

IVÁN OROZCO ABAD y JUAN GABRIEL GÓMEZ ALBARELLO, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, 2ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis-IEPRI, 1999.

La obra es el resultado de una investigación financiada por el Ministerio de Justicia y del Derecho, logrando ya una segunda edición. Se anuncia como objeto, el análisis de las "orientaciones globales de política criminal que con una mayor probabilidad pueden llegar (...)— a desarrollarse, en el mediano plazo, a manera de respuestas a los desafíos que plantea la realidad, en el seno de la Constitución de 1991, dadas las circunstancias actuales de crisis profunda de violencia, de corrupción y de pérdida de soberanía por que atraviesan el Estado y, en general, el sistema político y social colombianos" (pág. 11). Explican los autores que el objeto de estudio está ligado a la tesis, según la cual, en Colombia, la política criminal y social constituyen un apéndice de la política de seguridad interior y exterior (pág. 11).

A lo largo de la exposición los investigadores identifican las tensiones entre eficientismo y garantismo, Estado liberal y Estado social. Así mismo, realizan un análisis de la legislación y la jurisprudencia de los estados de excepción de nuestra Corte Constitucional, con énfasis en materia criminal, continuando en la lógica de evidenciar la resistencia entre eficientismo y garantismo. Finalmente, se presentan no solo las conclusiones del trabajo, sino también un estudio del Derecho Internacional Humanitario (DIH) respecto de la democracia y la justicia, la impunidad, la sociedad civil, el crimen organizado y la corrupción, aspectos analizados de frente a los Derechos Humanos (DH). Es importante anotar que en el capítulo denominado "Conclusiones", OROZCO ABAD y GÓMEZ ALBARELLO no se conforman solo con concluir, sino que se arriesgan a lanzar propuestas frente al panorama político y jurídico del país, el cual es descrito en el libro como de alta complejidad.

Aparece como preocupación constante en el trabajo la crisis del modelo político colombiano, crisis que se encuadra, al parecer de los autores, en las contradicciones que genera la coexistencia del Estado liberal, que supone un mandato de abstención de intervención de las libertades (no lesión), y el Estado social, que incluye un mandato de eficacia y protección frente a los derechos fundamentales, incluidos los derechos de libertad (págs. 41 a 43).

Plantean OROZCO ABAD y GÓMEZ ALBARELLO, que al generarse desde el Estado social un mandato de eficacia, este opera "en tal sentido, en circunstancias de crisis —real o simplemente sentida— de sus condiciones empíricas, remotas y/o inmediatas, de posibilidad, como un gran potenciador del peligro eficientista" (pág. 44).

La tensión generada por la coexistencia del Estado liberal y del Estado social, la abordan desde el discurso de la complejidad, referenciando reiteradamente a NIKLAS LUHMANN.

OROZCO ABAD y GÓMEZ ALBARELLO afirman que del mandato de eficiencia que supone el Estado liberal, se generan dos consecuencias: en primer lugar, los derechos subjetivos individuales de libertad social se convierten en derechos y valores objetivos, teniendo como resultado una Constitución que funciona como derrotero. En segundo lugar, el mandato de eficiencia genera un mandato de criminalización de las conductas en clave preventiva, es decir, es talanquera de un rudo eficientismo (pág. 45).

Los autores describen la instrumentalización del mandato de eficiencia para la construcción del "derecho penal del enemigo", defecto que se ve auspiciado por el método de interpretación constitucional de "sopesamiento de principios", el cual posibilita que en el seno de nuestra Corte Constitucional se profirieran decisiones tanto garantistas como eficientistas. Este carácter aleatorio de las decisiones se explica porque estas se toman de acuerdo con las "fluctuaciones en el nivel del miedo a la pérdida de estabilidad política, la os-

cilación entre la protección de las libertades individuales y la afirmación de la autoridad soberana (...)" (pág. 53).

Aducen que el "carácter cíclico" de la Corte Constitucional, al momento de decidir, se ha extendido a todos los temas de discusión, resultando bastante notorio cuando se trata de los estados de excepción.

La instrumentalización del Estado social y, sobre todo, del eficientismo, ha llevado a OROZCO ABAD y GÓMEZ ALBARELLO, en el último capítulo, a proponer como criterio principal para la adecuación de los sistemas constitucional y legal, el DIH. Esta propuesta la justifican en el siguiente sentido: es premisa empírica del Estado social y liberal de derecho la paz militar, política y social, consagrando un espectro más amplio de derechos fundamentales con respecto al DIH, no obstante, "en la práctica, sobre todo, —aunque no exclusivamente— por la vía de la 'excepción', tales derechos fundamentales resultan con frecuencia sacrificados en aras de la eficiencia en el mantenimiento del orden público, etc., hasta el punto que su protección cae muy por debajo de los mínimos humanitarios previstos por el DIH" (pág. 253).

Considero con relación a los argumentos de OROZCO ABAD y GÓMEZ ALBARELLO, expuestos al momento de describir la crisis de los sistemas constitucionales modernos, entre ellos el colombiano, y frente a la cual se identifica como una de las causas la tensión que genera la coexistencia del Estado liberal y el Estado Social, que se hace extensiva la crítica realizada por FERRAJOLI al planteamiento de LUHMANN, TEUBNER y ZOLO. En efecto, plantea FERRAJOLI: "Una lectura bastante difundida de semejante crisis es la que interpreta como crisis de la misma capacidad regulativa del derecho, debida a la elevada complejidad de las sociedades contemporáneas. La multiplicidad de las funciones exigidas al Estado social, la inflación legislativa, la pluralidad de las fuentes normativas, su subordinación a imperativos sistemáticos de tipo económico, tecnológico y político y, por otra parte, la ineficacia de los controles y los amplios márgenes de irresponsabilidad de los po-

deres públicos generarían —según autores como LUHMANN, TEUBNER y ZOLO— una creciente incoherencia, falta de plenitud, imposibilidad de conocimiento e ineficacia del sistema jurídico. De aquí se seguiría un debilitamiento de la misma función normativa del derecho y, en particular, la quiebra de sus funciones de límite y vínculo para la política y el mercado, y, por tanto, de garantía de los derechos fundamentales, tanto de libertad como sociales.

"Nos parece que este diagnóstico podría responder a una suerte de falacia naturalista o, quizás mejor, determinista: nuestros sistemas jurídicos son como son porque no podrían ser de otro modo"¹.

Se equivocan OROZCO ABAD y GÓMEZ ALBARELLO cuando asimilan el mandato de protección frente a los derechos fundamentales a un mandato de criminalización, porque la eficacia o eficiencia en la protección de los derechos fundamentales y en la prestación de los servicios sociales, como cualidades necesarias en el Estado social, no son sinónimas de eficientismo. Por tanto, el mandato positivo de protección no constituye un mandato de intervención punitiva en la esfera de libertad del ciudadano.

Por consiguiente, la instrumentalización indebida del Estado social para fines eficientistas y la ineficacia de los derechos fundamentales como límites al poder, no justifica razonablemente su sustitución por el DIH, pues si el espectro amplio de garantías que supone el estado social y democrático de derecho se instrumentaliza para tales fines, nada impide que el espectro mínimo que supone el DIH no sea instrumentalizado y con más facilidad, en igual sentido.

No obstante lo anterior, considero que el texto es una radiografía del estado actual de cosas, es una completa descripción de la realidad que en los aspectos abordados, padece nuestro país. El texto en el plano descriptivo es acertado.

También el tratamiento que se realiza de la jurisprudencia de la Corte Constitucional es atinado y nos presenta en forma sistemática las decisiones que de alguna manera son más significativas para demostrar la poca consistencia en el fin

de protección de la Carta Constitucional de un organismo creado precisamente con esta finalidad. El defecto es estructural y ha posibilitado, tal como lo indican los autores, la construcción y fortalecimiento del "derecho penal del enemigo".

Finalmente, estamos ante una obra polémica, seria y fuerte en sus argumentos, de la cual es bastante difícil dar cuenta en pocas páginas. Este texto nos introduce en discusiones muy críticas frente al quehacer normativo y político en nuestro país, lo cual, por sí solo, justifica cualquier acercamiento.

DIANA PATRICIA ARIAS HOLGUÍN

Especialista en derecho penal – Universidad de Antioquia

Medellín, 25 de febrero de 2000.

SAÚL FRANCO, *El quinto: no matar. Contextos explicativos de la violencia en Colombia*, Santa Fe de Bogotá, Tercer Mundo-IEPRI, 1999.

SAÚL FRANCO es, ante todo, un colombiano interesado en el fenómeno de la violencia en nuestro país. Médico de la Universidad de Antioquia, *magister* en medicina social de la Universidad Autónoma de México. Ph. D. en salud pública, fundación Oswaldo Cruz, Río de Janeiro, Brasil, donde la primera versión del presente trabajo le fue laureada como tesis doctoral. Actualmente es docente de la Universidad Nacional de Colombia en Bogotá, presidente de la Asociación Internacional de Políticas de Salud, coordinador del Movimiento Nacional por la Salud Pública en Colombia y miembro de la Corporación Salud y Desarrollo.

La obra que nos ocupa, consta de 208 páginas, dividida en 7 capítulos:

1° Acercamiento al problema. 2° Perfil situacional. 3° Premisas, insumos, riesgos y limitaciones. 4° Lenguaje de las cifras. 5° Detrás de los discursos. 6° Diálogos preliminares entre datos, ideas y discursos. 7° Inclusiones.

Además, la obra contiene un completo índice de gráficas, cuadros y mapas, que ilustran y orientan el conocimiento acerca de la realidad estadística de este fenómeno.

Desde la noción sociológica de la problemática actual del país, establece el autor un claro y acertado estudio sobre un mal casi endémico, cual es el homicidio determinado por género, edad y regiones del país.

Se hace gran énfasis en la dinámica propia del conflicto, a través de la historia, en su complejidad y la plurivariación de actores inmersos en el mismo. De acuerdo con lo expuesto por el doctor FRANCO, se pretende con el texto elevar un problema de la realidad colombiana a un contexto más teórico, sin perder la objetividad, a fin de convertirlo en materia de un profundo análisis y debate para comprender las causas del homicidio.

Lo realmente positivo de este estudio es su contribución a romper con el simplismo explicativo y quitarles piso a los intentos unicastalistas de explicar el homicidio. Además, supera la sabiduría convencional sobre el fenómeno de la violencia en Colombia.

Uno de los aspectos que presenta mayor relevancia, es la trascendencia que el autor le imprime a fenómenos como la iniquidad, la impunidad y la intolerancia, que se entrelazan irremediablemente como causas de la violencia generalizada. Además, se apoya en cifras estadísticas para comparar las relaciones entre el homicidio y otras causas de las defunciones en Colombia; también, las relaciones entre desempleo y homicidio, concentración del ingreso y el homicidio, analfabetismo y homicidio, estandarizados por región del país y año.

Presenta un novedoso sistema de afrontar el tema con entrevistas a los actores del conflicto, pero con un gran aporte metodológico, cuestionándolos acerca de su forma de ver la situación actual de violencia, a qué se debe esa situación, cómo superar la actual violencia y las alternativas al problema.

En este contexto explicativo, muestra clara y detalladamente víctimas del homicidio desde 1975 a 1995, en períodos quinquenales determinando las víctimas por hombres y mujeres tomando en cuenta sus respectivas edades, en lugares como Antioquia, Valle y Bogotá.

La obra expone conceptos tan ciertos como "El aumento de la crueldad, pues se percibe que

¹ LUIGI FERRAJOLI: "El derecho como sistemas de garantías", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 60, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis-Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia, 1999, p. 61

cada vez hay mayor sevicia en los actos violentos; se respeta menos a ciertos grupos, tales como niños, mujeres y ancianos; se recurre a formas más crueles, como las masacres, o desollar, descuartizar e incinerar a las víctimas; se utilizan armas y métodos que aumentan y prolongan el dolor, el desespero y la impotencia. Esta respuesta apunta al reconocimiento de lo que ya se viene indicando como un paso de la violencia a la barbarie, una especie de degradación de la propia violencia" (págs. 194 y 195).

El autor nos sumerge en la realidad colombiana y cotidiana respondiendo a preguntas que alguna vez todo colombiano y cualquier persona interesada en el conflicto se ha planteado y de seguro por la dinámica del conflicto no han sido de fácil respuesta.

HERNÁN DAVID VALENCIA VÉLEZ
Estudiante, Facultad de Derecho
Universidad Pontificia Bolivariana
Medellín, abril de 2000

MAURICIO MARTÍNEZ SÁNCHEZ: *La crisis de la justicia penal en Colombia*. Promesas constitucionales incumplidas, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1999.

Todos los días, en noticieros y prensa, vemos como aumentan los problemas en las cárceles, como se congestionan más los juzgados y se descubren nuevos focos de corrupción a todos los niveles. Este libro lleva un título familiar, pues todos sabemos que hay una crisis, nadie lo niega; el problema, es que tampoco nadie lo afronta. Vemos lo que pasa superficialmente, pero no observamos el problema globalmente, desde la raíz del mismo hasta sus últimas consecuencias. Y en esto consiste precisamente el trabajo que el doctor MAURICIO MARTÍNEZ SÁNCHEZ, catedrático y magistrado del Consejo Seccional de la judicatura (seccional Bogotá), realiza con este libro. Respecto al mismo tenemos que decir para comenzar que es un texto crítico del sistema penal y ante todo del sistema social, a la desigualdad tanto material como jurídica (todas estas, bases del problema); es un texto fuerte, escrito "desde y con angustia" como bien lo dice ZAFFARONI en el prólogo, pero sin miedo, en un país donde este sentimiento se volvió demasiado común.

Al investigar la realidad de la justicia en Colombia, el autor tiene necesariamente que adentrarse en el tema político, realizando ciertas críticas con las que se puede o no estar de acuerdo por llegar a herir susceptibilidades políticas, pero en todo caso, lo importante es que no se trata de criticar por criticar, sino que lo hace con argumentos sólidos, pruebas y fundamentado en los hechos.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ enfoca el problema de la crisis de la justicia penal en Colombia desde 3 aspectos diferentes pero no excluyentes; en realidad se trata más de una distinción pedagógica y hasta cierto punto cronológica, pues comienza en el primer capítulo con una crítica a la Constitución de 1991 y trabaja en el último el problema carcelario, sin embargo, es pertinente aclarar que todo se interrelaciona, que en realidad no existe separación material y que se trata más de un círculo vicioso, donde un problema siempre genera otro, y el tratarlos separadamente solo es una ayuda metodológica. De dicha subdivisión resultan los 3 capítulos de que consta el libro y que entraremos a analizar: "política criminal, justicia penal y Constitución del 91"; "justicia penal, eficientismo y realidad social en Colombia" y "la ejecución penitenciaria".

ZAFFARONI dice en el prólogo que el deber ser es un ser que no es, y cuando ocurre el "disparate" (esto es que la realidad se dispara respecto a la norma), es un ser que nunca será. Es así como en este primer capítulo se nos muestra, precisamente, la diferencia entre el ser y el deber ser; y como, dadas las situaciones fácticas que atraviesa el país, no solo es un deber ser que no es, sino que es un deber ser, que por lo menos a corto plazo, no parece que pueda llegar a ser.

La metodología que usa el autor para observar la citada diferencia consiste en realizar un análisis de cuáles deben ser los límites y las obligaciones del derecho y la justicia penal en Colombia por ser este un Estado social y democrático de derecho.

No es casualidad entonces que comience con la respectiva mención y revisión de la Constitución de 1991 pues es desde ella que se hace la consagración (en su art. 10) de Colombia como Estado social y democrático de derecho. Es así como, aun cuando todos sabemos que el proble-

ma de la justicia penal en Colombia es muy anterior a la constitución de 1991, el autor toma esta como base para el desarrollo del problema.

Al entrar a realizar el análisis de los límites y obligaciones de la justicia Colombiana por haber optado por este sistema de gobierno, los divide en límites por ser un Estado de derecho, límites por ser un Estado democrático y obligaciones por tratarse de un Estado social.

Al tratar el tema de los límites, encontramos el principio de legalidad, la taxatividad, la irretroactividad, la favorabilidad y el debido proceso. El autor toma cada uno de los límites (deber ser), y los confronta con la realidad (ser), y por medio de ejemplos, nos muestra cuáles son sus faltas en nuestra ley, pero sobre todo sus violaciones en la práctica, que son tales y de tal magnitud que es por eso que el derecho penal no cumple su fin más importante que es el de ser un instrumento de pacificación. El mismo procedimiento lo realiza con los límites que se deben observar por tratarse de un Estado democrático y que son: la igualdad, la libertad como principio general, la dignidad humana y la separación, que en aras de la imparcialidad, debe existir entre la acusación y el juzgamiento. Por último desarrolla cuáles son las obligaciones que debería tener el Estado Colombiano en lo relacionado con la justicia para poder ser consecuente con lo consagrado en la Constitución, y considera que consisten en tener o por lo menos buscar un derecho penal de intervención mínima, que tenga eficacia práctica y no simbólica, y donde pueda encontrarse seguridad jurídica.

En la segunda parte del libro, titulada "Justicia penal, eficientismo y realidad social en Colombia", se trata, ya no de confrontar el ser con el deber ser, sino de observar el ser que es, o mejor dicho la realidad que no debería ser.

Para este capítulo en especial, toma muy en cuenta el autor, además de la realidad observable a simple vista por los medios de comunicación, toda clase de documentación como informes del DANE, de la Fiscalía, de la Defensoría del Pueblo, de las ONGs, etc. Esto le otorga más credibilidad, pues al tratar el tema de la realidad social, no se imita a lo que cree o a lo que observa a simple vista, sino que lo sustenta con estadísticas, estudios, etc.

En relación con el "eficientismo" de la justicia penal, presenta el autor la idea del llamado discurso parcializado, por medio del cual se legitiman ciertas actitudes, instituciones, sentencias, normas y hechos, dividiéndolos en "buenos" y "malos" y resaltando como uno de los problemas más graves de este discurso popular, el de convertir el derecho penal en un derecho penal de enemigo", en el cual el delincuente se convierte automáticamente en el enemigo de la sociedad y hay que hacer lo posible para neutralizarlo, para crear en la sociedad una falsa sensación de seguridad.

Como habíamos dicho al comienzo de la presente reseña bibliográfica, el texto es más que todo una gran crítica social y política; y en este capítulo es donde más desarrolla el problema de la realidad social. Es así como nos encontramos con el subtítulo: "Injusticias sociales vs. Justicia legal", donde, después de un análisis de la clasificación de los bienes jurídicos y el interés del legislador en esta, y de desvirtuar ciertas tesis que indicaban que los genes de un individuo lo predisponen a la violencia, podemos concluir que no son únicamente los pobres los que delinquen, pero sí son a los que más pune el sistema.

Al hablar de la realidad social colombiana no podía dejar pasar por alto un tema clave, y es el de estar Colombia catalogada como un Estado de "narco-bienestar", con las consecuencias de este problema, que van desde una mezcla en la que se pierde la diferencia entre valores buenos y malos, la deformación de las inversiones económicas por la necesidad de inversión rápida en el lavado de activos, falta de recaudo de impuestos, aumento de gasto militar y la consecuente desprotección para las clases menos favorecidas, e incluso la postergación del Estado de derecho.

A todo esto hay que sumarle la falta de credibilidad del Estado, el cual se ha ido deslegitimando, entre otros factores, por la exagerada protección a ciertos sectores y el abandono de otros (los más pobres, el "pueblo"). Entonces surgen en respuesta otras formas de reemplazo de la autoridad estatal como la guerrilla y los paramilitares, que en ciertas zonas han sustituido a las figuras del Estado, llegando incluso a realizar el papel de jueces.