito de la urbanización ilegal, que la noción de “requisitos legales” puede ocasionar el efecto perverso, pero muy propio también de un derecho penal expansivo, de que la norma penal induzca, paradójicamente, a la comisión de las conductas que ella misma pretende prohijar: el lleno de los requisitos para construir inmuebles, en un país sin políticas públicas consistentes para ello, puede llegar a ser en extremo gravoso, de tal manera que se disuade fácilmente una práctica legal. En este sólo hecho se puede sintetizar lo dicho a propósito de cómo la norma penal apenas alcanza a tener un efecto muy subsidiario dentro de una política –no como espectáculo– global e integral de protección de derechos.

10. El garantismo penal como una contribución efectiva a un propósito de paz

En la investigación más extensa que se elaboró sobre la justicia sin rostro, modelo institucional en el cual se concretó la justicia penal de emergencia en la década del 90, 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 aquél 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 desarmada. 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 Macrodelincuencia y se ha

tratado de establecer los límites, tanto empíricos, como normativos, de esa noción.¹⁹

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 de los múltiples conflictos sociales y políticos. Además de ello, un modelo de derecho penal así, acentúa los niveles de selectividad existentes de hecho en el sistema penal. De esta manera, 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 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”.²⁰

¹⁹ En 1998 se editó un texto, coordinado por Lüderssen, que aborda de nuevo el problema de la macro-criminalidad. Hay también una contribución de Jäger. Klaus Lüderssen (editor) *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder das Kampf gegen das Böse?*, volumen III. Makrodelinquenz, Baden-Baden, 1998, El texto clásico de Jäger, es: *Makrokriminalität: Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Frankfurt, 1989.

²⁰ Nemogá, Gabriel Ricardo. (Director de la investigación). *Justicia sin rostro. Estudios sobre justicia regional*, Bogotá, U. Nal, p.143. Otro documento señala que “la tipificación abierta y ambigua del delito de terrorismo ha contribuido a la ‘criminalización’ de sectores sociales y políticos ajenos al fenómeno terrorista”. Peña Díaz, Héctor. *Justicia regional: apuntes para una reforma inaplazable*, documento en borrador, Bogotá, p.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

Todo sacrificio de personas inocentes, en un escenario de conflicto generalizado, exacerba dicho conflicto, al mismo tiempo que exacerba 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, así continuemos hoy con una "justicia especializada contra el crimen organizado" creada por la Ley 504 de 1999 y acotada en sus efectos nocivos por la Corte Constitucional en sentencia 392 de 2000. Es el momento de apostar por un derecho penal del ciudadano como auténtico 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. Allí radica 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".²¹

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 nor-

"capos" del narcotráfico y los altos dirigentes de la guerrilla, a sindicalistas, campesinos, comerciantes". Gómez, Juan Gabriel y Zambrano, Sonia (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".

²¹ Baratta, Alessandro. Ob.cit. p.66.

malizado 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 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 desinstitucionalizados 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: ello es condición de su propia eficacia. Por ello, la verdadera eficacia del sistema de justicia penal es la legitimidad. Es decir, el respeto a los derechos y garantías. A la mera razón instrumental, debe oponerse la razón valorativa. Esta sería la mejor contribución a cualquier propósito de paz posible y en este esfuerzo es válida la convergencia de toda la comunidad jurídica: desde el derecho legislado y la labor interpretativa que se debe emprender para limitar constitucionalmente las normas, hasta el derecho de los jueces, la instrucción diaria de los fiscales, y la modesta contribución de la academia.