

Garantismo y derecho penal en Colombia*

Juan Oberto SOTOMAYOR ACOSTA

1. LAS FUNCIONES DEL DERECHO PENAL EN AMÉRICA LATINA

La lógica de toda disciplina, como su funcionamiento conceptual, se encuentra siempre vinculada al contexto sociopolítico y económico en que la misma se asienta; los factores existenciales y sociales penetran hasta la propia estructura del conocimiento y por ello el entorno social que la rodea y posibilita, condiciona los contenidos de la propia disciplina¹. Tal situación es especialmente evidente en el campo del derecho, pues sus vínculos con lo social se proyectan sobre la idea misma del derecho, a partir del momento en que se afirma su naturaleza social o histórica; ni siquiera el estudio de un determinado concepto jurídico puede prescindir de las condiciones socioeconómicas y políticas que le dan sentido².

Si ello es cierto, no es lo mismo hablar de derecho penal, y por ende de sus garantías y principios, desde una realidad como la europea, que hacerlo desde este lado del mundo, por más puntos comunes que se puedan encontrar. Referirse al derecho penal desde aquí exige siempre considerar la realidad latinoamericana en general, y colombiana en particular, y preguntarse por la función que en ella cumple ese derecho penal. En América Latina, por el contrario, hemos incurrido en el error de creer que porque una norma o teoría cumplió determinada función en Europa, basta con trasladarla y hacerla propia para que desempeñe el mismo papel, cuando bien sabemos que los principios, como las reglas jurídicas, no tienen una existencia autónoma e independiente, ni funcionan por sí solos, requieren siempre la fuerza motriz que le viene dada por la estructura socioeconómica y política en la cual se insertan³.

Al respecto quizás sea bueno recordar, a manera de ejemplo, que el ideario liberal en materia penal, y en especial su pretensión de establecer ciertos límites a la intervención punitiva estatal, sólo puede ser explicado a partir del proyecto político que le dio origen, que no fue otro que el del Estado liberal burgués. La preocupación liberal por circunscribir la esfera de la autoridad a unos límites precisos a través, entre otros, de principios como el de legalidad y de igualdad ante la ley, no surgió sólo por la afirmación de la libertad civil frente a la arbitrariedad

del poder, sino, también, por la necesidad de salvaguardar unas reglas mínimas que pudieran garantizar el libre juego del mercado⁴, es decir, como expresión de las necesidades propias de la estructura socioeconómica.

En nuestro país, como en general en toda América Latina, el derecho no ha cumplido esta función de mediación abstracta de las relaciones sociales y, por el contrario, se ha convertido en el medio preferido para ocultar los verdaderos intereses dominantes⁵. La importancia del derecho dentro de la estructura política propia de las sociedades latinoamericanas⁶ y el fuerte arraigo del discurso jurídico en nuestro país, y en general en el subcontinente, en algún grado obstaculizó durante algún tiempo la legitimación jurídica de algunas exigencias, inclusive represivas, de los grupos dominantes; por el contrario, las mismas quedaban ocultas tras el hermoso manto del derecho liberal, que por supuesto también cumplió así una importante función de legitimación ideológica (como "falsa conciencia") del poder punitivo, al ocultar su verdadero funcionamiento.

Saltan a la vista, pues, las diferentes funciones del derecho en Europa y Latinoamérica: el cumplimiento, al menos en su origen, de funciones instrumentales, en el primer caso, y el predominio de las funciones simbólicas, casi desde la independencia, en el segundo.

2. LA DIFUSIÓN DEL CONTROL PUNITIVO EN COLOMBIA

Lo anterior ha dado lugar a un divorcio estructural entre derecho y realidad, que al menos en Colombia impide inclusive hablar de la existencia de un sistema punitivo. Más bien cabe diferenciar un *sistema punitivo legal* y un *sistema punitivo extralegal*, según se parta o no de la ley como modelo de justificación del ejercicio de la función punitiva. Es más, se podría inclusive hablar no de uno sino de al menos dos clases de sistemas punitivos legales, en consideración al contenido del discurso justificador que lo respalde. En definitiva, creemos

⁴ Cf. R. Kühnl, "El liberalismo", en W. Abendroth y K. Lenk: *Introducción a la ciencia política*, Barcelona, Anagrama, 1971, págs. 59-90; en especial, págs. 74-77.

⁵ Cf. E. R. Zaffaroni (Coord.), *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (primer informe)*, Buenos Aires, Depalma, 1984, pág. 37. En este mismo sentido, E. Garzón Valdés, "Acerca de las funciones del derecho en América Latina", en *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, No. 3, Palma de Mallorca, 1982, págs. 21 y ss.; E. García Méndez, *Autocratismo y control social (Argentina-Uruguay-Chile)*, Buenos Aires, Hammurabi, 1987, págs. 231 y ss.; J. Bustos Ramírez, "Estructura jurídica y Estado en América Latina", en G. Rusche y O. Kirchheimer, *Pena y estructura social*, cit., págs. XLVII y ss.; J. O. Sotomayor Acosta, "¿Derecho penal liberal...", cit., págs. 258-280.

⁶ E. García Méndez, *Autocratismo...*, cit., págs. 209 y ss.

* Ponencia presentada en el marco del Seminario "Garantismo y Derecho Penal", organizado por el Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia, Medellín, mayo de 1998.

¹ Cf. J. M. Mardones, *Filosofía de las ciencias humanas y sociales*, Barcelona, Anthropos, 1994, pág. 39; y M. Horkheimer, *Teoría crítica*, Buenos Aires, Amorrortu, 1974, págs. 223-271.

² Así, A. M. Peña Freire, *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, Madrid, Trotta, 1997, pág. 22.

³ J. O. Sotomayor Acosta, "¿Derecho penal liberal o derecho penal crítico en Colombia?", en *Francesco Carrara (homenaje en el centenario de su muerte)*, Bogotá, Temis, 1988, págs. 258.

posible distinguir al menos la existencia de tres sistemas, así:

a) *Sistema penal ordinario*: Compuesto por el conjunto de normas justificables desde el punto de vista de la ideología penal liberal, que está representado, en especial, por los llamados "principios rectores" y otras normas de carácter general previstas en el código penal, de procedimiento penal y de ejecución de penas y medidas de seguridad. En ellas aparecen consagrados los más importantes principios liberales en el campo penal, tales como los de legalidad, lesividad, culpabilidad, presunción de inocencia, respeto a la dignidad humana, etc.

b) *Sistema penal paralelo*: Entendemos por tal a aquel sistema penal de carácter legal, que sin embargo aparece como una segregación derivada algunas veces del propio discurso jurídico, al excluirlo de la lógica propia del *sistema penal ordinario* y someterlo a reglas propias que, por lo general, aparecen justificadas como "excepciones" a los principios de los cuales se dice partir. Aunque siendo estrictos habría que utilizar esta categoría en plural y no en singular⁷, en mayor o menor grado tales sistemas paralelos se autojustifican frente al sistema ordinario como "sistemas de emergencia"; característica principal es su ruptura con los principios informadores del derecho penal moderno, motivo por el cual la denominada "legislación de orden público" constituye el mejor ejemplo.

c) *Sistema penal subterráneo*: Por tal puede entenderse el control punitivo de carácter extralegal⁸ que, como ya se dijo, ha subsistido en nuestro medio bajo el manto del sistema penal legal. La existencia de este sistema la corroboran algunas actividades de los organismos de seguridad del Estado y las de los tenebrosos grupos de "justicia privada" o "escuadrones paramilitares" que actúan muchas veces con su aquiescencia y que han llenado de sangre y pánico todo el territorio nacional, erigiéndose hoy por hoy en un tan terrorífico como importante mecanismo de control punitivo de todo tipo de disidencia política, ideológica e inclusive social. Es cierto que los hechos atribuibles a tales actores pueden ser vistos como "crímenes" y no como penas, desde el punto de vista del sistema legal⁹; pero, no existiendo diferencias ontológicas entre pena y delito, creemos también que funcionan como auténticas penas, pues cuando tales actos se ejercen

de manera sistemática, por agentes del Estado o con su aquiescencia y se encuentra garantizada su impunidad no sólo de hecho sino inclusive por el sistema legal mismo¹⁰, dejan de ser actos objetos de control y se convierten en formas de manifestación del control social punitivo mismo.

3. LA CONFIGURACION DE UN DERECHO PENAL AUTORITARIO EN COLOMBIA

Frente a esta abrumadora realidad del poder punitivo en Colombia, es evidente que el derecho penal resulta difícil de justificar por el cumplimiento de alguna de sus tradicionales funciones instrumentales¹¹; de ahí que, ante la ausencia de niveles mínimamente aceptables de efectividad del *sistema penal ordinario*, vengán cobrando una inusitada importancia las funciones simbólicas del derecho penal, las que a su vez generan una presión permanente sobre el sistema penal con el fin de obtener por su intermedio consensos sobre medidas y políticas de facto; consenso que la mayoría de las veces resultan imposibles de satisfacer por parte de un sistema penal con tan bajos índices de efectividad, y que explica la sorprendente importancia adquirida por el derecho penal en una sociedad como la colombiana, que vive una guerra civil.

Esta permanente "huida hacia el derecho penal" en busca de consensos tan artificiosos como efímeros, ha traído como consecuencia una insostenible exacerbación punitiva y una cada vez más profunda expansión de la "emergencia", que de la mano del más insospechado cúmulo de legislaciones *ad hoc* ("antiterrorista", "antidrogas", "antisequestro", "anticorrupción", "antiviolenencia intrafamiliar", etc.), viene devorando lo poco que queda del *sistema penal ordinario*, lo que inclusive puede permitir hablar, en este sentido, de una "emergencia estructural"¹² en el ámbito del sistema penal legal.

Al parecer, asistimos a una compleja respuesta estatal frente al proceso de desinstitucionalización producto de la guerra y en particular de la estrategia contrainsurgente de los últimos años, y que tiene en el surgimiento y consolidación de los grupos paramilitares uno de sus efectos más severos¹³, por

⁷ De sistema penal paralelo (paralelo al *sistema penal ordinario*) se puede hablar también, por ejemplo, en relación con el sistema "tutelar" de menores, el sistema "terapéutico" para trastornos mentales, el sistema contravencional, etc.; al respecto, E. R. Zaffaroni, "El sistema contravencional de la ciudad de Buenos Aires. La minimización formal para la reprisivización matenal", en *Criminología crítica. I Seminario*, Medellín, U. de Medellín, 1984, págs. 113-115; J. O. Sotomayor Acosta, *Inimputabilidad y sistema penal*, Bogotá, Temis, 1996, págs. 109-113.

⁸ Cf. L. Aniyar de Castro, "Derechos humanos, modelo integral de la ciencia penal y sistema penal subterráneo", en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, No. 13, Cali, 1985, págs. 308-311.

⁹ Según J. Fernández Carrasquilla [*Delito y error*, Bogotá, Temis, 1990, pág. 13], la caracterización de tales hechos como constitutivos de un sistema penal paralelo o subterráneo "debe ser refutado porque los hechos a que alude no son penas sino delitos, y por tanto de lo que se trata es de un *sistema criminal paralelo* (paralelo a la criminalidad común y no a la normativa jurídica sobre delitos y penas)".

¹⁰ La justicia penal militar, y en especial el llamado "fuero militar", constituye el mejor ejemplo de ello.

¹¹ Constituidas, fundamentalmente, por las funciones de "prevención general negativa" (intimidación) y "prevención especial positiva" (resocialización); sobre el particular, A. Baratta, "Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal", en *Poder y Control*, No. 0, Barcelona, 1986, págs. 82-83. En Colombia se observa, no obstante, una tendencia hacia la ampliación de los espacios del sistema penal legal, pero supeditada a la asunción de la forma de *sistema penal paralelo* o de emergencia, con la correspondiente pérdida de terreno del *sistema penal ordinario*.

¹² Cf. A. Baratta, "Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica", en *Pena y Estado*, No. 1, Barcelona, 1991, pág. 45. En términos de "emergencia permanente" se han referido recientemente en nuestro país, W. F. Pérez Toro, A. L. Vanegas Yepes y C. M. Álvarez Martínez, *Estado de derecho y sistema penal (la emergencia permanente de la reacción penal en Colombia)*, Medellín, Díké e Instituto de Estudios Políticos de la U. de Antioquia, 1997, págs. 53 y ss.

¹³ M. T. Uribe, "Legitimidad y violencia: una dimensión de la crisis política colombiana", en *Rasgando velos (ensayos sobre la*

cuanto implica, de hecho, el reemplazo del Estado institucional, en una de sus funciones primordiales, como es la seguridad, por un *paraestado*. La desinstitucionalización dio paso a una parainstitucionalidad¹⁴, y en tanto el Estado se deslegitima, el paraestado gana consenso y apoyo al mostrarse eficaz en el control del orden, así se trate, como lo señala M. T. Uribe¹⁵, no del orden público sino de un orden privado, impuesto a través de la violencia.

Ante semejante realidad, la respuesta a la crisis parece encaminarse ahora hacia una *reinstitutionalización autoritaria*¹⁶, esto es, a la institucionalización del paraestado en materia de justicia penal, que se muestra claramente, por un lado, en la legalización de los grupos paramilitares como "cooperativas de seguridad"; y, por otro, en el intento de legitimación no sólo de un derecho penal y procesal penal abiertamente autoritarios, y hacia lo cual parece encaminarse el llamado proyecto de "unificación de la legislación penal", sino también del control del sistema judicial por parte del poder ejecutivo. En efecto, tras la mampara de la nueva carta constitucional se ha hecho realidad lo que no fue posible durante la vigencia de la Constitución de 1886: la institucionalización, con el visto bueno de la Corte Constitucional, de la injerencia del ejecutivo en la rama judicial¹⁷ y de un derecho penal autoritario, que de "excepcional" y "transitorio" en el anterior régimen constitucional ha pasado a convertirse en ordinario y permanente en el actual¹⁸. En definitiva, asistimos a la configuración de un sistema penal de marcado corte autoritario, justificado al amparo de la lucha contra el narcotráfico y el terrorismo.

Este proceso no está conduciendo, sin embargo, a una reducción del *sistema penal subterráneo* existente hoy por hoy, aunque sí a una ampliación, en el plano formal, del sistema penal legal. Entendemos que el proyecto tiende más bien a la legitimación simbólica del sistema extralegal, por cuanto mediante el *sistema de emergencia* se pretende acreditar como útil y justa la ausencia de garantías y por ende el contenido real y efectivo del control punitivo, al tiempo que se busca generar consenso en torno a la aparente necesidad o conveniencia de esa realidad que el sistema penal total (legal y extralegal) contribuye a reproducir. En otras palabras,

violencia en Medellín), Medellín, U. de Antioquia, 1993, págs. 83-84; también, A. Reyes Posada, "Paramilitares en Colombia: contexto, aliados y consecuencias", en *Análisis Político*, No. 12, Bogotá, 1991, págs. 37 y ss.

¹⁴ Cf. R. Uprimny Yepes y A. Vargas Castaño, "La palabra y la sangre: violencia, legalidad y guerra sucia en Colombia", en G. Palacio (comp.): *La irrupción del paraestado (ensayos sobre la crisis colombiana)*, Bogotá, ILSA-Cerec, 1991, págs. 105 y ss.

¹⁵ M. T. Uribe, "Legitimidad y violencia...", cit., pag. 84.

¹⁶ Cf. J. O. Sotomayor Acosta, "Colombia: encrucijada de poderes estatales y paraestatales (paramilitares, milicias populares y reinstitucionalización autoritaria en Colombia)", en *Jueces para la Democracia*, No. 24, Madrid, 1995, págs. 96-98.

¹⁷ Vid. J. Sandoval Fernández, "La prevalencia del ejecutivo en la reforma judicial", en *Nuevo Foro Penal*, No. 55, Bogotá, 1992, págs. 41 y ss.

¹⁸ En tal sentido, Amencas Watch, *Estado de guerra. Violencia política y contrainsurgencia en Colombia*, Bogotá, Tercer Mundo, CEI de la U. de los Andes e IEPRI de la U. Nacional, 1994, págs. 57-64; también, J. González Zapata, "¿Puede hablarse en Colombia de un derecho penal de emergencia?", en *Estudios de Derecho*, No. 127, Medellín, 1997, págs. 101-114.

el predominio del sistema paralelo en el ámbito del sistema legal persigue, al menos por el momento, efectos preponderantemente simbólicos, pues se orienta no tanto a incidir en la realidad, sino a modificar la imagen que los individuos tienen de dicha realidad¹⁹. No se trata sólo de que el sistema extralegal permanece intacto, sino, sobre todo, que el proyecto de barbarie que representa se ve impulsado y legitimado por cada centímetro que se pierde en el terreno de las garantías al interior del sistema legal²⁰.

4. EL DERECHO PENAL EN COLOMBIA: LA NECESIDAD DE UN MODELO NO LEGITIMANTE DE LA VIOLENCIA

Frente a un panorama tan desolador como éste, bien difícil resulta entonces abordar el tema de las garantías penales en Colombia. ¿Qué hacer? ¿Porque estamos en guerra debemos acaso renunciar a la posibilidad de un control racional del ejercicio del poder punitivo? ¿Debemos olvidarnos de una vez por todas de la pretensión de vinculación del poder al derecho? ¿Es posible, ante esta realidad, seguirle apostando al derecho y a la razón jurídica?

La respuesta parece obvia: el abandono del derecho y la reflexión jurídica, o su reducción a la sociología o a la ciencia política, argumentando que en la práctica no se cumple, resulta sin duda demasiado simplista, pues además de ignorar que el reconocimiento de la realidad no implica renunciar a modificarla sino, por el contrario, constituye el primer paso en esa dirección, desatiende la importante función de legitimación que el derecho cumple en la sociedad actual. De esta forma, se termina de forma indirecta avalando la realidad existente al confundir el ser con el deber ser.

Si en América Latina el derecho penal cumple un importante papel en la legitimación del poder estatal²¹, así no se derive precisamente de su carácter instrumental, renunciar de antemano a la construcción de un discurso crítico que haga frente, inclusive en el plano ideológico normativo, al discurso jurídico legitimador del sistema penal actual, contribuye al mantenimiento del monopolio que del saber jurídico han mantenido los sectores más conservadores de la sociedad, y que ha terminado por configurar todo un saber jurídico oficial; aunque, eso sí, con las ventajas que supone, en términos de costes de legitimación, la ausencia de oposición.

¹⁹ Cf. A. Baratta, "Funciones instrumentales y simbólicas...", cit., pag. 53; el mismo, "Viejas y nuevas estrategias...", cit., pag. 84.

²⁰ En este mismo sentido se expresan I. Orozco Abad y J. G. Gómez Albarello, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, Bogotá, IEPRI - Ministerio de Justicia y del Derecho, 1997, pag. 114, para quienes "Acaso más significativo que su efecto directo instrumental en relación con el incremento de la capacidad de funcionamiento de los aparatos de guerra, de policía y de Justicia Penal, el impacto central del eficientismo bélico-punitivo es, en Colombia, su impacto simbólico y de legitimación sobre el eficientismo extra-legal".

²¹ Cf. E. García Méndez, *Autoritarismo*, cit., pag. 252; también E. Sandoval Huertas, *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Temis, 1994, págs. 105-106.

4.1 Los discursos legitimantes

El discurso legitimador de las prácticas punitivas autoritarias lo constituyó en el pasado, fundamentalmente, la denominada "Doctrina de la Seguridad Nacional"²², pero parece provenir en la actualidad del *funcionalismo sistémico*, que obsesionado por el "equilibrio del sistema", constituye, en opinión de García Méndez, "la contribución contemporánea más valiosa para la inclusión de un estado de excepción en permanencia en el interior del Estado de Derecho del capitalismo central"²³. En tales planteamientos se parte de una legitimación expresa del sistema²⁴ y sólo interesa lo que puede hacerse para mantener su equilibrio, de donde se deriva su idoneidad para justificar el *sistema penal de emergencia* al que nos venimos refiriendo, pues "la necesidad de orden termina identificada con el orden vigente, cualquiera que este sea"²⁵. Entendida la "generalización congruente de expectativas de conducta como la función del derecho", su legitimidad no depende entonces de ningún valor sino de la eficacia operativa que tiene para el sistema²⁶.

El funcionalismo sistémico se convierte, así, en una teoría apta para fabricar un nuevo discurso de justificación que arrase con las pocas trabas que aún mantiene, aunque de forma limitada, el discurso jurídico liberal en materia penal²⁷. Así sucede, por ejemplo, cuando se defiende el derecho penal como simple protector de las expectativas creadas por la norma y por ende se le justifica como mero ejercicio de reconocimiento de la norma y de fidelidad frente al derecho por parte de los miembros de la sociedad²⁸, así con ello se pretenda sólo describir y sistematizar el derecho vigente en un sistema dado. En realidad, defender y justificar así un tal de-

recho penal en Colombia, tendría muy pocos efectos reales, dado que nuestro derecho, como ya se dijo, no siempre es creado para ser aplicado y de hecho la mayoría de las veces no lo es; luego, la "descripción" sería sólo del mecanismo utilizado para encubrir la realidad y en tal medida una teoría jurídica así construida estaría claramente contribuyendo a ese ocultamiento de la realidad. Coexistiendo en nuestro país diversos sistemas punitivos, como quedó dicho, una concepción como ésta siempre corre el riesgo de incurrir en una "falacia normativista" al presentar el derecho penal liberal sobre el que se basa el *sistema penal ordinario*, como el derecho que es, o en una "falacia naturalista" al entender el derecho autoritario que conforma el *sistema penal de emergencia*, como el derecho que *debe ser*²⁹. Eso sí, de una u otra forma, la realidad social, incluyendo en ella el ejercicio del poder punitivo, se mantiene inalterada.

En resumidas cuentas, en la medida en que el proyecto de reinstitucionalización autoritaria implica precisamente la generalización de la emergencia en el ámbito del sistema penal legal, el funcionalismo sistémico deviene la teoría más adecuada para su legitimación, pues con tal que sea apto para mantener el equilibrio del sistema, esta teoría, al convertir el "ser" en "deber ser" mediante el recurso del eficientismo, termina justificando cualquier derecho.

4.2. Los discursos deslegitimantes

Elaborar un discurso adecuado para enfrentar de forma crítica la realidad punitiva existente y los discursos que la legitiman, parece ser entonces el compromiso ineludible de la ciencia penal en Colombia.

La alternativa no parece estar en aquellos planteamientos que desde el punto de vista jurídico tradicional, reducen su discurso a la reivindicación de ciertos principios como "rectores" de nuestro derecho penal³⁰, sin que quede claro siempre el conte-

²² Cuerpo teórico del cual se nutrieron los regímenes autoritarios de América Latina para adelantar una represión punitiva generalizada, como "guerra" contra el "enemigo interno", cf. E. García Méndez, *Autoritarismo...*, cit., págs. 93-116. El fin de la guerra fría y la consolidación de las democracias formales en nuestro subcontinente, trajo consigo una pérdida de fuerza de la "doctrina de la seguridad nacional" como legitimante de la emergencia, debido quizás a la ruptura tan drástica que la misma supone con la legalidad y que en algún grado contradice el proyecto que subyace al proceso de reinstitucionalización autoritaria antes mencionado, cual es el de la "normalización" del estado de excepción permanente.

²³ E. García Méndez, *Autoritarismo...*, cit., pag. 123, en general, 117-131. Vid. También, E. R. Zaffaroni, "El funcionalismo sistémico y sus perspectivas jurídico-penales", en, el mismo: *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, Caracas, Monte Avila Latinoamericana, 1992, págs. 59-88.

²⁴ Cf. pag. Giménez Alcover, *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, Barcelona, J. M. Bosch, 1993, págs. 262-265, asimismo, I. Izuzquiza, *La sociedad sin hombres (Niklas Luhmann o la teoría como escándalo)*, Barcelona, Anthropos, 1990, pag. 295.

²⁵ H. J. Menzel, citado por E. García Méndez, *Autoritarismo...*, cit., pag. 122.

²⁶ Cf. pag. Giménez Alcover, *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, cit., págs. 220-222.

²⁷ E. R. Zaffaroni, "El funcionalismo sistémico...", cit. pag. 84.

²⁸ En tal sentido, G. Jakobs, *Derecho penal, parte general (fundamentos y teoría de la imputación)*, Madrid, Marcial Pons, 1995, págs. 9 y ss., con expresa referencia a Luhmann, así también lo afirma en Colombia Y. Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*, Bogotá, Temis, 1994, pag. 62 y nota 57. La crítica a estos planteamientos puede verse en A. Baratta, "Integración-prevenición: una 'nueva' fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", en *Cuadernos de Política Criminal*, No. 24, Madrid, 1984; y, últimamente, W. Hassemmer, "La ciencia jurídica penal en la República Federal Alemana", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1993.

²⁹ Sobre la distinción entre "falacia normativista" y "falacia naturalista", y entre "ser" y "deber ser" del derecho, vid. L. Ferrajoli, *Derecho y razón (teoría del garantismo penal)*, Madrid, Trotta, 1995, págs. 323-326.

³⁰ Es bastante amplia la literatura que ha originado el título preliminar de los códigos penal y de procedimiento penal colombianos, dedicado precisamente a "las normas rectoras del derecho penal colombiano"; cf. A. Reyes Echandía, "Los principios retores del nuevo código penal", en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, No. 1, Cali, 1979, págs. 27-34; J. Fernández Carrasquilla, "El nuevo código penal y sus principios retores", en *Nuevo Foro Penal*, No. 7, Medellín, 1980, págs. 115-129; J. Salgado Vasquez, "Normas rectoras de la ley penal colombiana", en *Nuevo Foro Penal*, No. 13, Bogotá, 1982, 504-517; F. Mesa Morales y J. González Zapata, "De las normas rectoras de la ley penal", en *Temas de Derecho Penal*, 2ª Época, No. 13, Medellín, 1981; F. Velásquez, "Consideraciones sobre los principios retores de la ley penal colombiana", en *Nuevo Foro Penal*, No. 21, Bogotá, 1983, 609-635; el mismo, *Principios retores de la nueva ley procesal penal*, Bogotá, Temis, 1987, el mismo, "Principios retores del derecho penal colombiano", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, No. 81, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 1988; A. J. Cancino Moreno y D. Corredor Beltrán, "Normas rectoras de la ley penal", en *Derecho Penal y Criminología*, No. 31, Bogotá, 1989, R. Marín Vásquez, "A la luz de los principios y normas rectoras del nuevo estatuto procesal penal (decreto 2700 de 1991)", en *Nuevo Foro Penal*, No. 58, Bogotá, 1992, págs. 501-516, C. M. Moli-

nido y función de tales principios. Se trata de un recurso que en el mejor de los casos conduce a una crítica formal de la ley y, en el peor, a cierta confusión entre ser y deber del derecho penal y al aislamiento y formalización de los principios, con la correspondiente neutralización de su potencialidad crítica y de su función de garantía material, pues tratados desde y hacia sus efectos jurídicos internos, los principios terminan convirtiéndose en simples criterios de interpretación de la ley.

Una somera mirada a la realidad colombiana resulta suficiente para mostrar, según se expuso, cómo este discurso sobre principios que hemos elaborado en Colombia, se desarrolla de manera paralela a una realidad que constituye precisamente su negación, con el agravante, expuesto por Zaffaroni, de que "ya no es posible salir del trance con el argumento de que esta situación crítica es transitoria y continuar presentándola como resultado de meros defectos coyunturales de nuestros sistemas penales, producto de nuestro subdesarrollo y superables mediante un desarrollo progresivo análogo en casi todo el curso seguido por los países centrales"³¹.

El asunto no se resuelve acudiendo al maltrecho aparato conceptual del viejo "derecho penal liberal"³², ni por lo tanto privilegiando el "fetiche" tangible y según se dice "fácilmente visualizable de la ley positiva y del tenor literal como mejor garantía de la unidad y univocidad de las decisiones judiciales"³³. No se debe pasar por alto que cuando Beccaria sentenciaba que "Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces de lo criminal, por la misma razón de que no son legisladores"³⁴, partía de un modelo ideal de legislación, hecha conforme a los postulados de la ideología liberal. Una ley, por tanto, bien diferente a la legislación colombiana actual, pues aquí no tenemos leyes inspiradas en "el espíritu de la moderación" del que hablara Montesquieu³⁵, sino leyes moldeadas por el más criollo y pragmático "espíritu del re-

volcán". Entendemos que este tipo de propuestas se encaminan a lograr una mayor vinculación del juez a la ley, ante las ya frecuentes y a veces tenebrosas licencias de nuestra Corte Constitucional en esta materia³⁶; pero quizás valga la pena recordar que la "seguridad jurídica", si bien es cierto presupone la aplicación de la ley, no puede sin embargo confundirse con la aplicación "segura" de cualquier ley³⁷ sino del derecho, con mayor razón si como manda el modelo del Estado constitucional de Derecho, entendemos hoy que la ley aparece sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución³⁸.

Tampoco creemos que, por ahora, el discurso deslegitimador pueda construirse en Colombia desde la propuesta de abolición del derecho penal³⁹, pues dada la diversidad de sistemas punitivos atrás señalada, la desaparición del derecho penal no entrañaría la abolición del sistema punitivo, sino sólo de su vertiente legal. Tampoco puede pasarse por alto que los rendimientos del derecho penal en términos de reproducción y legitimación de la violencia en la sociedad colombiana no puede medirse sólo por sus efectos instrumentales, sino también, por los simbólicos sobre la situación de guerra que alimenta. Por lo tanto, abolir el sistema penal legal implicaría simple y llanamente el traslado del discurso legitimador a otros ámbitos, como por ejemplo el del derecho civil, que entre nosotros no se caracteriza precisamente por su eficacia, pero sí por ser tan desigual y selectivo como el penal⁴⁰ y por poseer un discurso no sólo refractario a todo tipo de consideraciones críticas, sino inclusive bastante despreocupado de la función de garantía que también está llamado a cumplir.

Como explica Politoff, una estrategia abolicionista fundada no en criterios de eficiencia del control social sino de extensión de la dignidad y libertad del ser humano, irá retirando competencia al sistema penal legal "sólo en la medida en que la opción que se proponga para esa situación-problema signifique un avance en el reconocimiento de esa dignidad y esa libertad"⁴¹. Si de lo que se trata es de la eliminación de las violencias estructural e institucional, y

na Arrubla, *Principios rectores de la ley penal colombiana*, 2ª. Edición, Medellín, Diké, 1997.

³¹ E. R. Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas (deslegitimación y dogmática jurídico-penal)*, 2ª Edición, Bogotá, Temis, 1990, págs. 5-6. Según este autor, tal situación marca la difícil situación "espiritual" del penalismo latinoamericano, pues aunque conscientes de su deslegitimación, se sigue reproduciendo el mismo discurso del "derecho penal liberal", al no disponer de otra alternativa "para ensayar la defensa de quienes caen en los engranajes del sistema penal como procesados, criminalizados o victimizados" [cit., pág. 5].

³² Remitimos en este punto a una inconclusa polémica generada por nuestras críticas [J. O. Sotomayor Acosta, "¿Derecho penal liberal...", cit., págs. 259 y ss.], a la propuesta de N. Agudelo Betancur de un derecho penal liberal para Colombia ["Crítica y control del poder punitivo del Estado", estudio preliminar a Beccaria: *De los delitos y de las penas*, Bogotá, Temis, 1987, págs. IX y ss.]; las réplicas estuvieron sin embargo a cargo de F. Velásquez, "Colombia: ¿un derecho penal liberal?", conferencia pronunciada en el seminario "Garantías individuales y derecho penal", U de Salamanca, diciembre de 1987, sin publicar (vid. nuestra respuesta a través del comentario bibliográfico publicado en *Nuevo Foro Penal*, No. 41, Bogotá, 1988, págs. 385-390); J. Fernández Carrasquilla, *Delito y error*, cit., págs. 1-27, en especial, págs. 12-14; y en *Concepto y límites del derecho penal*, 2ª. Edición, Bogotá, Temis, 1994, págs. 101-109.

³³ I. Orozco Abad y J. G. Gómez Albarello, *Los peligros...*, cit., pág. 101.

³⁴ C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, Bogotá, Temis, 1987, pág. 6.

³⁵ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, México, Porrúa, 1977, pág. 371.

³⁶ Cf. entre otras, Sentencia C-127 de 1993, M.P.: A. Martínez Caballero, en la que se sostiene una por lo menos curiosa teoría de los tipos "dinámicos" para justificar los tipos abiertos; Sentencia C-565 de 1993, M.P.: H. Herrera Vergara, en la que se afirma que una pena de 60 años de prisión no es perpetua "porque tiene un límite temporal preciso y determinado". Vid. También el análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia penal realizado por I. Orozco Abad y J. G. Gómez Albarello, *Los peligros...*, cit.

³⁷ Cf. A. E. Pérez Luño, *La seguridad jurídica*, 2ª. Edición, Barcelona, Ariel, 1994, págs. 27-28 y 78-84.

³⁸ Cf. G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil (ley, derechos, justicia)*, Madrid, Trotta-Comunidad de Madrid, 1995, pág. 28, en general págs. 21-41; A. M. Peña Freire, *La garantía...*, cit., págs. 41-74.

³⁹ Vid. L. Hulsman y J. Bernat de Celis, *Sistema penal y seguridad ciudadana (hacia una alternativa)*, Barcelona, Ariel, 1984; E. Larrauri, "Abolición del derecho penal: propuestas del movimiento abolicionista", en *Poder y Control*, No. 3, Barcelona, 1988, págs. 101-127; M. Martínez, *La abolición del sistema penal (inconvenientes en Latinoamérica)*, Bogotá, Temis, 1990.

⁴⁰ M. Martínez, *La abolición...*, cit., págs. 87-93.

⁴¹ S. Politoff, "Postfácio", en L. Hulsman y Bernat de Celis: *Sistema penal...*, cit., pág. 139.

por tanto del poder punitivo⁴², ello, al menos en Colombia, no pasa necesariamente por la abolición del derecho penal.

La ya reseñada exacerbación y difusión del poder punitivo en Colombia, convierte a su *limitación* en la necesidad más sentida y, por lo tanto, en el elemento central de cualquier intento de elaboración de un discurso jurídico penal no legitimante de las prácticas legales y extralegales violatorias de los derechos y garantías fundamentales.

En tal dirección, el punto de partida posible no parece que pueda ser otro distinto a la reafirmación de la idea iluminista de un derecho que presupone la centralidad de la persona y ordena la funcionalización de todo poder a la tutela y satisfacción de los derechos e intereses de las personas⁴³. Conforme a ello consideramos que la perspectiva del *garantismo penal* desarrollada por Ferrajoli deviene la propuesta más adecuada a la realización de los fines que está llamada a cumplir el derecho penal en nuestro país, con mayor razón si además supone la continuación, profundización y renovación de un pensamiento liberal con cierta tradición en Colombia.

La importancia del modelo de derecho penal garantista propuesto por Ferrajoli radica principalmente, en nuestra opinión, en su configuración como "esquema *epistemológico* de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar, respecto de otros modelos de derecho penal históricamente concebidos y realizados, el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de la tutela de la persona contra la arbitrariedad"⁴⁴. En este marco, la noción de *garantía*, entendida como el procedimiento funcionalmente dispuesto por el sistema jurídico para asegurar la máxima corrección y la mínima desviación entre las determinaciones normativas del derecho y sus distintas realizaciones operativas, se erige, como ha señalado recientemente Peña Freire⁴⁵, en el concepto central de la teoría del derecho y, por tanto, en el elemento funcional propio del sistema jurídico en el marco del modelo de Estado constitucional de Derecho.

No obstante, por las razones indicadas al comienzo, tampoco significará siempre lo mismo hablar de garantismo penal desde la realidad europea, que hacerlo desde nuestra "macondiana" realidad; la opción por el garantismo en el campo penal supone entre nosotros también una adecuación de dicha perspectiva a nuestras propias circunstancias, para construir, si es del caso, una propia versión del modelo garantista, o por lo menos intentar nuestros propios desarrollos⁴⁶.

Siendo la pena una segunda violencia que se añade al delito, programada y puesta en acto contra un individuo⁴⁷, un modelo de derecho penal orientado hacia la persona se justificará sólo y en tanto *límite* a esa violencia, y por ende como *garantía* de dicha limitación, la que empieza, por supuesto, con su reducción. Visto así, el derecho penal, como el derecho internacional humanitario —según el afortunado símil utilizado por Zaffaroni—, "Reconoce la naturaleza de hecho de poder del fenómeno que enfrenta, reconoce la limitación del poder de que dispone, trata de extender sus límites, de ampliarlo, para reducir cada vez más la violencia del hecho que, de momento no puede eliminar o suprimir"⁴⁸.

Desde este punto de vista lo justificable del *derecho penal* será entonces no tanto la *pena* sino su *limitación*⁴⁹, y así entendido, más que por la razón instrumental de evitar la violencia, el derecho penal en Colombia se justificaría por la razón, inclusive simbólica, de deslegitimarla. Por ello, la construcción de un *derecho penal válido* a partir de la comprensión y valoración del derecho positivo conforme a los principios y valores superiores del ordenamiento jurídico, y la crítica del *derecho penal efectivo* desde el punto de vista de sus propias fuentes de legitimación (Estado constitucional de Derecho), constituyen el compromiso ineludible de un *derecho penal garantista* en Colombia.

Un desarrollo del derecho penal en esta línea tendría entre nosotros una doble significación: en relación con el sistema penal legal, distinguiría entre "ser" y "deber ser" en el derecho, a partir de la distinción entre las nociones de "validez" y "vigencia"⁵⁰, lo que, al tiempo que permitiría la elaboración de un modelo de derecho penal desde la noción de *garantía* (*derecho penal válido*), deslegitimaría el derecho penal efectivo no garantista, pero no desde una perspectiva extrajurídica sino desde el derecho mismo. Por consiguiente, el desafío del discurso jurídico penal en Colombia está en construir una teoría del derecho penal que no justifique la barbarie y la destrucción; un derecho penal que, en contra del que vienen imponiendo nuestras Cortes, desarrolle los principios como *garantía* de limitación al poder y no

delitos sino también por la prevención de la mayor reacción que a falta de penas podría provenir de la parte ofendida o de fuerzas sociales o institucionales solidarias con ella (L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., págs. 331-338). En Colombia encontramos la particularidad de que el ejercicio del poder punitivo estatal se ejerce también, y casi que de manera principal hoy en día, de forma extralegal. Por consiguiente, la legitimación de la pena por la necesidad de prevenir las penas informales corre el riesgo de que *manipulada* pueda convertirse en el motivo preferido por el Estado para justificar un derecho penal máximo a partir de sus propias acciones u omisiones, pues en últimas los sistemas legal y extralegal constituyen de alguna manera sólo manifestaciones diferentes del mismo poder punitivo, obedecen a la misma lógica y por ello, en la práctica, antes que excluirse se complementan.

⁴⁷ L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit.

⁴⁸ E. R. Zaffaroni, "La crítica sociológica al derecho penal y el porvenir de la dogmática jurídica", en, el mismo: *Hacia un realismo...*, cit., pág. 26; "Abolicionismo y garantías", cit., pág. 23.

⁴⁹ Vista así, la justificación del derecho penal viene dada por su función de garantía y no por la de prevención, lo cual no se cruza con la postura abolicionista, al menos mientras esté claro, como ha señalado Zaffaroni ["Abolicionismo y garantías", cit., pág. 24], que lo que el abolicionismo quiere abolir es el poder punitivo.

⁵⁰ Cf. L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., págs. 874-876; y A. M. Peña Freire, *La garantía*, cit.

⁴² Así, E. García Méndez, "La dimensión política del abolicionismo (un punto de vista desde la perifera)", en *Nuevo Foro Penal*, No. 32, Bogotá, 1986, pág. 185 y E. R. Zaffaroni, "Abolicionismo y garantías", en *Jueces para la Democracia*, No. 24, Madrid, 1995, pág. 25.

⁴³ Cf. L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., págs. 905-990; y A. M. Peña Freire, *La garantía...*, cit., págs. 75-103.

⁴⁴ L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., pág. 34; en general, págs. 33-40.

⁴⁵ A. M. Peña Freire, *La garantía...*, cit., págs. 19-34.

⁴⁶ Quizás haya que empezar, por ejemplo, por la discusión del modelo de justificación de la pena elaborado por Ferrajoli, y según el cual la pena se justifica no sólo por la prevención de los

como justificación *a priori* del mismo; por tanto, que por ejemplo entienda que el principio de legalidad es una limitación y no una autorización para el poder⁵¹; que el bien jurídico es un límite y no un mandato de criminalización; y de la misma manera, que el principio de igualdad ante la ley no autoriza —precisamente porque entrañaría una vulneración del principio de legalidad— aumentar las penas fijadas por el legislador sino que obliga, para mantener la igualdad de trato, a reducirlas⁵²; etc.

Un derecho penal así concebido y desarrollado estará contribuyendo a la realización de los principios constitucionales de garantía, al deslegitimar su vulneración, y en tal sentido se quiere reivindicar también su instrumentalidad, pero ya no en función de la pena sino de las garantías⁵³.

Ahora, frente al sistema penal extralegal, si bien una teoría del *derecho penal válido* no sería suficiente para evitar que exista, por lo menos permitiría reproducir en el imaginario social una conciencia crítica frente al sistema penal paralelo o de emergencia, propiciando así una fractura en la

reproducción monolítica del discurso jurídico penal legitimador⁵⁴ y generando una dinámica diferente, con efectos directos sobre el ejercicio del poder en todas sus manifestaciones. Si el discurso legitimador, como hemos dicho, incide de forma simbólica en el sistema extralegal, de la misma manera puede influir un discurso deslegitimador.

Estamos a las puertas de iniciar un proceso de paz entre los diversos actores del conflicto armado colombiano, que de concretarse significaría un marco jurídico político posible para la consolidación y profundización de la legitimación del derecho como *límite* al poder, y que posiblemente comenzaría con un acuerdo sobre la aplicación de las normas del derecho internacional humanitario⁵⁵. Creemos, así mismo, que un proyecto de paz que no se agote en el cese al fuego entre los actores involucrados, sino que vincule la paz a un proyecto más general de reducción de la violencia estructural existente, involucra también al derecho penal y lo obliga a subsistir sólo como derecho penal mínimo.

⁵¹ Corte Suprema de Justicia, "Sentencia del 6 de octubre de 1994", M. P., R. Calvete Rangel, en *Jurisprudencia y Doctrina*, No. 276, Bogotá, 1994, págs. 1533-1534; igual, "Sentencia del 26 de octubre de 1994", M. pag. E. Saavedra Rojas, en *Jurisprudencia y Doctrina*, No. 277, Bogotá, 1995, págs. 28-29.

⁵² Cf. Corte Constitucional, Sentencia C-287 de 1997, M.P.: C. Gaviria Díaz; y Sentencia C-358 de 1997, M.P.: E. Cifuentes Muñoz. En ambos casos nuestro máximo tribunal constitucional, ante una desigualdad punitiva injustificada declaró inexecutable la pena menor (!), como si la desigualdad consistiera en recibir una pena menor y no en ser sometido a una más alta; en tales casos, la Corte, de manera ilegítima por supuesto, aumentó la pena. Sobre la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia penal, vid., I. Orozco Abad y J. G. Gómez Albarello, *Los delitos...*, cit.

⁵³ Así, A. Baratta, "Funciones instrumentales...", cit., pág. 55. Ello no implica desconocer que cualquier uso del derecho penal como instrumento de cambio, como indica D. Melossi ["Ideología y derecho penal: ¿el garantismo jurídico y la criminología crítica como nuevas ideologías subalternas?"], en *Pena y Estado*, No. 1, Barcelona, 1991, pág. 59], requiere de cierto grado de consenso y una actuación consecuente de sus destinatarios; mas bien creemos que una buena manera de irlo logrando es presentando sus posibilidades concretas de aplicación, lo cual, al producirse, generaría a su vez consenso alrededor de las garantías.

⁵⁴ E. R. Zaffaroni, "La crítica sociológica...", cit., pag. 28

⁵⁵ Vid. H. Valencia Villa, *La justicia de las armas (una crítica normativa de la guerra metodológica en Colombia)*, Bogotá, Tercer Mundo - IEPRI, 1993, págs. 99-125.