

# Algunas visiones sobre la crisis de la administración de justicia

*Julio González Zapata\**

A la memoria de J. A. P. M. cuya persecución y posterior asesinato, me ayudaron, más que muchos libros, a comprender algunas de estas cosas

## INTRODUCCIÓN

En este trabajo se presentan algunas visiones sobre la denominada "crisis" de la administración de justicia penal en Colombia. No es un trabajo de investigación que aporte algo nuevo al conocimiento en esta materia, ni pretende un recorrido exhaustivo (tarea de todas maneras casi imposible hoy en día) sobre el tema. A lo sumo, se trata de un ensayo sobre la administración de justicia penal colombiana que busca catalogar visiones e introducir algunos elementos de la obra de MICHEL FOUCAULT que pudieran ser útiles en una discusión que parece varada en un atolladero sin salida, hace mucho tiempo.

La importancia del tema no tiene necesidad de ninguna apología. Ha figurado en la agenda de los gobiernos y de los políticos, ha ocupado amplio espacio en la reflexión académica, ha preocupado a la opinión pública, es tema privilegiado en los medios de comunicación y figura, incluso, en la propuesta de las negociaciones de paz entre el gobierno y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) que se ini-

\* Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

ciaron formalmente el 7 de enero de 1999. Como puntualiza GERMÁN SILVA GARCÍA, "Las fórmulas se suceden unas a otras, propuestas improvisadas de reforma constitucional, decretos expedidos al amparo del estado de sitio para conjurar apresuradamente la crisis de turno, proliferación de compañías de seguridad privada, aumento de los recursos y del pie de fuerza de los organismos de seguridad del Estado, procreación (*sic*) de autodefensas o grupos paramilitares, expedición de nuevos códigos y, otra vez, reformas a los que eran los nuevos códigos. No obstante, la situación permanece invariable e inmodificada"<sup>1</sup>.

Si bien es cierto que este texto citado es anterior a la Constitución de 1991, con la cual se introdujo la que probablemente ha sido la mayor reforma a la justicia en Colombia (con la creación de la Fiscalía General de la Nación, la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la acción de tutela, las acciones populares, el mandato de preferir la justicia material a la justicia formal), las palabras del autor siguen teniendo validez y casi ninguno de los problemas y de las dificultades que se señalaban, han sido modificadas y aun es posible suponer que las cosas han empeorado<sup>2</sup>.

La crisis de nuestra administración de justicia no es nada nuevo. Probablemente desde el siglo pasado estemos hablando de ella; una comparación de las diversas razones que se han aducido para las grandes reformas de la justicia penal en el presente siglo, estén amparadas en las mismas razones: su ineficiencia, el aumento de la criminalidad, la necesidad de unos castigos más drásticos, una impunidad insoportable, etc.

Sin embargo, los diagnósticos sobre la justicia penal, que esas razones implican, no parecen pertenecer solo a nuestra realidad y a este momento. FERRI, hace muchas décadas, señalaba: "los cambios [...] dieron resultados desastrosos, a saber: aumento continuo de la criminalidad y de la reincidencia con formas y asociaciones de delincuencia habitual y profesional en los centros urbanos o en los latifundios aislados, aumento considerable de la delincuencia de los menores y las mujeres, prisiones más cómodas que las casas de los pobres honrados, agravación financiera de los contribuyentes, defensa ineficaz respecto de los más peligrosos delincuentes y pérdida de muchos condenados menos peligrosos que podrían haber sido reutilizados como ciudadanos aptos para la vida honrada de trabajo"<sup>3</sup>.

Para efectos del desarrollo de este trabajo, se tomarán textos relativamente nuevos que referidos a esta problemática desde finales de la década de los ochenta y hasta lo que va de la década de los noventa, con el fin de aproximarnos al estado del debate sobre la justicia penal en Colombia.

<sup>1</sup> GERMÁN SILVA GARCÍA *¿Será Justicia?*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, pág. 19.

<sup>2</sup> Véase a ÁLVARO VARGAS, *La Fiscalía General de la Nación desde el "Sueño de la mariposa"*, Ibagué, Edit. Gente Nueva, 1998.

<sup>3</sup> ENRICO FERRI, *Principios de derecho criminal, delincuente y delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia*, trad. de José Arturo Muñoz, Madrid, Edit. Reus, 1933, pág. 37.

## 1. LA VISIÓN OFICIAL: ENTRE LA EFICACIA BUSCADA Y LA INEFICACIA ENCONTRADA

Sobre este punto, creo que hay dos personas cuyo trabajo probablemente condense la visión oficial sobre la administración de justicia en Colombia en los años recientes: JAIME GIRALDO ÁNGEL<sup>4</sup> y NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA<sup>5</sup>. Ambos fueron ministros de justicia, el primero en el gobierno de César Gaviria Trujillo (1990-1994) y el segundo en el de Ernesto Samper Pizano (1994-1998).

GIRALDO ÁNGEL fue protagonista visible en la instrumentalización de medidas tan importantes como la entrega de los narcotraficantes a la justicia, la justicia sin rostro y la ley de descongestión judicial. MARTÍNEZ NEIRA abanderó el tema de la seguridad ciudadana, plasmada, inicialmente, en el decreto 1410 de 1995 y después en la ley 228 del mismo año.

La tesis de GIRALDO ÁNGEL se concreta en la idea de que la crisis de la administración de justicia obedece a una mala administración, debido a la gran cantidad de asuntos que deben tramitar los jueces. Por lo tanto, la solución es dejar que los conflictos menos importantes pasen a ser decididos por la comunidad mediante mecanismos como la conciliación y los jueces de paz. Para MARTÍNEZ NEIRA, el problema de la justicia radica en la falta de una visión gerencial, cuya carencia impide que se convierta en algo productivo, incluso, desde el punto de vista económico.

En un foro organizado por la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos en 1991 se presentaron algunos trabajos que pueden considerarse como un adecuado resumen de lo que desde el sector oficial se entiende por la crisis de la administración de justicia en Colombia. "La experiencia de los últimos años demuestra que no han sido eficaces las políticas tendentes a reducir la criminalidad, a conjurar las perturbaciones del orden público y en general a hacer posible el mandato constitucional de una pronta y cumplida justicia"<sup>6</sup>.

Este ya es un texto concordante con el momento de la expedición de la Carta Política de 1991. Una conclusión que se produce cuando todavía se contaba con algún optimismo sobre lo que en la vida colombiana pudieran significar las nuevas instituciones. Sin embargo, este diagnóstico, que en parte arrastraba la realidad anterior al fenómeno constituyente, sigue conservando gran validez, como si las normas e institu-

<sup>4</sup> JAIME GIRALDO ÁNGEL, "La impunidad en Colombia y sus soluciones: desjudicialización, instrumento para combatir la impunidad", en HÉCTOR PEÑA DÍAZ, ed., *Justicia, derechos humanos e impunidad*, Santa Fe de Bogotá, D. C., Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, 1991; "La solución extrajudicial de los conflictos", en *Justicia y desarrollo. Agenda para el siglo XXI*, Santa Fe de Bogotá, Ministerio de Justicia y del Derecho, 1995.

<sup>5</sup> NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA, "Justicia para la gente. Una visión alternativa", "La modernización de los sistemas judiciales", en *Justicia y desarrollo. Una agenda para el siglo XXI*, Santa Fe de Bogotá, Ministerio del Derecho y la Justicia, 1995.

<sup>6</sup> HÉCTOR PEÑA DÍAZ, "La impunidad: apenas la punta del Iceberg", en HÉCTOR PEÑA DÍAZ (edit.) *Justicia, derechos humanos e impunidad*, Santa Fe de Bogotá, Consejería Presidencial de los Derechos Humanos, 1991, pág. 10.

ciones creadas y puestas en marcha, no hubieran tenido ninguna capacidad para incidir en la realidad. Incluso, fenómenos como la impunidad, el paramilitarismo, la violación de los derechos humanos, en lugar de haberse controlado, parecen haber crecido hasta límites irracionales.

Hoy como ayer, se siente que el problema de la administración de justicia penal en Colombia es demasiado grave y la impunidad sigue siendo percibida como una de sus manifestaciones más lacerantes. "De todos modos, los efectos de la impunidad de las conductas delictivas son tan graves para la sociedad, que se requieren un conjunto de medidas urgentes para reducirlos significativamente, y es allí, en ese 'espacio de decisión', donde las reformas a los procedimientos que tiendan a hacer más ágil y expedita la administración de justicia tienen un claro sentido; donde el reforzamiento de la seguridad de jueces y testigos aparece como necesario; donde el desarrollo de mecanismos de desjudicialización para la solución de conflictos confirma su validez; donde el mejoramiento del presupuesto para la rama jurisdiccional tiene un papel que jugar; y principalmente, donde políticas integrales como el proceso de paz con los grupos insurgentes y el tratamiento represivo del narcotráfico y los grupos paramilitares pueden cumplir un objetivo concreto: construir canales dentro de la legalidad para la solución pacífica de los conflictos entre distintos sectores sociales"<sup>7</sup>.

El panorama de lo que se consideran causas de la crisis de la administración de justicia y el recetario de posibles soluciones, podría presentarse esquemáticamente como sigue:

a) *Procedimientos engorrosos y dilatados que deben ser reemplazados por otros ágiles y expeditos*

Esta es una vieja idea que no siempre se ha quedado en el papel. De hecho, en Colombia se han ensayado procedimientos que se suponen ágiles y expeditos, pero que no han dado resultados positivos o, mejor, apenas han podido dilatar los procesos y, sobre todo, anular los derechos y garantías de los ciudadanos. La justicia penal militar, por ejemplo, se utilizó durante mucho tiempo para juzgar a ciertos civiles, con el argumento de que era más rápida y eficiente. La realidad demostró que los procesos penales eran mucho más dilatados que los procesos ordinarios<sup>8</sup>. Así mismo, para cierta clase de hechos punibles (actualmente para los delitos de secuestro y extorsión y las contravenciones) se han ensayado procesos "abreviados" que además de vulnerar los derechos de los sindicados no permiten verificar su justificación de eficacia.

b) *Inseguridad de jueces y testigos*

Sobre esto también se ha trabajado. Se puso en marcha la llamada justicia sin rostro como el instrumento adecuado para acabar con el narcotráfico, el terrorismo, la

<sup>7</sup> *Idem, ibidem*, pág. 11.

<sup>8</sup> JAIME CAMACHO FLÓREZ, "La duración real de los consejos verbales de guerra", Informe presentado al VI Encuentro Nacional de Profesores de Criminología, citado por EMIRO SANDOVAL HUERTAS, *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Edit. Temis, 1985, pág. 87.

delincuencia organizada y para garantizar la seguridad de los jueces y demás participantes en el proceso. El resultado ha sido una justicia ineficiente para controlar los fenómenos para los cuales fue diseñada<sup>9</sup>. Ni siquiera la seguridad de los jueces se pudo garantizar, y en cambio, se configuró y aplicó una justicia aún más selectiva, una justicia drástica para los "peces pequeños" del narcotráfico<sup>10</sup>.

c) *Concentración de conflictos que pueden perfectamente desjudicializarse*

Sobre esto se ha legislado de manera abundante<sup>11</sup>. Sin embargo, los resultados no parecen ser satisfactorios. Por un lado, porque el Estado ha sido sumamente incoherente en estos asuntos y al tiempo que desjudicializa algunos conflictos, judicializa una gran cantidad de asuntos familiares<sup>12</sup>, ambientales, tributarios<sup>13</sup>, que anteriormente estaban en manos de otras instancias. La conciliación, por otra parte, no parece haber sido la panacea que se pensó cuando se le puso en marcha<sup>14</sup>.

d) *El problema del presupuesto de la rama judicial*

Una de las medidas que tomó el gobierno de César Gaviria, fue, precisamente, aumentar considerablemente el presupuesto de la rama judicial. La Carta Política, incluso, le dio autonomía presupuestal a la rama judicial, otorgándole su dirección al Consejo Superior de la Judicatura. Los sueldos de los servidores judiciales tuvieron también un incremento considerable. Sin embargo, los resultados no parecen ser satisfactorios: los conflictos laborales de los funcionarios de la administración permanecen iguales o se incrementan y los mayores recursos parecen no haber modificado sustancialmente una organización que mantiene altos grados de burocratización y que inclusive ha llegado simplemente a aspirar a cumplir una justicia de "formato"<sup>15</sup>.

<sup>9</sup> De hecho, si algo han obtenido las autoridades colombianas en su lucha contra el narcotráfico, ha sido a nivel policial y militar, pero no judicial. Los procesos contra los grandes 'capos' no se pudieron realizar (caso Pablo Escobar) y muchos de los capturados llevan años detenidos sin que se les haya podido resolver su situación.

<sup>10</sup> Para una completa evaluación de la justicia sin rostro, véase a GABRIEL RICARDO NEMOGÁ, *Justicia sin rostro. Estudios sobre la justicia regional*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales, Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales "Gerardo Molina" [Unijus], Santa Fe de Bogotá, 1996.

<sup>11</sup> Véase, entre otras, ley 23 de 1991 y ley 446 de 1998.

<sup>12</sup> Ley 294 de 1996, que no solo congestionó los despachos penales, sino también los de familia. Véase a MARTHA LUCÍA HENAO QUINTERO, "La ley 294 de julio de 1996. De la violencia intrafamiliar a la congestión judicial", en *Berbiquí, Revista del Colegio de jueces y fiscales de Antioquia*, núm. 6, Medellín, 1997, págs. 36 a 38.

<sup>13</sup> Como en la reciente reforma tributaria; además, en la lucha contra el contrabando y la evasión se asume un lenguaje cada vez más militar; decomisos, operativos, grupos élite, presunciones, etc. Ley 488 de 1998.

<sup>14</sup> Una posición crítica sobre esto la abandera el profesor DARÍO GONZÁLEZ VÁSQUEZ, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia. Conversaciones informales.

<sup>15</sup> "[...] gracias a la generalizada usanza de formas preimpresas relativas a las diferentes diligencias practicables y providencias expeditas en el proceso penal, a la Fiscalía le cabe el discutible «horror» de haber impuesto la justicia de formato". ÁLVARO VARGAS, op. cit., pág. 66.

- e) *La necesidad de políticas integrales para el tratamiento del problema de la paz y tratamiento de equilibrio para los grupos de narcotraficantes y paramilitares*

Estos dos temas son tal vez en los que habría que dar un compás de esfera. Desde 1991, los sucesivos gobiernos en lugar de tener una política integral de paz, han tenido una de guerra; la actitud frente a los grupos paramilitares, es, sin lugar a dudas, el gran lunar para los últimos gobiernos, que siempre se han debatido entre una condena retórica y una ineficiencia absoluta al momento de enfrentarlos.

## 2. EL CAMBIO DE LA CLIENTELA

Es interesante observar que para autores como HÉCTOR PEÑA DÍAZ, el problema no radica, solamente, en el funcionamiento de la administración de justicia, caso en el cual las recetas anteriores, serían válidas, sino que también hay otros problemas, frente a los cuales las soluciones ya no parecen posibles.

En primer lugar, el aparato de justicia está atascado y aunque solo "maneja" el 20% de los delitos que se cometen<sup>16</sup>. "La situación pone de presente el problema de la criminalidad oculta, es decir, aquella que por diversas razones no llega al conocimiento de las autoridades y que constituye aproximadamente el 80% de los delitos cometidos en la realidad"<sup>17</sup>.

En segundo lugar, se acepta que un funcionamiento más eficiente del sistema penal, lo llevaría al colapso total: "Pero más allá de esta enorme obstrucción que de ser «resuelta»<sup>18</sup> colocaría el aparato de justicia al borde del colapso total y de las causas visibles del porqué la gente no denuncia (ineficacia de los procedimientos, creencia en la venalidad de los jueces, miedo, etc.) se infieren unas causas de fondo..."<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Es bueno insistir en que aquí no tenemos un problema colombiano: "El análisis hecho en los últimos veinte años por parte de criminología crítica ha descrito los términos de este fracaso, recogiendo los aspectos de disfuncionalidad de la justicia penal; desde la fragmentariedad en la defensa de los intereses individuales y generales, hasta la selectividad en la represión, demostrando que los programas de acción del sistema de la justicia criminal cumplen sus objetivos en un porcentaje que, para ser generosos, no supera el 5%. Existe quien, quizás más apegado a la realidad, valora la eficacia de la acción represiva por debajo del 1%, que sería como si un sistema sanitario en un Estado moderno funcionara para no más del 5% de los potenciales usuarios. ALESSANDRO BARATTA, *Política criminal. Entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos*, Foro de Política Criminal, Santa Fe de Bogotá, agosto 20 a 22 de 1996. Mimeo.

<sup>17</sup> HÉCTOR PEÑA DÍAZ, *op. cit.*, pág. 12.

<sup>18</sup> En cualquier caso este no es problema solo en Colombia: "la criminalidad no es un comportamiento de una minoría restringida, como quiere una difundida concepción, sino, por el contrario, el comportamiento de amplios estratos o incluso de la mayoría de los miembros de nuestras sociedades". ALESSANDRO BARATTA, *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, trad. de Álvaro Bunster, México, Siglo XXI Editores, pág. 103. Una pregunta ineludible aquí es la siguiente: si con la ineficiencia del sistema penal, tanto la policía, los fiscales, los jueces y las cárceles, ven avasallada su capacidad de actuación por una demanda muchas veces superior en cuatro o cinco veces sus posibilidades, ¿qué sucedería en caso de que mostraran un mayor grado de eficiencia?

<sup>19</sup> HÉCTOR PEÑA DÍAZ, *op. cit.*, pág. 12.

En tercer lugar, lo más importante tal vez en este diagnóstico propositivo es que se adivina un modelo penal absolutamente equivocado en sus objetivos: "...el modelo penal y sus agentes están ubicados, no para reprimir a fondo la gran delincuencia que roba los dineros públicos, que defrauda la confianza de miles de ahorradores, que asesina a líderes políticos, que ejerce una gran violencia contra la sociedad<sup>20</sup>, sino para controlar la expresión (legal o ilegal) de grandes sectores sociales, vulnerables y desprotegidos, que son los clientes habituales de las cárceles colombianas"<sup>21</sup>.

Esta preocupación por el tipo de "delincuencia" que debería ser objeto de la persecución penal en Colombia, es algo compartido por amplios sectores políticos y académicos. Una importante corriente<sup>22</sup> propugna abandonar la lucha contra la pequeña delincuencia y, en cambio, concentrar los esfuerzos en lo que ahora se considera la gran delincuencia: narcotraficantes, violadores de los derechos humanos, depredadores del medio ambiente, corruptos, etc.

Este fenómeno lo podríamos llamar "la búsqueda del cambio de clientela". Un "cambio de presos" difícilmente va a resolver algunos de los problemas de la justicia penal colombiana y, con toda seguridad, ninguno de los problemas del país.

Esta "propuesta" sobre el sistema penal colombiano, se ancla en las mismas ideas que sus propulsores denuncian del actual: creer que el delito y el delincuente son hechos previos a la actividad legislativa y judicial y que, por tanto, ahora sí, va a ser posible saber objetivamente, cuáles son verdaderamente los delitos graves y cuáles son meras bagatelas.

Cuando menos habría que decir que caminan en dirección contraria a doctrinas criminológicas tan reconocidas y referidas hoy en día, como el etiquetamiento: "Esta dirección de investigación (el *labelling approach*) parte de considerar que es imposible comprender la criminalidad si no se estudia la acción del sistema penal que la define y que reaccionar contra ella, comenzando por las normas abstractas hasta llegar a la acción de las instancias oficiales (policía, jueces, instituciones penitenciarias) que las aplican. [...] La criminología positivista, y en buena parte la criminología liberal contemporánea, piden prestado al derecho y a los juristas sus definiciones del comportamiento criminal, y estudian este comportamiento como si su cualidad criminal existiera objetivamente. De igual modo y al mismo tiempo, ambas dan por descontado que las normas y los valores de la sociedad que los individuos transgreden, o de los que se

<sup>20</sup> Más adelante se tocará el tema de los objetivos de la administración de justicia en Colombia. Sin embargo, es bueno considerar, desde ya, el alcance de estas insinuaciones de PEÑA DÍAZ. En principio, no parece proponer algo diferente a un cambio de clientela del sistema penal y lo que habría que preguntarse es hasta dónde, por ejemplo, procesos como el famoso 8.000, el cual efectivamente se adelantan acciones judiciales contra los que parecían intocables, pueda realmente proponerse como modelo de justicia en Colombia.

<sup>21</sup> HÉCTOR PEÑA DÍAZ, *op. cit.*, pág. 19.

<sup>22</sup> Véase a FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, parte general, 3ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1997, pág. 78.

desvían, son susceptibles de compartirse universalmente, válidos en el nivel intersubjetivo, racionales, presentes en todos los individuos, inmutables, etc.”<sup>23</sup>.

Esta misma línea supone que el Estado colombiano ha carecido de una política criminal clara y que, por lo tanto, su política se ha reducido a una reacción espasmódica y coyuntural frente a algunas situaciones dramáticas como asesinatos de grandes personalidades, masacres, terrorismo, etc. Entre otros, el mismo PEÑA DÍAZ da por sentado este hecho: “Dichas políticas represivas han sido más bien reacciones instintivas de los gobiernos ante los agravamientos de las acciones delincuenciales [sic] pero no unas verdaderas estrategias que consulten los elementos estructurales del fenómeno criminal”<sup>24</sup>.

Sin embargo, como se verá más adelante, el solo hecho de que sea tan poco sostenible hablar de una crisis de la administración de justicia en tanto la crisis misma hace parte del normal funcionamiento del sistema penal colombiano, esa caracterización (el sistema penal colombiano como un sistema de reacción coyuntural) carece de todo valor<sup>25</sup>, pues lo que revela un estudio histórico del sistema penal colombiano es su gran coherencia para violar derechos de los individuos, desconocer el debido proceso, atentar contra las libertades públicas y apuntalar un régimen autoritario.

### 3. LA CRISIS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EXPLICADA EN TÉRMINOS DE DESVIACIÓN E INSTRUMENTALIZACIÓN

Creo que se puede encontrar una variante a este modo de percibir la crisis de la administración de justicia. Algunos consideran que más allá de los problemas ya enunciados (procedimientos dispendiosos, inseguridad para jueces y testigos, dificultades administrativas, penurias presupuestales, una criminalidad desbordante y sofisticada, una falta de visión gerencial o administrativa por parte de los operadores del sistema penal el problema radica básicamente en una “desviación” de la administración de justicia penal hacia fines que le son ajenos.

Estas explicaciones pueden considerarse optimistas porque señalan unas causas y creen en unas posibles soluciones, por lo menos implícitamente.

En esta variante, mencionemos inicialmente, la opinión de la antigua Comisión Andina de Justicia: “...es importante anotar que el tema de la ineficacia, lentitud e incapacidad de la justicia, ha tenido un manejo político. Ha sido utilizado para ambientar reformas constitucionales y legales (incluidas especialmente las de corte represivo), así como para deslegitimar las reivindicaciones de los jueces y las posturas disidentes

<sup>23</sup> ALESSANDRO BARATTA, *Criminología crítica...*, cit., pág. 87.

<sup>24</sup> HÉCTOR DÍAZ PEÑA, *op. cit.*, pág. 19.

<sup>25</sup> Véase a WILLIAM FREDY TORO PÉREZ et al., *Estado de derecho y sistema penal. La emergencia permanente de la reacción punitiva en Colombia*, Medellín, Edit. Diké e Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia, 1997, pág. 105, y JULIO GONZÁLEZ ZAPATA, “La crisis de la administración de justicia en Colombia”, en *Rasgando velos*, Medellín, Universidad de Antioquia, 1993, pág. 50.

de la Corte, y aun para justificar la existencia de prácticas ilegales, y muy especialmente la actividad paramilitar”<sup>26</sup>.

Igualmente, en un escrito anterior, compartíamos esta visión: “[Ningún factor] puede desdeñarse al momento de preguntarse por el estado de la justicia en Colombia; [pero] hay uno que además de englobar y explicar otros (recursos económicos, tecnología, capacitación), explica también la postración de la administración de justicia y su desaparición, al menos desde el punto de vista de un Estado de derecho y es el papel de *función de gobierno* que le han dado los gobernantes a la administración de justicia”<sup>27</sup>.

En esta misma línea podemos incluir a GERMÁN SILVA GARCÍA: “En realidad la pretensión, muy poco disimulada o encubierta, está dirigida a adquirir el manejo del aparato judicial, con el fin de articular la administración de justicia a las específicas políticas de control social de los grupos de poder claves, cuya especificidad no supone precisamente la eficacia judicial, sino una satisfactoria respuesta a las inquietudes comprendidas en la esfera de intereses de estos grupos, en los términos y condiciones que le son necesarias”<sup>28</sup>.

Estas tres últimas posiciones (la antigua Comisión Andina de Juristas, seccional Colombia, la de GERMÁN SILVA PEÑA y la mía) pueden considerarse optimistas, en la medida que también terminan señalando causas y proponiendo, así sea implícitamente, soluciones. Básicamente, se supone que hay un problema de instrumentalización y desviación de la función judicial, que podría ser corregida, siempre y cuando se le respetara la independencia a la rama judicial y se pusiera la justicia al servicio del ciudadano, porque de acuerdo con SILVA GARCÍA: “Solamente persigue dominar ciertas zonas ultrasensibles, de especial interés para las élites, indispensables desde el punto de vista económico o político, para la subsistencia o permanencia del Estado y de la organización social vigente, así como para consolidar las condiciones de reproducción más esenciales del capital, sin las cuales el trauma a la economía nacional podría representar su propia bancarrota. El funcionamiento adecuado del órgano judicial, con la prestación del servicio público a los ciudadanos, es un asunto calificado como secundario”<sup>29</sup>.

Sobre esta variante podrían hacerse algunos comentarios y, necesariamente, una autocrítica. Esta “desviación” no parece un fenómeno típicamente colombiano. Tópicos como el terrorismo, el tráfico de drogas, la lucha contra la corrupción, han contribuido notoriamente a desfigurar los sistemas penales tal como lo han señalado algunos autores<sup>30</sup> y en una buena síntesis lo ha puntualizado HORMAZÁBAL MALARÉE: “Hoy ante

<sup>26</sup> Comisión Andina de Juristas, seccional Colombia, *Sistema judicial y derechos humanos en Colombia*, Bogotá, ECOE, Santa Fe de Bogotá, 1990, pág. 174.

<sup>27</sup> JULIO GONZÁLEZ ZAPATA, *op. cit.*

<sup>28</sup> GERMÁN SILVA GARCÍA, *op. cit.*, págs. 19 y 20.

<sup>29</sup> *Ibidem*, pág. 61.

<sup>30</sup> Véase a DIEGO LÓPEZ GARRIDO, *Terrorismo, política y derecho*, Madrid, Alianza Editorial, 1987; JOSÉ RAMÓN SERRANO PIEDECASAS, *Emergencia y crisis del Estado social*, Barcelona, PPU, 1988, y LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995. Véase especialmente en este último, el capítulo 12, “El subsistema penal de emergencia”, págs. 807 y ss.

la presencia exasperada de los delitos relativos a las drogas, de la ligereza con que se crean nuevos delitos, del tratamiento penal del terrorismo, de la pérdida de garantías en el proceso y de las cárceles de máxima seguridad, cuesta mucho explicar sin sonrojarse los principios político-criminales que informan y limitan el *ius puniendi* estatal en un Estado social y democrático de derecho”<sup>31</sup>.

#### 4. ALGUNAS VISIONES MÁS DESENCANTADAS SOBRE LA PROBLEMÁTICA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL

En este aparte se pretende presentar los planteamientos de algunos autores que bien podría considerárseles no-optimistas en cuanto a la crisis de la administración de justicia penal, pues bien consideran que en Colombia no es legítimo hablar de crisis, para referirse a la administración de justicia y a casi ninguno de los fenómenos que caracterizan su realidad en el presente, o bien consideran que esa crisis es inescindible del mismo sistema penal y que lo que ha hecho precisamente el sistema es agudizarla con el supuesto de superarla.

“La crisis es [...], teóricamente, un momento de ruptura, de interrupción, cuyos efectos serán más o menos transformadores del sistema, dependiendo del funcionamiento anterior”<sup>32</sup>. Y esta no parece ser la situación colombiana en la cual es casi imposible encontrar el momento de ruptura, determinar el antes o el después.

Lo primero que tendría que hacerse, es cuestionar la validez de la palabra ‘crisis’ para referirse a la justicia penal en Colombia o, incluso, para hablar de la situación colombiana, porque como lo dice GONZALO SÁNCHEZ, ¿Qué es pasado y qué es presente con respecto a las policías y ejércitos privados? ¿Qué es pasado y qué es presente con respecto a la debilidad del Estado colombiano? ¿Qué es pasado y qué es presente con respecto a los éxodos de campesinos y terratenientes de las zonas de conflicto?<sup>33</sup>.

Si eso puede decirse de fenómenos como la aparición de ejércitos privados, debilidad del Estado, desplazamientos forzados, etc., también es válido frente a la administración de justicia penal en Colombia.

“Es pertinente decir, casi de forma preliminar, que el derecho penal presenta una condición natural que podría confundirse con una crisis inherente. *Crisis*, en este caso no indica un punto de inflexión de la curva de contradicción entre el discurso jurídico-penal y la realidad operativa del sistema penal, el acercamiento o distanciamiento de esa realidad operativa a la programación teórica jurídico-penal. *Crisis*, indica un punto de derrumbe del discurso penal por la *extrema evidencia de su natural falsedad* y la

<sup>31</sup> HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE, *Los problemas de legitimación del derecho penal y la perspectiva abolicionista*, pág. 202.

<sup>32</sup> WILLIAM FREDY PÉREZ, *et al.*, *op. cit.*, pág. 21.

<sup>33</sup> GONZALO SÁNCHEZ, *Guerra y política en la sociedad colombiana*, Santa Fe de Bogotá, El Áncora Editores, 1991, pág. 207.

imposibilidad eventual de presentar la situación como transitoria y fruto de ciertas coyunturas o circunstancias de subdesarrollo o inmadurez”<sup>34</sup>.

Pero si aun admitiéramos que puede hablarse de crisis, no es claro qué puede hacerse con el derecho penal para superarla. Lo que puede constatarse históricamente frente al derecho penal colombiano es que las soluciones no han hecho más que agudizar la ‘crisis’: “A la crisis del derecho penal, como a las otras crisis, se responde con el propio derecho penal. Es decir, por ejemplo, que como remedio para impunidad, sea cual fuere la razón que la inspire, se formulan altas dosis de derecho penal; en respuesta al descreimiento en la eficacia del sistema penal, que impide la colaboración ciudadana, se fabrican categorías criminalizantes (omisión de denuncia), en el marco de la tendenciosa construcción de un *derecho negocial* (beneficios y recompensas por colaboración); a las declaradas —jurisdiccional o doctrinariamente— fórmulas vulneradoras de garantías penales, se responde con la reintroducción de la violación por mecanismos alternos y *acceptables* y campañas publicitarias de respaldo a esa estrategia institucional”<sup>35</sup>.

Probablemente el problema del derecho penal hoy en día sea que carece de legitimación y hasta de justificación racional como lo ha señalado FERRAJOLI: “...el derecho penal, aun cuando rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su ilegitimidad moral y política. La pena, cualquiera que sea la forma en que se la justifique y circunscriba, es en efecto una segunda violencia que se añade al delito y que está programada y puesta en acto por una colectividad organizada contra un individuo. Si la propiedad privada fue llamada por BECCARIA ‘un terrible y quizás no necesario derecho’”, la potestad de castigar y de juzgar es seguramente, como escribieron MONTESQUIEU y CONDORCET, el más ‘terrible’ y ‘odioso’ de los poderes: el que se ejerce de manera más violenta y directa sobre las personas y en el que se manifiesta de manera más conflictiva la relación entre Estado y ciudadano, entre autoridad y libertad, entre seguridad social y derechos individuales”<sup>36</sup>.

Esta falta de legitimación del derecho penal tiene unas raíces más profundas y lejanas. Por una parte, porque la legitimación que pudo haber obtenido con el pensamiento iluminista, ya parece haber agotado su capacidad de rendimiento y, por otra, porque es un fenómeno de alcance casi universal, por lo menos en cuanto se refiere a los países de tradición jurídica europeo-continental.

Y esto no significa obviamente que estemos ante una inminente desaparición del derecho penal, el cual sigue y seguramente seguirá ahí, como ese mal necesario, que todos denuncian, pero con el cual no sabe qué hacer al menos por ahora: “El derecho penal goza de muy buena salud, como lo demuestran el paulatino y seguro aumento

<sup>34</sup> WILLIAM FREDY PÉREZ TORO *et al.*, *op. cit.*, pág. 38, cursivas textuales.

<sup>35</sup> *Ibidem*, pág. 37, cursivas textuales.

<sup>36</sup> LUIGI FERRAJOLI, “El derecho penal mínimo”, en *Poder y control*, núm. 1, Barcelona, PPU, 1986, pág. 21.



del catálogo de conductas punibles y el terrorífico aumento de la población carcelaria<sup>37</sup>.

##### 5. LA CRISIS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: ALGUNOS ELEMENTOS FOUCAULTIANOS

No va a hacerse un estudio crítico de FOUCAULT, y ni siquiera un comentario sobre la obra de FOUCAULT, sino una simple ilustración de cara al problema que se ha enfrentado en este trabajo. Este no es el primer intento que en Colombia se ha hecho en esta dirección; incluso entre nuestros egresados, existen, por lo menos, dos trabajos anteriores, que tomando como marco de referencia de obra de FOUCAULT, han empezado a transitar este camino<sup>38</sup>.

Básicamente, con estos elementos foucaultianos se espera que el lector perciba algunas premisas que consideramos importantes tener en cuenta al momento de volver, otra vez, sobre la crisis de la administración de justicia penal en Colombia: son una serie de textos que se han escogido con el fin de leer unos problemas concretos: los modelos de administración de justicia, los conceptos de ley y justicia, el concepto de verdad y la idea de hombre que ha estado implícita en las reflexiones sobre la administración de justicia penal en Colombia.

Unas líneas gruesas, que aquí solo se insinúan, podrían servir de derroteros para mirar la administración de justicia en Colombia:

- Parafraseando a FREUD, el derecho penal adolece de un gran malestar. Este malestar se refleja tanto en su problemática legitimación como en su extensión. Para unos, el derecho penal se ha quedado corto porque no alcanza a abarcar todas las conductas que son dignas de ser castigadas por este instrumento y, para otros, en cambio, sufre de una notable inflación, que lo ha hecho entrometerse en asuntos que no serían de su competencia; además, si se enfoca el problema de las penas, la situación se reproduce. Amplios sectores consideran que tenemos un derecho penal sumamente relajado, que sin razón ha renunciado a instrumentos que utilizó en otro tiempo, como la pena de muerte, la cadena perpetua, los castigos físicos, etc. para otros, en cambio, habría que reducir considerablemente las penas actuales, por su natural barbarie.

- Una obviedad: cualquier sistema judicial corresponde a un momento histórico determinado; forma sus propios objetos científicos, tiene sus propias concepciones sobre los hombres y sus relaciones y, por lo tanto, se hace necesario prevenirnos acerca de ciertas ideas lineales del progreso, básicamente la idea de suponer que el presente nos autoriza a mirar el pasado en términos de barbarie, parcialmente utilizable.

<sup>37</sup> Ib.

<sup>38</sup> LUIS JAVIER QUIROZ B. y LUIS IGNACIO ZAPATA JARAMILLO, *Foucault y el discurso jurídico: una aproximación*, tesis de grado, Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho.

HUGO CASTAÑO ZAPATA, "Proceso y poder", en *Temas procesales*, Revista del Centro de Estudios de Derecho Procesal, Medellín, núm. 22, septiembre de 1998.

- Tendría que tomarse mucha distancia con un cierto lenguaje que pretende alejar al derecho penal de las discusiones sobre el poder, las luchas políticas y la guerra; lenguaje que se manifiesta básicamente en frases como la "majestad de la justicia", "la imparcialidad de la ley", su intangibilidad, su innegociabilidad, etc.

- Aquí no hay verdades eternas ni esencias escondidas. La administración de justicia es un campo de batalla privilegiado, donde los poderes están en perpetua batalla y, por lo tanto, no parece posible concebirlo como aquel dominio sereno del bien sobre el mal.

- También es fácil percibir que cuando hablamos de hombre para referirnos a la administración de justicia caemos rápidamente en la tentación de suponer que el hombre del que estamos hablando es "uno mismo", eterno; un hombre que tendría una serie de derechos y facultades que le son inherentes a su condición antropológica. Esta suposición desconoce obviamente que es precisamente el poder y concretamente el ejercicio de administrar justicia, lo que constituye un sujeto. Dentro del derecho penal, incluso en los últimos dos siglos<sup>39</sup>, la misma doctrina ha girado dentro de un concepto diferente del hombre.

##### a) *Qué es eso de la "administración de justicia"*

En términos generales podríamos decir que la administración de justicia es un conjunto de medidas, instituciones, prácticas, en las que se plasma, en una sociedad determinada la política criminal, entendida como los instrumentos y las estrategias que tiene un Estado para crear, intervenir y gestionar la delincuencia<sup>40</sup>.

El complejo instrumental que comprende todo este manejo es lo que pudiera llamarse el sistema penal. El sistema penal en su conjunto es bastante heterogéneo: estaría compuesto por normas (constitucionales, penales, policivas, administrativas, penitenciarias, etc.), por saberes (la ciencia del derecho penal, la criminología, la filosofía del derecho penal, las ciencias forenses) y por una serie de métodos tecnificados (medicina forense, psiquiatría forense, criminalística, documentología, etc.)<sup>41</sup>. Y como decía antes, una serie de instituciones: rama judicial, policía, organismos de seguridad, cárceles, etc.

<sup>39</sup> Señalo este período porque más adelante tomaremos las imágenes del hombre en el derecho penal a partir del desarrollo de las ideas iluministas acerca del derecho penal y porque es desde ahí cuando FOUCAULT señala que surgió el hombre, esa imagen dibujada en la arena de la playa, que desaparecerá con la próxima ola. Véase *Las palabras y las cosas*, trad. de Elsa Cecilia Frost, México, Siglo XXI Editores, 7<sup>a</sup>, pág. 375.

<sup>40</sup> "La cuestión de cómo debe procederse con personas que han infringido las reglas básicas de la convivencia social dañando o poniendo en peligro a los individuos o a la sociedad conforme el objeto principal de la política criminal". CLAUD ROXIN, *Política criminal y estructura del delito*, trad. de Juan Bustos Ramírez y otro, Barcelona, PPU, 1992, pág. 9.

<sup>41</sup> Para un completo panorama del concepto de sistema penal, véase a EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Criminología. Aproximación desde un margen*, Bogotá, Edit. Temis, 1988, pág. 17.

b) *Algunas aclaraciones "previas" tomadas de NIETZSCHE; en versión de FOUCAULT*

Cuando se mira cualquier libro de derecho penal y se indaga por la función de ese derecho, las respuestas son múltiples pero todas ellas están llenas de seguridades y certezas: el derecho penal es el instrumento por medio del cual se busca combatir la delincuencia, proteger la sociedad, asegurar los bienes jurídicos básicos para los miembros de la sociedad y realizar los valores éticos sociales básicos<sup>42</sup>.

FOUCAULT —este punto siguiendo muy de cerca a NIETZSCHE— tiene sobre esto una idea mucho más problemática en la cual las certezas desaparecen casi completamente: "Harán falta años, y tanteos, y transformaciones para determinar qué es lo que hay que castigar y cómo, y si castigar tiene algún sentido, y si es posible"<sup>43</sup>.

Y anticipándonos un poco al señalamiento de alguna de las dificultades tanto teóricas como prácticas que tenemos al momento de evaluar la administración de justicia en Colombia, podríamos citar nuevamente a FOUCAULT: "en nuestras sociedades contemporáneas ya no se sabe con exactitud qué es lo que se hace cuando se castiga, ni tampoco qué puede en el fondo justificar la punición: todo ocurre como si practicáramos un tipo de castigo en el que se entrecruzan ideas heterogéneas, sedimentadas unas sobre otras, que provienen de historias diferentes, de momentos distintos, de racionalidades divergentes"<sup>44</sup>. Un trabajo crítico, en esta dirección, no podría dirigirse a disipar esa ignorancia, ni mucho menos a dotar de sentido este galimatías: a lo sumo a hacer un recorrido mucho más lento para poner en evidencia sus aporías.

Cuando no se cuenta más que con el crimen por una parte, y con el autor por otra, la responsabilidad jurídica, seca y desnuda, autoriza formalmente el castigo, pero no puede darle un sentido<sup>45</sup>.

No creemos que hoy en día, desde la ciencia del derecho penal se puedan recusar estas afirmaciones. Como ya se ha visto, el derecho penal adolece de una falta de legitimación irrefutable. Las aportaciones de la criminología crítica, como lo ha demostrado BARATTA, han dejado sin piso muchos de los supuestos sobre los cuales caminó tranquilamente el derecho durante varios siglos: el principio de la igualdad, de la culpabilidad, del bien y del mal, etc. Si el derecho penal debe regirse por principios de oportunidad y de legalidad, ello le plantea una dificultad adicional y, posiblemente, insalvable<sup>46</sup>.

Mirar un poco más de cerca, el entrecruzamiento de esas "ideas heterogéneas, sedimentadas unas sobre otras, que provienen de historias diferentes, de momentos dis-

<sup>42</sup> Un buen resumen en H. H. JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, parte general, trad. de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, págs. 3 y ss.

<sup>43</sup> MICHAEL FOUCAULT, *La vida de los hombres infames. Ensayos sobre desviación y dominación*, trad. de Julia Varela y Fernando Álvarez Uría, Madrid, Edit. La Piqueta, pág. 221.

<sup>44</sup> *Ibidem*, pág. 222.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pág. 246.

<sup>46</sup> WINFRIED HASSEMER, *La persecución penal: legalidad y oportunidad*, Mimeo, s.m.d.

tintos, de racionalidades divergentes", puede ilustrar una de las grandes dificultades que tiene hoy en día la administración de justicia, en la medida que puede delatar su incapacidad para fijarse un rumbo y poner en evidencia, con mucha frecuencia, un desesperado oportunismo que hace pensable "cualquier cosa" para salir del paso, bien sea para resolver los problemas cotidianos como la violencia intrafamiliar o la simple violencia sexual, o para enfrentar los problemas que plantean las nuevas formas de criminalidad como el narcotráfico, el terrorismo, la violación de los derechos humanos, la corrupción, los atentados contra el medio ambiente, etc.

c) *Lo que ha buscado la administración de justicia*

En la tentativa de describir la *confusión* de la administración de justicia y de la promiscuidad que desde su desarrollo histórico y de la racionalidad implica esta confusión, vale la pena revisar un poco los modelos de verdad y de poder frente al aparato de administrar justicia<sup>47</sup>.

Es claro que para FOUCAULT el poder y el saber constituyen algo que no puede separarse y que son, a lo sumo, las dos caras de una misma moneda. Todo poder implica un tipo de saber y cualquier saber está indisolublemente unido a una forma de poder. Y por eso no puede hablarse de un saber independiente del poder ni viceversa, sino que debemos hablar de formas de poder-saber.

De acuerdo con FOUCAULT, las formas de "poder-saber" que ha revestido la justicia a lo largo de la historia, se pueden concretar en tres:

*La medida.* Matriz del saber matemático y físico pero también criterio de orden justo en el combate de los hombres y los elementos. Responde a una función de orden. Es un medio para establecer o restablecer el orden. Está unida a la constitución de la sociedad griega.

Esta forma de poder-saber fue la que dio origen, en la historia del derecho penal, a lo que se ha llamado la responsabilidad objetiva, que es aquella en la cual la responsabilidad jurídica depende del daño que se haya causado, independientemente de la relación subjetiva que pudiera establecerse entre el autor y el hecho. De lo que se trata es de reconstruir el orden, de mantener o restablecer el equilibrio. Puede llegarse a que personas que no han participado en el hecho, puedan llegar a sufrir las consecuencias como en la célebre disposición del Código de Hammurabi que establece que cuando una construcción se derrumba por defectos de la misma y le produce la muerte a los hijos del dueño, deben morir los hijos del constructor. Es la famosa divisa de la ley del talión: ojo por ojo, diente por diente. Con esta forma de responsabilidad la "pena" puede alcanzar a animales, cosas y cadáveres.

*La pesquisa.* Esta forma se la relaciona con el Estado medieval; es un medio para constatar y restituir los hechos, los sucesos, los actos, las propiedades, los derechos;

<sup>47</sup> Esta confusión de fines de la administración, no quiere decir que no haya una política criminal clara. Probablemente una parte de la estrategia de la política criminal sea mantener y alimentar esta confusión.



pero también es matriz de los saberes empíricos y de las ciencias de la naturaleza. Es una función de centralización.

Esta forma dio origen a la llamada responsabilidad subjetiva, en la cual resulta fundamental determinar la actitud interna del sujeto en relación con el resultado producido. Tiene un gran desarrollo en el derecho canónico, donde empiezan a graduarse las faltas por la mayor o menor intención de la persona, por sus conocimientos, entre otras cosas.

En el derecho penal contemporáneo se manifiesta en la llamada —precisamente— responsabilidad subjetiva. Requiere necesariamente la presencia del dolo (intención de realizar el hecho punible), la culpa (negligencia o imprudencia en la realización del hecho) o la preterintención (dolo frente al hecho menos grave y culpa frente más grave). Y “naturalmente”, la muerte de un hombre se considerará un hecho más grave si se ha realizado con dolo; menos grave si se ha realizado con culpa y tendrá una respuesta intermedia del derecho penal, si se realiza con preterintención. Quedará por fuera del derecho penal si se ha realizado por fuerza mayor o caso fortuito.

*El examen.* Es una forma de “poder-saber” unido a los sistemas de control, de exclusión y de castigo propios de las sociedades industriales. Es un medio de fijar o restaurar la norma, la regla, el reparto, la calificación, la exclusión, pero también la matriz de todas las simbologías, sociologías, psiquiatrías, psicoanálisis; resumiendo, de todo aquello que llamamos las ciencias del hombre.

Este es el modelo que corresponde a una sociedad disciplinaria, tal como lo describe FOUCAULT en *Vigilar y castigar*. Una sociedad de vigilancia perpetua, donde el individuo tendrá un expediente permanentemente abierto, desde la cuna hasta su tumba.

En el derecho penal contemporáneo ha tenido influencia en la llamada escuela finalista del derecho penal que fue tan importante en Alemania en las décadas del 50 y del 60, y que hoy sigue manteniendo vigencia en el pensamiento de JAKOBS. Ya lo básico no es el resultado, ni siquiera la relación entre el sujeto y el hecho, sino entre el sujeto y la norma. La responsabilidad se genera, básicamente, por defraudar las expectativas de la norma.

Lo importante en estas últimas direcciones (finalismo y funcionalismo) es que el eje de la discusión vuelve a desplazarse. Ya no importan básicamente el resultado ni la intención, sino la actitud del individuo frente a la norma, sus valores ético-sociales, su compromiso con los valores pretensamente mayoritarios.

Es a partir de esta orientación que se le va a dar gran importancia a los delitos de peligro. La distancia entre el hacer y el poder hacer va a reducirse al mínimo. Tan grave como atropellar a un peatón va a resultar el hecho de no conducir de acuerdo con las normas establecidas para el tránsito y se sancionará, casi de la misma manera, al autor del acto terrorista como el mero hecho de formar grupos terroristas o el de confabularse para realizar acciones terroristas. El control social ejercido con el derecho penal no se reduce al resultado ni a la manifestación de una intención, sino que el derecho penal aspira a regular aquellas conductas que no están directamente relacionadas con un delito, pero que funcionalmente permiten percibir un desacato a la norma.

Históricamente estos modelos descritos no se han sucedido con una cronología precisa, ni se ha pasado de una forma a otra, completamente; al contrario, es posible encontrar elementos de uno dentro de un sistema tendencialmente inclinado hacia otro modelo: “Claro es que estas, *medida, pesquisa y examen*, se emplean simultáneamente en muchas prácticas científicas con tantos métodos puros y simples o, más aún, como tantos instrumentos estrictamente controlados. También es cierto que en este nivel y en este papel ellos se separan de su relación con las formas de poder. Pero antes de aparecer juntos y así decantados al interior de campos epistemológicos definidos, ellos se han unido para la puesta en escena de un poder político donde ellos eran al mismo tiempo efecto e instrumento”<sup>48</sup>.

Y es precisamente esta utilización simultánea de estas formas de poder-saber, la que puede dar una clave para entender algunas de las incoherencias de la administración de justicia penal; entender lo que se ha llamado su crisis y para poner en evidencia muchas de lasaporías con las que hoy en día se enfrenta.

#### d) *El hombre y el derecho penal*

Usualmente se parte del supuesto de que el hombre es algo externo al derecho penal, algo que está dado de antemano y que por lo tanto el derecho penal no tendría ninguna función distinta a reconocerlo y a tratarlo de acuerdo con esa condición. En *la verdad y las formas jurídicas*, podemos encontrar algunas pistas que permitan entender el problema del hombre en forma diferente; el hombre no es ajeno, ni a las prácticas políticas, ni a las prácticas penales. En efecto, ha señalado FOUCAULT: “Sería interesante que intentáramos ver cómo se produce, a través de la historia, la constitución de un sujeto que no está dado definitivamente, que no es aquello a partir de lo cual la verdad se da en la historia, sino de un sujeto que se constituyó en el interior mismo de esta y que, a cada instante, es fundado y vuelto a fundar por ella”<sup>49</sup>. Y desde luego, “Entre las prácticas sociales en las que el análisis histórico permite localizar la emergencia de nuevas formas de subjetividad, *las prácticas jurídicas, o más precisamente, las prácticas judiciales están entre las más importantes*”<sup>50</sup>. Y continúa: “Las prácticas judiciales —la manera en que, entre los hombres, se arbitran los daños y las responsabilidades, el modo en que, en la historia de Occidente, se concibió y definió la manera en que podían ser juzgados los hombres en función de los errores que habían cometido, la manera en que se impone a determinados individuos la reparación de algunas de sus acciones y el castigo de otras, todas esas reglas o, si se quiere, todas esas prácticas regulares modificadas sin cesar a lo largo de la historia— creo que son algunas de las formas empleadas por nuestra sociedad para definir tipos de subjetividad, formas de saber y, en consecuencia, relaciones entre el hombre y la verdad que merecen ser estudiadas”<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> MICHEL FOUCAULT, *Teorías e instituciones penales, 1971-1972*, págs. 7 y 8.

<sup>49</sup> MICHEL FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, trad. de Enrique Lynch, Barcelona, Edit. Gedisa, pág. 56.

<sup>50</sup> *Ibidem*, pág. 17. Sin subrayas en el original.

<sup>51</sup> *Ibidem*, pág. 17.

Partiendo del supuesto de que el hombre es algo que está dado de una vez por todas, continuamente hay una apelación a un cierto humanismo absolutamente vacío o fofa como diría FOUCAULT, que hace de la lectura de la historia del derecho penal, o bien, una progresión ininterrumpida hacia el reconocimiento total de un sujeto digno y completo, o una continua lucha contra la barbarie, que justamente el derecho penal tendría que llevar a buen término. No es gratuito que hoy en día precisamente se señale la dignidad humana como uno de los límites que tiene el Estado en su ejercicio de castigar, obviamente, sin que podamos encontrar nada aproximado a lo que sería la dignidad humana<sup>52</sup>.

Un recorrido esquemático sobre algunas de las más importantes corrientes del derecho penal, por lo menos de aquellas que han tenido alguna incidencia en el derecho penal colombiano en los últimos años, nos permite ver que cada escuela tuvo una concepción diferente del hombre y que, sin embargo, se mantienen los mismos instrumentos, se esperan los mismos resultados y tal vez, lo más complicado, aquellas concepciones y estos instrumentos y resultados se mezclan sin cesar, hasta la confusión total.

En el derecho penal colombiano podríamos señalar una periodización, que se corresponde más o menos con los grandes códigos, que estarían signados por una determinada escuela. La llamada escuela clásica liberal, básicamente a través de la obra de FRANCESCO CARRARA, fue importante en Colombia en el Código Penal de 1890, que rigió hasta 1936.

Posteriormente, en el Código de 1936, se daría una gran influencia de la escuela positivista italiana que tuvo en FERRI, GAROFALO y LOMBROSO sus grandes creadores; influencia que duraría hasta 1980.

En 1980 se expidió el nuevo Código Penal en el cual supuestamente ya se acoge el pensamiento dogmático alemán, y se ambienta en Colombia la discusión entre las escuelas alemanas (causalista y finalista).

En efecto, se hicieron lecturas fáciles del pensamiento iluminista, pues se entendió que el derecho penal tenía un sentido fundamentalmente humanista. La escuela clásica del derecho penal, que tendría su iniciador en BECCARIA, con *De los delitos y de las penas*, sería el adalid de una gran transformación en este sentido: "Con BECCARIA se había iniciado una tendencia humanitaria en el derecho penal, como reacción y protesta contra los abusos del absolutismo. Nuestro autor [FRANCESCO CARRARA] continúa esta trayectoria"<sup>53</sup>.

FOUCAULT, sin embargo —en *Vigilar y castigar*—, ha mostrado que esa no es una lectura afortunada: no puede entenderse la reforma penal como un grito del corazón sino como una profunda reorganización del poder de castigar, no se trata de castigar menos, sino de castigar mejor. "Y la reforma propiamente dicha, tal como se formula

<sup>52</sup> Véase entre otros, a JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción al derecho penal*, 2ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1994, págs. 29 y 30.

<sup>53</sup> NÓDIER AGUDELO, *El pensamiento jurídico penal de Francesco Carrara*, Bogotá, Edit. Temis, 1988, pág. 17.

en las teorías del derecho o tal como se esquematiza en los proyectos, es la prolongación política o filosófica de esta estrategia, con sus objetivos primeros: hacer del castigo y de la represión de los ilegalismos una función regular, coextensiva a la sociedad; no castigar menos, sino castigar mejor, castigar con una severidad atenuada quizá, pero para castigar con más universalidad y necesidad; introducir el poder de castigar más profundamente en el cuerpo social"<sup>54</sup>.

Es posible entender que la escuela clásica del derecho penal tuvo en mente un hombre libre, igual, fraternal, es decir, el hombre de la Revolución francesa. Era el hombre que disponía de libre albedrío y justamente por eso se le podía castigar: por hacer un uso inadecuado de su libertad y decidir, sin limitaciones, entre el bien y el mal. "Tenemos, pues, que el hombre en el pensamiento de los clásicos no se puede definir más que como un ser divino. Un ser, tal como lo define CARRARA, a la manera cristiana, hecho a imagen y semejanza de Dios; que habita en sociedad regido por una ley natural inherente a él, pero, así mismo, dotado de una sabiduría y de un raciocinio tal, que le permite distinguir lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto, y que le permite aprehender la ley natural del orden social y cumplirla. El hombre entonces es un ser libre; capaz de tomar decisiones y de escoger entre el bien y el mal. Tal capacidad de escogencia es la característica principal que lo diferencia de los animales y de las cosas naturales, lo cual le permite ser el único sujeto susceptible de imputación penal. El hombre en CARRARA, el único al que está dirigido la norma penal, el único sujeto a derechos y obligaciones, es el hombre normal"<sup>55</sup>.

La escuela positivista, en cambio, supuso un hombre peligroso, un hombre del cual la sociedad debería defenderse con todos sus recursos, desde la misma infancia de aquel<sup>56</sup>. No es gratuito que la escuela positivista haya preferido la defensa social, en la medida que la sociedad se consideraba en peligro por la mera existencia del hombre. Es una inversión de aquella máxima russoniana, según la cual el hombre nace bueno y la sociedad lo corrompe, por otra, según la cual la sociedad es buena pero el hombre la pone constantemente en peligro; una "sociedad sin límite alguno en su defensa, pero que, sin embargo, no se fundamenta teóricamente el porqué defenderse, y, sobre todo, a cuál sociedad, en términos valorativos"<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> MICHEL FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, trad. de Aurelio Garzón del Camino, 6ª ed., México, Siglo XXI Editores, pág. 86.

<sup>55</sup> LUIS EDUARDO AGUDELO SUÁREZ y HUGO HERNÁN GALLEGO ZULUAGA, *El hombre en el derecho penal*, tesis de grado, Medellín, Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, s. f. pág. 18.

<sup>56</sup> "En las escuelas populares, obligatorias, por las que tiene que pasar toda la población de muchachos de ambos sexos, el Estado, sirviéndose de los médicos escolares, pueden formar el censo *bio-psíquico* (por medio de la cartilla bibliográfica de cada alumno). Entonces, no solo el individuo podrá ser mejor utilizado y valorado según sus aptitudes para el trabajo manual e intelectual, sino que, y esto es lo más importante, se podrán distinguir y separar los escolares normales de los anormales o deficientes. Y dado que existen deficientes *intelectuales* y deficientes *morales* ('candidatos a la delincuencia'), estos sobre todo deberán ser vigilados o educados en colonias agrícolas especiales, buque-escuela, etc., restringiendo y eliminando así los semilleros de delincuencia que en los centros urbanos están contruidos por menores moralmente abandonados por sus familias". ENRIQUE FERRI, *op. cit.*, pág. 13.

<sup>57</sup> LUIS EDUARDO AGUDELO SUÁREZ y otro, *op. cit.*, pág. 43.

Por otro lado, el finalismo concibe un hombre normativizado; cuya tarea principal es ajustarse precisamente a normas, que devienen racionalidad incuestionada: "...el deber del hombre, quiéralo o no, es acomodarse a los valores éticos de las instituciones mayoritarias; valores que son impuestos, creados y respaldados por medio del poder punitivo del Estado y que se ejerce a través de un derecho penal que convalida un esquema autoritario"<sup>58</sup>.

Tal vez sin la jerarquía "epistemológica" de la escuela clásica, el positivismo y el finalismo, vale la pena hacer una pequeña referencia al concepto de hombre en la llamada Doctrina de la Seguridad Nacional que tuvo tan dolorosas incidencias en la América Latina de la década de los setenta. De acuerdo con AGUDELO, "El hombre de la Doctrina de la Seguridad Nacional es un objeto más, como una planta, una piedra, una frontera, una cosa que el Estado puede utilizar sin la menor restricción en favor de sus intereses. Es el desecho de los bienes del Estado"<sup>59</sup>.

Mencionamos esta teoría, de paso, porque permite percibir un problema que ya se había enunciado. La Doctrina de la Seguridad Nacional, no implicó, por lo menos entre nosotros, un cambio fundamental en la legislación penal ni en las instituciones formalmente constituidas, sino que se manifestó en ciertas prácticas de tipo militar y policivo, con consecuencias bastante conocidas: detenciones ilegales, allanamientos arbitrarios, torturas y desapariciones, formación de grupos paramilitares, de limpieza social, etc.

Desde una perspectiva institucional estas prácticas sangrientas, tienden a mirarse como aberraciones, desvíos y patologías. Si se repara el concepto de hombre que conlleva tal doctrina, parecen, en cambio, hacer parte de la filosofía de un sistema, de una utilización del hombre como se concibe en relación con el Estado y sus fines: un desecho cuya instrumentalización es incuestionable.

## 6. A MANERA DE RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIÓN

A esta altura del trabajo es posible aventurar una conclusión: las dificultades para pensar en la administración de justicia penal en Colombia (lo mismo que en el derecho penal o en el sistema penal), obedecen por lo menos a factores de dos órdenes: unas dificultades del orden de lo teórico y otras dificultades del orden práctico.

### a) Dificultades de orden teórico

Las dificultades de orden teórico se podrían calificar, en bloque, como un exceso de idealismo, de falta de olfato histórico y de trascendentalismo trasnochado.

Se parte del supuesto de que la administración de justicia es una actividad que ha venido realizando la humanidad desde sus comienzos; se supone que la de hoy en día

<sup>58</sup> *Ibidem*, pág. 65.

<sup>59</sup> *Id.*, pág. 90.

es el fruto de un progreso constante y que, por lo tanto, las formas anteriores debemos mirarlas como tanteos, como errores, que nuestra racionalidad debería superar y que muchas veces, incluso, se piensa que efectivamente se han superado.

Ese idealismo a la hora de mirar la administración de justicia, hace que se le entienda como una actividad meramente burocrática que puede superar sus dificultades a partir de maquillajes en su organización, o bien que se siga postulando una administración de justicia para un hombre que se da como un supuesto natural, cuando precisamente la administración de justicia y en general las prácticas políticas son quienes lo constituyen, lo sujetan, en la doble acepción del término: lo hacen sujeto y lo amarran.

Probablemente con un poco de modestia y de humildad, de aquellas que paradójicamente nos recomendaba NIETZSCHE, sea posible ver un poco más claro: la verdad tiene una historia, la administración de justicia es una forma de crear hombres y la ley es un instrumento de batalla, un campo abierto en el cual no nos podemos amparar (en su nombre) para eliminar diferencias, para desconocer al otro y para abrogarnos la facultad de decir hasta dónde podemos llegar nosotros y sobre todo, en qué límite queda confinado el enemigo.

### b) Dificultades de orden práctico

En el orden práctico podemos decir que nuestra administración de justicia y, en general, nuestro sistema penal, pueden describirse como un mosaico abigarrado de medida, pesquisa y examen, que añadidos al eficientismo anglosajón, muestran una figura sin contornos.

Unas veces se intenta resarcir el daño, otras poner en evidencia la peligrosidad del infractor, ora hacer respetar la norma; e, incluso, recuperar bienes para el Estado.

En cualquier manual de derecho penal, estas dificultades son eludidas con el argumento de que la misión del derecho penal es múltiple: protección de bienes jurídicos, mantenimiento de la confianza en la ley, consolidación de unos valores ético-sociales, etc. Pero esta evasión es solo aparente: lo que demuestra es que el derecho penal es una red inmensa, que va tejiendo sus mallas con una lógica heterogénea; y que por esa heterogeneidad desafia cualquier racionalidad. Seguramente, de ahí brota ese malestar que lo cobija y del cual no ha podido encontrar forma de sacudirse.