

# EL AUMENTO DE LA VIOLENCIA DELICTIVA ES TAMBIÉN UNA EXPRESIÓN DE LA CRISIS DEL DERECHO PENAL

Por PASTOR ACEVEDO H.\*

“El crimen ocupa continuamente el primer plano de la escena, pero el criminal no figura en ella sino de modo fugaz y queda casi inmediatamente reemplazado”. (ALBERT CAMUS, *La Caída*).

## 1. PRESENTACIÓN

Quiero agradecer a la Comisión de Estudios sobre la Violencia, creada por el Ministerio de Gobierno, el haber acogido una propuesta de trabajo que, en su desarrollo, me ha permitido ahondar un poco en un problema que considero nodal en la administración de justicia penal en Colombia: la normatividad penal (ya sea sustantiva o procesal) y su incidencia en la violencia delictiva. Para la elaboración de este trabajo, sus conclusiones y recomendaciones, se realizaron 23 entrevistas en tres ciudades del país, 18 de las cuales fueron grabadas y se anexan, las otras cinco entrevistas no se grabaron, pero sirvieron para obtener alguna información y elementos de juicio. Estas cinco entrevistas se realizaron con los siguientes personajes: El Presidente del Tribunal Superior, un magistrado y un juez superior del Magdalena, el Juez Décimo Superior de Bogotá y el doctor GUILLERMO DÁVILA MUÑOZ, magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

He creído necesaria la anexión de las entrevistas por dos razones: 1ª) porque la posición asumida en este trabajo se diferencia radicalmente de las peticiones que la justicia penal formula hoy como esenciales para cumplir con su función de administrar justicia eficazmente; y 2ª) porque por la calificación y calidad de las respuestas de los entrevistados se avalan suficientemente las conclusiones y recomendaciones que en este trabajo se proponen.

## 2. LA NORMATIVIDAD PENAL EN COLOMBIA

No es nueva en Colombia la discusión sobre el lugar secundario que, frente a los otros poderes públicos, ocupa la rama jurisdiccional; tampoco se origina en

\* Profesor de Criminología en la Universidad de Antioquia. Informe elaborado por el autor para la Comisión de Estudios sobre la Violencia creada por el Ministerio de Gobierno, en representación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la U. de A.

los tristes acontecimientos del 6 y el 7 de noviembre de 1985 la discusión sobre las condiciones infrahumanas en las que ejerce la administración de justicia en Colombia, ni tampoco es la primera vez que las estadísticas se utilizan para corroborar la ineficacia de una función que, inherente a un Estado de derecho y esencial para su legitimación, en Colombia ha estado totalmente de espaldas a la realidad del país.

No voy, pues, a ocuparme en los mismos términos del problema; he creído necesario proponer una aproximación, dirigiendo la mirada a otros elementos de los varios que se conjugan en la administración de justicia penal.

Hablar de administración de justicia penal, implica moverse dentro de la idea de una función que se desarrolla bajo el mandato de la ley (normatividad penal sustancial o procesal); y a través de unos recursos humanos, técnicos y económicos; pero implica, también, comenzar a establecer diferencias en lo interno del derecho, con otras expresiones de la administración de justicia como la laboral, la civil, la administrativa o la comercial. Estas diferencias hoy se hacen necesarias de indagar, porque al plantearse la administración de justicia penal como una realidad que aprehende al delincuente y a la delincuencia para reprimirla y prevenirla, dicha aprehensión penetra la administración de justicia, la rebasa y la desborda de su marco de reflexión técnico-jurídica, en el que exclusivamente se forma a los abogados, jueces y legisladores, y en el que sí pueden moverse, con exclusividad, las otras ramas del derecho.

Al asumir la normatividad penal los conceptos de delito y pena, como conceptos con un contenido solo jurídico y al proponerlos así como único objeto en la formación de futuros jueces, abogados y legisladores, se ha marginado de su reflexión un concepto que no admite este tratamiento exclusivamente jurídico: el de delincuente. "El delito y la pena son entes jurídicos, entre esos dos extremos queda aprisionado el individuo sin ninguna expresión propia, sino solo en cuanto aparece reflejado en una y otro"<sup>1</sup>.

Esta ausencia de reflexión, dentro del derecho penal, por todo lo que significa el delincuente, ha ido acompañada de un desinterés de la teoría y la normatividad penal por la indagación, ya sea particular o general, de la etiología del delito, o de otra manera, de un desinterés total por la Criminología.

La administración de justicia penal, determinada en su ejercicio por la teoría penal y la normatividad penal, ha asumido para sí misma que el derecho penal es solo una cuestión de técnica legislativa, judicial y dogmática<sup>2</sup>.

No es de extrañar, entonces, que en los escenarios donde se discute hoy sobre la violencia, sus causas y soluciones, los abogados y los juristas, cuando se presentan, lo hagan llevando únicamente propuestas de expedición de leyes o decretos, y fundamentos con una profunda elaboración teórica, para modificar códigos y reglamentos. Los abogados, en su formación y a consecuencia de ella, han sido por completo enajenados de la realidad para la cual legislan, o en la que ejercen la función de administrar justicia penal.

<sup>1</sup> JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción al derecho*, Bogotá, Edit. Temis, 1986, pág. 132.

<sup>2</sup> JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, en *Nuevo Foro Penal*, N° 25, Bogotá, Edit. Temis.

Una primera consecuencia es ya posible esbozar: el Estado, al encomendar a los juristas y abogados la misión de hacer las leyes (códigos, decretos, etc.), ha entregado la elaboración de normas para aplicar en el país, a quienes no conocen la realidad de Colombia, a quienes carecen de una mínima solvencia teórica en otras disciplinas, que, de tenerla, les posibilitaría comprender la realidad para la cual elaboran las normas. En este trabajo quiero afirmar que la normatividad vigente en el país está totalmente desfasada de la realidad en la cual sirve, como mandato para la administración de justicia penal.

Es posible traer como un ejemplo de la afirmación anterior, el Código Penal expedido en 1980; su vigencia se inició en 1981; en su elaboración, los juristas que le dieron la existencia se adscribieron a la más moderna corriente alemana de la teoría penal. Del Código anterior, expedido en 1936, se renegó por considerar como fundamento de la pena la peligrosidad del delincuente y se ha presentado como un grande avance histórico que hoy se condene a quien ha cometido un ilícito por la culpabilidad que tenga de su conducta, mas no por lo peligroso que con su comportamiento se revele para la vida en sociedad. Pero resulta que el Código anterior no se aplicó ateniéndose tan solo al peligrosismo, como se decía, ni el Código vigente se aplica mirando tan solo a la culpabilidad, como se ha propuesto; lo que sí se ha podido comprobar es que un fundamento que soporta la normatividad penal alemana, no es aplicable en su eficacia y validez a la normatividad penal y a la administración de justicia penal colombiana, porque aun atendiendo solo a las diferencias históricas, sociales y económicas, en ningún país europeo la delincuencia común es hoy un problema de orden público, como sí lo es en Colombia, en donde la tranquilidad y la seguridad de todos y cada uno de los ciudadanos se halla cotidiana y permanentemente amenazada; "...las reformas más recientes en América Latina no han problematizado la cuestión de la función del derecho penal en la sociedad, sino, buscando simplemente una mejor formación técnico-jurídica de las leyes penales (por ejemplo el Código Penal de Brasil de 1969; Código Penal de Bolivia, de 1970; Código Penal de Costa Rica de 1970; Código penal Cubano de 1979; Código Penal de Colombia de 1980). Estas reformas han definido su tarea como jurídica y no como social"<sup>3</sup>.

No es mi interés en este trabajo asumir una decisión frente al complejo problema de la culpabilidad o el peligrosismo; quiero solo enfatizar ese desfase de la normatividad penal de la realidad que normatiza.

Posterior a la vigencia del Código Penal se expidió el decreto 1853, que propuso reformas procedimentales en la administración de justicia penal. Su inspiración: alemana; su fundamento: la culpabilidad. No se trata de una discusión estadística al indagar si aumentó o no la impunidad: se trata de mirar el impacto que socialmente tuvo la aplicación de este decreto. Un juez superior plantea, al ser entrevistado, que el país no estaba socialmente preparado para lo que fue el fundamento de este decreto. Debemos entender, entonces, que el país no está preparado para el Código Penal con todas sus implicaciones. La respuesta del general Miguel Maza Márquez,

<sup>3</sup> ENRIQUE BACIGALUPO, *Manual de derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1984.

si se quiere, es más amplia y más reveladora de lo que pretendo demostrar: en Alemania la aplicación de una norma como el decreto 1853 implicó la conformación de grupos interdisciplinarios compuestos por psicólogos, sociólogos, siquiátricos, etc., para hacerle un seguimiento al comportamiento en libertad de quienes se beneficiaron de tal norma. Hubo quienes, tal vez con una actitud más ligera, en el momento en que se polemizaba sobre la incidencia del decreto en la impunidad, afirmaron que su expedición se había hecho únicamente para buscar solución al grave problema del hacinamiento carcelario.

Y más grave es el problema de desfase en la elaboración de la normatividad penal, si se agrega la ignorancia de los juristas por otras disciplinas ajenas a la estricta reflexión jurídica (pienso en la antropología, la lingüística, la psicología, etc.). También el Código Penal es un ejemplo relevante de ello: mírese tan solo el concepto que se tiene del indígena y el tratamiento que se ordena darle: considerado como un retrasado mental (inimputable por inmadurez psicológica), por su mera condición de indígena se ordena reintegrarlo a su medio "natural". Un magistrado de Tribunal Superior preguntaba si se trataría de devolverlo en un helicóptero a la selva. ¿Y qué decir del tratamiento que en la administración de la justicia penal se da a los delitos sexuales? Las investigaciones son denigrantes para la víctima; debe ser preferible para una mujer soportar la infamia de una violación, que las interminables vergüenzas a las que se la somete durante todo el tiempo que dura la investigación.

Es comprensible entonces que aun un magistrado de la Corte Suprema de Justicia, el doctor MANTILLA JÁCOME, afirme contundentemente la necesidad de que las normas penales no sean elaboradas por los juristas, por los abogados. No estamos preparados los abogados, ni capacitados por nuestra formación, para hacer normas; no tenemos ninguna preparación que nos habilite para tan difícil y exigente labor. Técnicos jurídicos, determinados por esta formación en la concepción de los problemas, los abogados, inmersos en la administración de justicia penal, nos hallamos frente a una realidad sin alternativas y sin respuestas, proponiendo leyes, códigos y reformas y dedicados a elucubraciones ajenas por completo a toda nuestra realidad.

### 3. ESCUELAS DE DERECHO: FORMACIÓN DE ABOGADOS, JUECES Y LEGISLADORES

Si bien es cierto que el derecho penal es un problema de técnica jurídica, la formación del abogado (futuro litigante, juez, legislador) no puede limitarse únicamente, a una reflexión exclusivamente jurídica como actualmente se hace. Ha sido sorprendente escuchar, en todas las entrevistas que se hicieron para este trabajo, la opinión generalizada sobre la insuficiente —por no decir pésima— formación que se está dando en materia penal a los estudiantes en las diferentes escuelas de derecho del país. El presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín definía la formación de los abogados dentro de un sistema clásico totalmente desactualizado. Es una formación "pobre y cerrada", dijo un magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

No es lo mismo formar un administrador de justicia civil o laboral que un juez para que administre justicia penal. Un juez civil, un juez laboral, pueden con toda facilidad moverse dentro de una reflexión exclusivamente jurídica; los asuntos que tramitan se adelantan aun prescindiendo de los interesados y por intermedio de sus abogados, facultados por un poder para representarlos en todo el proceso; pero en la administración de justicia penal, en medio de esa discusión jurídica, se encuentra un hombre totalmente involucrado del que no se puede prescindir y que exige una aproximación teórica interdisciplinaria.

En consecuencia, incapacitados los abogados para elaborar las leyes, también se encuentran, por su formación, incapacitados para la función de administrar justicia penal. Puede dotarse a la administración de justicia penal, de todos los recursos económicos que hoy le faltan y son su continuo y único lamento; pero seguramente con ello poco se logrará, al igual que con la expedición de códigos, decretos y normas, así reformen y "actualicen" otros decretos, códigos y normas. Mientras no se replantee la formación que se da a los abogados en materia penal, esa formación que los enajena de cualquier reflexión y aprehensión de la realidad en la cual "administran justicia penal", mientras no se replantee la actitud mental que esta formación les crea, para su aproximación a los problemas que les toca manejar, la administración de justicia penal seguirá siendo ineficiente e ineficaz en su labor. O se especializa a los abogados que van a ser jueces en materia penal, o se incluyen como obligatorias, dentro de los programas de estudio del derecho, materias como la antropología, la lingüística, la sociología, la psicología, etc., estudiando y definiendo previamente el contenido de estas materias, que tienen que ver con una materia que asombra por su ausencia en los programas de derecho: la Criminología.

No se trata de abrir una escuela judicial, sin saber hacia dónde se van a orientar sus programas; este proyecto tendría que estructurarse, dentro de lo que necesita el país, en su administración de justicia penal.

Es irresponsable, por decir lo menos, la formación que actualmente se da en las facultades de derecho en materia penal. También esto implica un control riguroso a la apertura y funcionamiento de las escuelas de derecho; hoy, como lo denunció el presidente del Tribunal Superior del Magdalena, aquel que encuentra una casa desocupada, abre en ella una escuela de derecho; citaba el ejemplo de Barranquilla, con seis facultades en la actualidad y estudiantes a distancia; esta proliferación incontrolada de abogados ha hecho sentir sus consecuencias no solo en el nivel teórico y académico del derecho, sino también en la ética de este ejercicio.

### 4. NORMATIVIDAD PENAL, ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL Y LEGITIMACIÓN DEL ESTADO

El problema, mirado a través de quienes podríamos llamar los "actores" de la administración de justicia penal (la normatividad vigente y quienes cumplen la función de aplicarla o elaborarla: abogados, jueces y legisladores), es desconcertante,

y posibilita, además, plantear la grave crisis en que se mueve el derecho penal colombiano, que, en otros términos, se expresa en una frecuente e improvisada expedición de normas penales, bien de orden sustantivo o procedimental.

A comienzos de los años 50, toda Europa era un caos; la segunda guerra mundial acaba de terminar; este caos se vive también en el derecho; GEORGES RIPERT<sup>4</sup> decía en 1951 algo que nos puede llevar a comprender mejor la necesidad de afirmar esta crisis de la administración de justicia penal, a partir de la normatividad penal y del recurso humano que en ella se mueve: "La abundancia de las leyes puede ser una necesidad en períodos en que se impone el intervencionismo. Pero si constituye una necesidad, es también temerario considerarla como un progreso. Por el contrario, es justamente una de las causas profundas de la crisis del derecho esta movilidad de la legislación que deja a los sujetos de derecho en la incertidumbre, les impide contar con el porvenir, les obliga a modificar incesantemente su conducta y les hace dudar del valor de las leyes... Los juristas se ven desamparados por esta movilidad de la legislación, por estas leyes temporarias o excepcionales preparadas a toda prisa y a menudo votadas en medio del desorden de las ideas".

Pero, ¿qué incidencia puede tener esta situación en la violencia delictiva que actualmente azota al país? Es necesario primero definir el papel que cumple la normatividad penal en el ejercicio del poder del Estado. Una aproximación teórica simple plantea que la normatividad penal "forma parte de los mecanismos sociales que tienen por finalidad obtener determinados comportamientos individuales en la vida social"<sup>5</sup>. Otro autor afirma que "La norma jurídica penal pretende la regulación de conductas humanas y tiene por base la conducta humana que pretende regular, para ello tiene que partir de la conducta humana tal como aparece en la realidad"<sup>6</sup>.

En otros términos, creo que sea posible, siguiendo el desarrollo de algunas ideas de POULANTZAS, proponer la normatividad penal como una forma de represión legal en el ejercicio del poder, como constitutiva, igualmente, del campo político-social, como codificación, a la vez, de prohibiciones y de mandatos positivos. La normatividad penal cumple un papel esencial, en cuanto organización de la represión legal y de persuasión, para prevenir la proliferación de conductas delictuales; su doble papel está dado por ser una limitación a la arbitrariedad estatal y a la vez constituirse en una barrera al ejercicio de la violencia, es decir, la normatividad penal, al ser coerción y persuasión, le permite al Estado lograr, como una de sus formas de *legitimación*, el uso de la represión pero utilizando para ello la ley.

Persuasión, porque quienes están cobijados por la normatividad penal ven en ella la protección de sus valores e intereses; represión, porque es una violencia aplicada en contra de quienes han transgredido la ley, perjudicando los intereses

y valores de la sociedad. La legitimidad, entonces, así entendida, no es más que el *consentimiento* que a las prescripciones de la normatividad penal, se les otorga por quienes aceptan subordinarse a ella, al identificar en ella sus intereses y sus valores. En consecuencia, si el delito constituye una perturbación para la sociedad, la normatividad penal debe servir para castigar al delincuente, buscar su resocialización, reparar el daño y prevenir para que no se incurra en conductas delictivas contra el grupo social.

Si la administración de justicia penal es la materialización de una normatividad penal, el Estado se legitima a través de su administración de justicia penal. Con mucho acierto, un magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dice: "...pero la verdad es que también (por lo menos en nuestro sistema colombiano), la sociedad necesita saber que la administración de justicia actúa, que la administración de justicia es eficaz y que el aparato jurisdiccional, encargado de la represión delictiva, funciona en una o en otra forma..., me parece que los asociados tienen derecho a saber que el autor de un hecho punible, ha sido reprimido en uno o en otro sentido... es un problema de ser práctico y es un problema de la imagen que la administración de justicia muestra dentro del medio social".

Pero, entonces, la normatividad penal debe representar lo que es útil para la sociedad en la que se aplica, no para una sociedad en abstracto, y debe definir como punible lo que es nocivo para un medio social en particular, teniendo presentes condiciones antropológicas, históricas, psicológicas, etc. La norma penal es la regulación de conductas humanas y necesariamente debe tener como base la conducta humana que busca regular, y la conducta humana no es la misma en Alemania que en París o en Colombia. El régimen de propiedad puede que sí sea el mismo para toda la cultura occidental y por ello tenemos un Código Civil con una vigencia de casi 200 años, desde el régimen de Napoleón; pero la normatividad penal para que en su materialización, en la administración de justicia penal, cumpla su función de contribuir a la legitimación del Estado, debe tener como principio y fundamento una cultura determinada, una idiosincrasia, debe mirar la psicología de la sociedad a la que se le va a imponer; de no ser así elaborada, quienes estén bajo el mandato de dicha normatividad penal no verán identificados en ella sus valores e intereses, y entonces las normas aparecen en un total desfase histórico, cultural y social, trayendo, entre otras consecuencias, la pérdida de credibilidad en la administración de justicia y la búsqueda de esta justicia por la "propia mano".

Esta normatividad penal que nos rige, abstracta, formal, con pretensión de universalidad, que no tiene que rendir cuentas de su oportunidad ni de su justicia, de la que solo se requiere que esté vigente para aplicarse técnicamente; ha originado, entre otras razones, la pérdida de legitimidad del Estado a través de una administración de justicia totalmente enajenada, que, sin ninguna credibilidad, propicia el incremento de la violencia delictiva.

Y es precisamente de esta situación de crisis para el derecho penal y de pérdida de credibilidad en la administración de la justicia penal, de la que los abogados no se han ocupado, sino a partir de los síntomas menos graves y más secundarios; absortos en la creencia de la objetividad y cientificidad de su función y limitan-

<sup>4</sup> G. RIPERT et. alt., *La crisis del derecho*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

<sup>5</sup> E. BACIGALUPO, ob. cit., Bogotá, Edit. Temis, 1984, pág. 1.

<sup>6</sup> FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, Bogotá, Edit. Temis, 1984, pág. 9.

dose a un lamento continuo por las condiciones económicas y técnicas en que la cumplen, se han sentido exonerados, así fuera solo en el plano intelectual, de su compromiso histórico.

Al juez, como administrador de un juzgado y con personal bajo sus órdenes, no se le brinda tampoco la más mínima preparación administrativa, que le posibiliten unos básicos criterios administrativos para el cumplimiento de su labor jerárquica en el ámbito del juzgado. Largos procedimientos legales e ineficaces y falta de preparación del personal subalterno agravan este problema de la pérdida absoluta de credibilidad en la administración de justicia. En este sentido han sido enormemente importantes las declaraciones del doctor ÉDGAR SAAVEDRA para precisar, en este momento, dónde se pueden ubicar las verdaderas causas del problema de la administración de justicia penal en Colombia.

Lamentablemente el Juez Décimo superior de Bogotá prefirió que no se grabara la entrevista que me concedió; él apuntó a una situación bastante relevante, que cada día se afianza más en el país: ante la pérdida total de credibilidad en la administración de justicia penal en Colombia, pareciera los medios de comunicación que han asumido esta función, y es así como, ante la comisión de un delito, ellos investigan y condenan públicamente, aun antes de que el delito y los sindicados lleguen a conocimiento del juez. Si luego el juez realiza la investigación judicial y encuentra que no hay mérito para la condena legal, deberá soportar, a su vez, la condena pública de los medios de comunicación. Distorsionada por completo la labor de información, los medios de comunicación hacen de lado el principio constitucional de que nadie es culpable hasta que la ley no se lo compruebe. Solo en un país que, entre otras formas, ha perdido su posibilidad de legitimar el ejercicio del poder a través de su administración de justicia penal, es esto posible. ¿Y qué pensar de las presiones que se ejercen por este medio sobre un juez? Toda la "información" sobre la suerte del tratado de extradición y sobre el posterior pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, es una expresión palpable de lo que se viene instaurando en el país por los medios de comunicación, amparados en una discutible libertad de prensa.

Debiera ser mandato del Estado que los medios de comunicación informaran también sobre la terminación de las investigaciones judiciales, que hicieran reseñas informativas y periodísticas sobre las audiencias y los fallos que a diario acontecen en los juzgados del país, que posibilitaran a la ciudadanía, con personal especializado, adquirir elementos para comprender decisiones judiciales en materia penal. Esto haría que los ciudadanos recobren un poco la confianza en la administración de la justicia penal. Es muy diferente hacer una *investigación* sobre una *investigación*, cuando ya el proceso ha terminado, o está en su etapa pública, que hacerla cuando ni siquiera el juez ha conocido del asunto; la una, presiona a la administración de justicia, la otra, la controla, ahí sí, a través de la opinión pública. ¿Cuántas noticias se silencian en el país porque hay intereses políticos que se mueven e imponen sobre los periodistas y medios de comunicación? La libertad de prensa se ha identificado con la libertad de informar por, para y de acuerdo con las necesidades de los anunciadores; en materia de violencia delictiva esto es *nefando* y piénsese, por

ejemplo, en los llamados delincuentes de cuello blanco, enquistados en su mayoría en la administración pública.

## 5. NORMATIVIDAD PENAL Y CRIMINOLOGÍA

Es particularmente interesante la historia de las relaciones entre la Criminología y el Derecho Penal. Con la publicación en 1871 de *El hombre delincuente*, puede afirmarse que el médico italiano CÉSAR LOMBROSO da origen a una serie de reflexiones teóricas en relación con la etiología del delito; su discípulo ENRIQUE FERRI será su continuador y expresión importante dentro de estas relaciones.

Los teóricos del derecho y los abogados hemos mirado la transición de la escuela clásica del derecho penal hacia la escuela positiva como un avance, como un progreso en los planteamientos de las teorías penales; pero estoy seguro de que un estudio más detenido podría demostrar que el surgimiento de planteamientos criminológicos creó una crisis de fundamentos dentro del derecho penal que desmoronó el edificio teórico y normativo de la escuela clásica, dando ocasión al positivismo. Es decir, los primeros criminólogos, al plantear —desde otras ciencias— la imposibilidad de sostener la tesis del libre albedrío, dejaron sin piso toda la construcción de la teoría penal propuesta por la llamada "Escuela Clásica".

Dos momentos son decisivos para la historia posterior del derecho penal, la normatividad penal y la formación jurídica de los abogados: el discurso sobre "El problema y el método de la ciencia del derecho penal", pronunciado por ARTURO ROCCO en Italia en 1910 y la publicación de *La teoría pura del derecho* de KELSEN, en Alemania, en 1934. A partir de estas elaboraciones (habrían otras muchas que citar, pero estas son lo suficientemente relevantes para el presente propósito), en las cuales es posible determinar un denominador común, en el sentido de darle un estatuto científico al estudio y ejercicio del derecho; este —el derecho en general y el derecho penal en particular— se zambulle en una reflexión exclusivamente jurídica. "Dedicarnos única y exclusivamente al estudio del derecho vigente", decía ROCCO, es decir, la formación del abogado, del jurista, en los términos propuestos en el primer aparte de este trabajo; esa formación que allí se definió como enajenada de todo contexto cultural, histórico y social, es una formación inherente al método que en este siglo se ha elaborado como método propio de aproximación a la norma y a la enseñanza del derecho.

Aquí pienso que es fundamental resaltar la importancia de las entrevistas que para este trabajo fueron realizadas; sin ninguna selección previa de las personas que se iba a entrevistar (a excepción del doctor JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, quien por su posición de administrador de justicia y teórico del derecho penal, me resultaba particularmente interesante), unos desde una posición y otros desde otra, pero todos, unánimemente, coinciden en que la formación estrictamente dogmática y jurídica que hoy se sigue dando en las facultades de derecho a los futuros abogados, jueces y legisladores, no los habilita, en absoluto, para cumplir la difícil labor que impone la administración de justicia.

A partir del momento en que el derecho, para adquirir un "estatuto científico" asume esta posición, la enseñanza de la criminología se excluye de los programas de enseñanza del derecho, o se le minimiza y su presencia para la administración de justicia se constituye en algo puramente tangencial y secundario. Es deplorable ver sentencias proferidas por jueces o magistrados penales citando una bibliografía de hace 40 ó 50 años, desactualizada; textos de sicología y siquiatría que ya deberían figurar en un museo de incunables, se reeditan por editoriales especializadas en material jurídico para consulta de abogados y jueces, y se convierten en el soporte especializado y "científico" para dar cuenta de la responsabilidad de un sindicado. ROBERTO BERGALLI, profesor argentino en la Universidad de Barcelona, plantea para el derecho penal español el problema en los siguientes términos:

"En efecto, en razón de la acentuada opinión de que la criminología ha de aceptar como base de sus investigaciones el punto de partida de que el concepto del delito es un concepto jurídico y que por lo tanto es el derecho penal objetivo el que delimita su campo de actuación, se insiste que la criminología no se ocupa de las normas jurídicas, sino de los hechos que subyacen a esas normas (RODRÍGUEZ DE VESA, *Derecho Penal...*).

"Y esto ha determinado dos rasgos característicos en el estudio de la criminología de nivel universitario: a) que pese a ese predominio de lo jurídico, la enseñanza y más aún la investigación criminológica, han sido absolutamente excluidas de los planes de estudio de las facultades de derecho españolas y b) que la función empíricamente subalterna que ha cumplido esa criminología respecto del derecho penal, en cuanto solo se ha nutrido de material de estudio proveniente de la propia actividad de aquel, ha dejado sin cuestionar su carácter ideológico y ha aceptado acríticamente que el sistema de ese derecho sirve para la protección de unos intereses sociales en detrimento de otros"<sup>7</sup>.

En Colombia, el decreto 3200 de 1979, que regula los estudios de derecho, tampoco incluye la criminología; incluye un curso sobre "sociología y política criminal, medicina legal y técnica criminalística", para ser dictado en un semestre, es decir, un curso de relleno, sin ninguna trascendencia dentro de la formación del estudiante.

Hace poco tiempo un profesor de la facultad de la cual hago parte, afirmaba que lo más importante en la formación de un abogado es el derecho procesal, "porque el derecho no es más que procedimiento". FOUCAULT tenía razón y mantiene su vigencia en los radicales cuestionamientos que le ha hecho al derecho, a su enseñanza, ejercicio y función: "El juez no atestigua acerca de la verdad, sino tan solo de la regularidad del procedimiento"<sup>8</sup>.

Este papel secundario de la criminología es la causa de que su elaboración teórica sea de una absoluta insolvencia teórica, y ahora, cuando algunos abogados empiezan a preocuparse de este problema, en el movimiento de la "nueva crimino-

logía" o "criminología crítica", no deja de ser interesante observar cómo aparecen, por ejemplo, "descubriendo" el marxismo, formulando planteamientos y propuestas ya suficientemente elaborados y desarrollados por teóricos que desde otras disciplinas han pensado el derecho. Con toda razón el mismo FOUCAULT se expresa así de la Criminología: "¿Ha leído usted alguna vez textos de criminología? Es para cortarse el cuello. Y lo digo con asombro, no con agresividad, porque no termino de comprender cómo este discurso de la criminología ha podido quedar en eso. Uno tiene la impresión de que el discurso de la criminología tiene una utilidad tal, es exigido tan fuertemente y se hizo tan necesario para el funcionamiento del sistema, que no tuvo siquiera la necesidad de darse una justificación teórica y ni siquiera una coherencia, una armazón. Es totalmente utilitario"<sup>9</sup>.

Sin embargo, esta relación entre normatividad penal, administración de justicia penal y criminología, comienza a modificarse a partir de algunas propuestas teóricas, formuladas con seriedad y no escuchadas todavía. Es bastante interesante en este sentido la reflexión del doctor JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, presentada en el primer Seminario Nacional de Criminología y sistema penitenciario, que dice: "... y por bastantes lustros se ha creído también —no sabe uno si en verdad o en broma— que el derecho penal es solo una cuestión de técnica jurídica, judicial y dogmática. Casi se ha hecho de él una panacea de la que, como tal, todo se espera (más o menos milagrosamente) en la lucha estatal contra el crimen y a cuya hija putativa, la administración de la justicia penal, se le atribuyen paradójicamente todas las virtudes y al propio tiempo todos los fracasos sistemáticos y tradicionales en el ámbito punitivo... Y duele reconocerlo —sobre todo por boca de un penalista que ha sido también siempre un administrador o dispensador de esa justicia legal —el derecho penal ha realizado en verdad una mala obra. Muy a pesar suyo, la hija le ha resultado contrahecha, ineficiente y desigualitaria, tanto en su operancia disfuncional cuanto en su poco satisfactorias consecuencias prácticas...

"Si no toda la culpa en el fracaso tradicional de la lucha contra el crimen y del tratamiento del criminal se le puede imputar al derecho penal, es porque este no posee autosuficiencia, sino que es solo el producto de la política criminal. Las deficiencias y autoengaños del derecho penal —que son a la vez del legislador, del juez y del científico— son la excrecencia de una mala política criminal, cuyo peor y último detritus suele llamarse, no sin eufemismo pero también sin gloria, sistema penitenciario...

"Pero he aquí que tampoco sobre la política criminal recae íntegramente la responsabilidad, ya que ella a su vez está basada, entre otras cosas, en algo que entre nosotros se viene haciendo, si acaso se hace, del mismo modo mal: la criminología, que sí es una cuestión social"<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> FOUCAULT, *Entrevista sobre la prisión*, 1975.

<sup>10</sup> JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, magistrado del Tribunal Superior de Medellín, profesor universitario y con muchos escritos sobre derecho penal publicados, *Revista Nuevo Foro Penal*, núm. 25, Bogotá, Edit. Temis, 1984.

<sup>7</sup> R. BERGALLI, J. BUSTOS et al., *El pensamiento criminológico*, t. 1, Bogotá, Edit. Temis, 1983.

<sup>8</sup> MICHEL FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, Edit. Gedisa, 1983.

La posición del doctor FERNÁNDEZ CARRASQUILLA es contundente: no puede pensarse en una elaboración de la normatividad penal sin que medien estudios serios de criminología, y no puede concebirse una administración de justicia penal sin la presencia rigurosa de la criminología. Solo así la normatividad penal podría cumplir una función relevante en materia de política criminal, una función preventiva contra el delito.

Y, entonces, es necesario agregar que la criminología es precisamente un problema interdisciplinario y que solo manejado interdisciplinariamente puede dar cuenta de su objeto: la etiología del delito. Es una tarea de realización inmediata incluir en los programas de derecho el estudio interdisciplinario de la criminología, y esta reflexión criminológica debe acompañar al estudiante en gran parte del tiempo que duren sus estudios; dicho de otra manera: este vacío debe subsanarse en cursos obligatorios de especialización para quienes pretendan desempeñar funciones de juez penal. De esta necesidad pueden ser también testimonio importante del manejo que los jueces hacen de la inimputabilidad cuando se trata de enfermos mentales, las declaraciones del médico director del anexo psiquiátrico de la cárcel de La Picota, doctor MANUEL LARROTA, suficientes para poner de manifiesto otra grave insuficiencia teórica de los jueces. No es la idea proponer aquí que los jueces penales se conviertan en especialistas de psicología, psiquiatría, sociología, etc., sino que tengan un mínimo de conocimientos para moverse en ciertas situaciones, ya como jueces, abogados litigantes y aun como legisladores.

La interdiscipliniedad que exige el abordaje, tratamiento y comprensión de la violencia delictiva, bien puede ser la posibilidad para que los estudios de derecho y la administración de justicia penal allanen ese desfase teórico que les separa de otras disciplinas y asuman su compromiso histórico como teoría del derecho penal, normatividad penal y administración de justicia penal. El abogado, juez o legislador pueden seguir manejando la técnica jurídica, pero inscritos en su percepción de los problemas que manejan y en su función en la historia que les toca vivir; solo por este camino la administración de justicia penal podrá asumir el papel que le corresponde frente a la sociedad y frente al Estado, solo a partir de ese momento la justicia penal podrá decir abiertamente que las condiciones técnicas y económicas en las que le toca desempeñar su función son infrahumanas y encontrará el respaldo de una ciudadanía que cree en ella.

## 6. RECOMENDACIONES

Los acontecimientos del Palacio de Justicia, las continuas discusiones sobre el tratado de extradición, las amenazas y muerte de jueces y magistrados, las normas expedidas para tratar de contrarrestar el fenómeno del narcotráfico, los procesos contra narcotraficantes y su posterior libertad, las polémicas públicas sobre el decreto 1853, la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal, las continuas denuncias por corrupción contra personal de las fuerzas armadas y organismos de seguridad, etc., han originado que muchas miradas de interrogación se vuelvan

hacia la administración de justicia penal; al concluir este trabajo quiero retomar nuevamente a MICHEL FOUCAULT en una frase que se convierte en la recomendación:

*Primera.*—“Me temo que sería peligroso que los jueces continúen juzgando solos, liberándolos de su angustia y evitándoles que se pregunten en nombre de qué juzgan?, con qué derecho?, a quién y por qué actos, quiénes son ellos para juzgar? Que se inquieten como nosotros nos inquietamos al encontrarlos tantas veces tan poco inquietos. La crisis de la función de la justicia acaba de comenzar, no la clausuremos precipitadamente”.

Se propone, pues, una revisión interdisciplinaria de la normatividad que soporta la administración de justicia penal en el país.

*Segunda.*—La criminología debe constituirse en una materia obligatoria y con amplia intensidad horaria, elaborando su programa y dictado interdisciplinariamente, abarcando varios semestres de la carrera. Igualmente se debe reexaminar la formación que se imparte en derecho penal.

*Tercera.*—En relación con el punto anterior, se debe buscar que las facultades de derecho integren grupos de investigación interdisciplinaria, no solo para suplir los cursos de criminología, sino también para asesorar al Estado en la elaboración y evaluación de leyes y decretos que tengan que ver con la administración de justicia penal.

*Cuarta.*—La elaboración de normas penales deberá ser encargada a equipos interdisciplinarios conformados por académicos de diferentes regiones del país.

*Quinta.*—Todo procesado deberá tener, obligatoriamente, un apoderado en todas las etapas del proceso; este apoderado deberá ser un abogado titulado o un estudiante de último año de derecho asistido por un profesor.

*Sexta.*—Es imperiosa la necesidad de crear anexos psiquiátricos en las diferentes ciudades del país; para comprender la urgencia de esta necesidad remito a la entrevista del doctor MANUEL LARROTA, psiquiatra jefe del anexo de La Picota.

*Séptima.*—Se debe sugerir a la prensa escrita mantener una información especializada sobre la administración de justicia penal, informando sobre investigaciones concluidas y sentencias.

*Octava.*—La escuela judicial que piensa abrirse debe incluir dentro de su programación cursos interdisciplinarios de criminología, criminalística y pruebas técnicas.

*Novena.*—Se debe hacer una evaluación y una posterior reglamentación sobre la apertura y funcionamiento de las facultades de derecho.

*Décima.*—Otros trabajos seguramente mostrarán las necesidades económicas para la marcha de una adecuada administración de justicia penal, por lo que también deberá atenderse este campo.

El problema de la violencia en el país es sumamente complejo; es más, seguramente los estudios allegados demuestran que es un problema de estructura social, y en consecuencia las medidas por aplicar sean totalmente radicales; pero desde el lugar en que se me propuso hablar espero haber cumplido.