

Estudios de Derecho Penal

Coordinadores académicos:

Carlos Andrés Gómez González
Carlos Alberto Suárez López



UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ
JORGE TADEO LOZANO
FACULTAD DE RELACIONES INTERNACIONALES
Y CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

POLÍTICA CRIMINAL: MARCO DE ACCIÓN ESTATAL DE LA IMPUNIDAD SELECTIVA

CAMILO ERNESTO MERCADO MUTIS*

Paradójico resulta que mientras la mayoría de los tratadistas modernos del derecho penal propenden por justificar los beneficios que conlleva la implementación de un derecho penal mínimo, desde la perspectiva de su injerencia como *ultima ratio*, la realidad práctica de nuestros sistemas judiciales está proyectada hacia la concepción de tipificar un mayor número de conductas y hacer más severa la imposición de sus penas, institucionalizando la ponderación de un derecho penal máximo.

Un primer planteamiento se suscita desde la concepción de querer conducir a la sociedad o reacondicionarla bajo parámetros de prevención especial y general, con la multiplicación de tipos penales que respondan al encuadramiento superlativo de conductas punibles y su ideal de penalizarlas mientras se circunscriben desde un modelo de Estado social de derecho.

En esta misma línea de presuntas desarticulaciones, imprecisiones y desasosiegos jurídicos se encuentra la importación de medidas, leyes, sistemas y demás herramientas penales foráneas para implantarlas sin mayores reparos en la idiosincrasia colombiana y su correspondencia histórica a fin de calcular su necesidad, eficacia y consecuente coherencia de respuesta al ordenamiento que verdaderamente demande la sociedad y no al que se le desee imponer.

* Abogado especializado en Instituciones Jurídico Penales, Doctorando de la Universidad de Buenos Aires - UBA, asesor del Área Penal del Consultorio Jurídico de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, Bogotá, Colombia. Correo electrónico: mercadomutis@gmail.com - camilo.mercado@utadeo.edu.co

Bajo la integración de nuestro sistema penal, con vacíos que lo colocan de espaldas a las necesidades del colectivo y de cara a las perpetuaciones aberrantes que detenta el gueto monopolista del *ius puniendi*, se consolida, día tras día, un derecho penal que en su afán de abarcarlo todo pierde la naturaleza de su esencia filosófica y con ello la relevancia de su justa medida en la construcción social, para convertirse en la herramienta útil del poder sobre los más débiles, quienes a su vez, son los destinatarios últimos de sus políticas de sanción.

Sin la pretensión de postular la implementación de un sistema mejor o peor del que existe, y sin el ánimo de hacer señalamientos contestatarios con el tinte amarillista que suelen tener tales panfletos provenientes, normalmente, de mentes anacrónicas aún divagantes en el anhelo de utopías revolucionarias que de tajo borren el orden establecido para sembrar su propio ideal de vida; lo cual a la postre suele tornarse en una nueva modalidad dictatorial a favor de sus discípulos, desde los presupuestos arriba esbozados, el presente escrito sólo puede intentar presentar la pérdida o desdibujamiento de los arquetipos filosóficos de un derecho penal garantista, en aras de consolidar su mal uso de terror estatal a beneficio de unos pocos y en detrimento de todos aquellos para los que debió concebirse la realidad de su correspondencia efectiva de mecanismo de control punitivo.

De la prevención especial y general dentro de un Estado social de derecho

Si bien es cierto que la formulación de toda sanción pretende demandar la conminación a sus destinatarios de no incurrir en la comisión de la conducta prescrita, so pena de hacerse merecedores de la pena descrita, no es menos cierto que la sola formulación no es garantía de la prevención o minimización del despliegue, desarrollo y reproducción de dicha conducta, máxime cuando las circunstancias socioeconómicas y culturales imperantes son el fermento propicio para su surgimiento y consolidación.

Si pensar en sanción fuese el último presupuesto del ordenamiento, tras formular respuestas a las múltiples carencias que soportan los miembros del

colectivo, seguramente de la suplencia de dichas expectativas de vida, se desprendería la colocación, en circunstancias más equitativas, de los nacionales desde un mismo punto de partida ante la ley y sus preceptos.

Sin embargo, la relación entre bienestar y poder sigue siendo disyuntiva. La aparente cualificación de quienes por mandato institucional detentan el poder no ha podido dejar de lado el imperio del interés particular sobre el sacrificio del bienestar general, descargando los rezagos de inconformidad en manos del derecho penal como garantía del orden establecido y respuesta de pacificación ante las manifestaciones subordinadas de descontento general. Se concibe de esta forma un poder punitivo que de entrada desconoce las expectativas de la comunidad para la que filosóficamente se concibió su servicio, prestándose como ficha clave y útil del mantenimiento de un *statu quo* de sus dirigentes, quienes a la postre fabrican, moldean y adaptan las leyes bajo el aparente consenso y beneplácito de la sociedad a la que se dirigen.

Preciso resulta destacar que mientras por un lado, constitucionalmente se hace la ponderación de los derechos fundamentales como los intereses comunes relevantes para todos los miembros de la sociedad, razón por la cual se erigen como los bienes de principal consideración para el ordenamiento jurídico que debe estar encaminado a su tutela, reconocimiento, defensa y materialización, no es menos cierto o quizás, resulta más común e imperante la precaria, incipiente y desigual cobertura con que el Estado avanza en el abastecimiento y suplencia de las necesidades mínimas requeridas por el colectivo social. La paradoja se acentúa cuando el marco constitucional promulga y demanda que nuestro país es un Estado social de derecho, en el que se soporta la democracia participativa.

A más de diez años de la entrada en vigencia de nuestra Constitución Política, los esfuerzos del Estado han sido mayores en promover el expansionismo del derecho penal, que en hacer realidad los preceptos constitucionales

que propenden por la equidad, la igualdad y salvaguarda de los nacionales en sus garantías mínimas, las cuales se enarbolan como bandera y heraldo de la politiquería, mientras se van condensando como el terreno fértil para el sostenimiento del hampa y criminalidad común, que a la postre sigue siendo el principal sofisma de distracción popular de la política criminal adoptada por el Estado, que junto con las nuevas formas de expresión de la violencia, sin temor a equivocarme, hallan eco y perpetuidad precisamente en la falta de mejores condiciones de vida y de oportunidades justas y dignas.

El círculo vicioso de las carencias sociales y la multiplicación normativa cada vez más se asemeja a la simbiosis mórbida que entraña y fortalece la existencia de la guerra y la búsqueda de la paz a través de las armas. Desde tal semejanza se podría pensar que la suplencia de las necesidades sociales conllevaría a la inoperancia y salida de la excesiva normatividad, así como a la contención de la productividad legislativa, pero ese supuesto es de baja probabilidad y difícil comprobación. Pese a ello, lo que sí se hace palpable es la apuesta estatal de la perpetuación y fortalecimiento de un derecho penal máximo en su intromisión directa, así como en las múltiples imbricaciones que convergen en regular las conductas sociales desde la tipificación penal y su expresa o insinuante advertencia de sanción.

La aparente eficacia del sistema penal como mecanismo de control, ha determinado la agudización de su crisis y ha puesto en entredicho su credibilidad, como quiera que sus preceptos y aplicación no alcanzan para dar una respuesta satisfactoria a las expectativas de las, cada vez mayores, realidades sociales que pretende abarcar. Preciso resulta traer a colación aquel sabio refrán: "El que mucho abarca...", toda vez que del manoseo e instrumentalización del derecho penal se desprende su poca posibilidad de éxito en situaciones y circunstancias que de suyo no le corresponden, pero que se le endilgan como si de su obrar viniese una solución mesiánica, inconsecuente quizás, con mejores mecanismos de control que pueden aportar

soluciones más armónicas, pacíficas, apropiadas y sobre todo dignas al conflicto suscitado.

En esta misma línea se halla la incompatibilidad penal para llegar a la solución de los problemas cuando principalmente se ha concebido su andamiaje para sancionar resultados, no para buscar orígenes. Esta simple observación bastaría para desmontar la actividad del sistema penal en gran parte de sus encomiendas, desde luego, con la acuciosidad de dejar tales asuntos, que no son fundamental ni eficazmente de su competencia, a sistemas más apropiados que les encuentren una verdadera solución.

La implicación de una prevención especial y, más aún, de una prevención general en el intento de limitar la comisión de conductas punibles, desnudan su "talón de Aquiles" no sólo frente a la ineficacia de solucionar conflictos, como quiera que se ocupan es de sus consecuencias, sino a su vez, desde su poca, escasa o nula efectividad, cuando el mismo sistema penal se hace mayor criminal que el procesado al ubicarlo como un niño expósito en la imposición de una pena carcelaria, que en su práctica viola y/o carece de las garantías necesarias para la tutela de los derechos fundamentales.

Lejos, muy lejos se encuentran en la práctica los postulados filosóficos del Estado social de derecho respecto de los parámetros y justificaciones de los criterios de prevención especial y prevención general que supuestamente suscita la pena. En la cotidianidad de su desarrollo expansionista parecen ir manifiestamente en contravía de las cualidades intrínsecas de un derecho correspondiente a un Estado constitucional, según el cual el juez debe reflejar una actitud política consistente en que sus decisiones son reflejo de los pensamientos del Estado y ellas se corresponden con la búsqueda del bienestar social. De las injusticias del sistema en su aplicación inequitativa de sanciones, latente en la severidad y gravosidad que padece un delincuente de economía marginal respecto de las aquiescencias que detenta uno de mayor nivel económico

social, surge la inquietud sobre el criterio de la política criminal adoptada por el Estado, máxime cuando la mayoría de las sanciones penalizadas se siguen correspondiendo con los ya denominados por la doctrina jurídica "delitos de bagatela" y no presentan mayor relevancia en la construcción de un país social de derecho que busca su bienestar, para que amerite la necesaria tutela penal de tales bienes jurídicos.

Es precisamente en el derecho penal y su especial caracterización de *ultima ratio* donde reside su injerencia oportuna en la tutela de los bienes jurídicamente relevantes para el ordenamiento normativo, respecto de su posible vulneración, y en donde, de igual forma, cohabita la potencialidad de la prevención especial y la prevención general como apremio conductista y constructivista para conducir los intereses sociales desde su uso racional, proporcional y como última razón a aplicar, debido a la lesividad y daño de la conducta que justifica la severidad de su sanción.

La desnaturalización de las características de prevención especial y de prevención general de la pena, deviene precisamente de la exacerbación de su ámbito de acción donde se busca criminalizar y sancionar todo. La excesividad de su presencia más allá de conminar a la prevención delictual, sitúa al derecho penal como la herramienta abusiva del uso de la violencia legítima del Estado. Ello en vez de contribuir a su imagen, menoscaba su institucionalidad y funcionalidad, mientras mengua la capacidad de actuar de otras esferas de control, como la de las otras disciplinas jurídicas, que desde el consciente e inconsciente colectivo eligen no acudir a ellas porque no manifiestan una mayor gravosidad en la imposición de su sanción.

De su criminalización de conductas se deriva la avidez del funcionario investigador para buscar culpables y, en no menos casos, del funcionario juzgador para imponer sanciones. No se parte ni se hace acopio de un *indubio pro reo*, sino de un *indubio contra reo*, dejando la presunción de inocencia en

el mismo anaquel polvoriento donde se guarda el principio de oportunidad y otras garantías que no contribuyen el eficientismo estadístico punitivo.

La correlación y amalgamamiento corrosivo de derecho penal máximo y eficientismo,¹ hacen que la justicia, al igual que las personas y sus derechos sean miradas como un número estadístico más, que suma en resultados, mientras puede que reste, para el caso concreto, en contra de sus intervinientes e intereses. Con estas sumas y restas se regresa a un Estado de derecho, al resucitar entre sus postulados el de: "Donde la ley no distingue, no es dable al intérprete distinguir", mientras se pierde o diluye la cualidad del activismo judicial del juez en su deber de ser garantista y ecuánime frente al derecho particular en cada caso que llegue a sus manos, desde el marco de acción que le brinda el Sistema Penal Acusatorio fundado en nuestro Estado social de derecho.

Según Michel Foucault: "El Estado se apropia del poder de castigar y se apropia del poder de venganza del particular. El Estado vuelve a la pena una técnica de curación y prevención. Toma la venganza para racionalizarla, dividirla y limitarla".² Del mal uso o ejercicio de dicha pena, se deriva la violencia que legitima la institucionalidad del Estado, que conduce no precisamente a la curación y prevención, sino a todo lo contrario: la inconformidad, el descontento, la pérdida de credibilidad de los sistemas, la vulnerabilidad de las instituciones, la coacción de la anarquía, la represión y el caos. El panorama empeora cuando no se trata de corregir los yerros y retomar el sendero, y por el contrario se fortalece el sistema para volverlo más tirano y opresor ampliando las penas y las tipificaciones de conductas que deberían tener otro tipo de control.

1 El eficientismo aquí referido es el de la crítica que recibe la medición actual que las empresas hacen de sus empleados bajo parámetros cuantitativos en la exigencia de resultados, a fin de cumplir los logros o metas previstas, lo que, en no pocos casos, trae como consecuencia la baja calidad de los productos debido, en parte, a que si bien se exigen resultados mayores, no se hacen los reajustes necesarios para que la empresa y sus empleados puedan marchar al ritmo que demandan las expectativas creadas. Esta tendencia de medición del personal del sector privado cada día toma más fuerza en el sector público.

2 Michel FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, Madrid, Siglo XXI, 1966.

En los sistemas o modelos de gobierno dictatorial se hace más evidente la consagración de un derecho penal máximo, que en la aplicación de cada una de sus penas pretende implantar una prevención general a partir de la severidad exorbitante de imponer una sanción como presunta prevención especial. Esta perspectiva no debe perderse de vista sobre todo si se tiene en cuenta que el sistema judicial, así como el Legislativo, son reflejo y por tanto tienen correspondencia directa con el modelo político de Estado de cada país y, la tendencia política que se ha venido extendiendo en Colombia y varios de los países de América Latina es la de tratar de lograr la perpetuación en el poder por parte de los dirigentes de turno, a riesgo no sólo de la seguridad jurídica en el maniqueísmo de las constituciones, sino, a su vez, de los programas, incluso de los nacionales, que no se encuentren alineados con las directrices promulgadas por el Ejecutivo.

De la justa medida del derecho penal en su uso y aplicación redunda la legitimidad y confianza que se le profese; con ello se desprenderá la reactivación y posicionamiento de los otros sistemas de control en la búsqueda de soluciones adecuadas para cada conflicto. Esta justa medida, no implica acuñar los postulados de las teorías abolicionistas sino, en el buen uso de las recomendaciones sociológicas y criminológicas, contribuir al florecimiento de la filosofía jurídica que constituye la base y vigencia del sistema penal, y que al no ocuparse de conductas que pueden manejarse desde otras esferas de control halla, en su laboriosidad de tutela de los bienes jurídicamente relevantes, su regreso a la *ultima ratio*.

En el viraje de la concepción de un modelo de Estado de derecho hacia un modelo de Estado social de derecho, es precisamente la característica de *ultima ratio* la que le da sentido y sustento al derecho penal como mecanismo de control efectivo, mas no la satanización de conductas para implementarlas a su ámbito operativo, lo que de entrada va en contravía de la salvaguarda y tutela de los bienes jurídicos, como quiera que se pierde el sentido de su real

protección para hacerlos instrumentos útiles en la aplicación de sanciones punitivas donde deben operar otro tipo de correctivos.³

La mirada constitucional prevé que el sistema normativo debe supeditarse a lo signado por la Constitución pero desafortunadamente, bajo el óbice de los programas políticos de los dirigentes de turno, en vez de fortalecer su enfoque social, se regresa al modelo del Estado de derecho, sobre todo cuando los esfuerzos del Estado se dedican más a sancionar que a volver realidad el acceso, protección y sostenimiento por lo menos, de los derechos fundamentales para todos sus nacionales a fin de colocarlos, cada vez más, desde un mismo punto de partida ante la ley y sus preceptos.

De las herramientas penales foráneas para la imposición de un ordenamiento

Me parece que para todos aquellos que en el diario vivir ejercemos el litigio de nuestra profesión bajo la premisa de abogar por el otro, los cambios jurídicos y conexos, e inconsecuentes y desprovistos de un acople cultural, nos colocan en el ejercicio del derecho como quien camina cuesta arriba, mucho más si los cambios obedecen a la incursión de herramientas penales foráneas.

De conformidad con Max Weber y otros científicos sociales, Habermas (1987, I) se señala que la positividad, el legalismo y el formalismo son las tres características del sistema jurídico moderno. En efecto, el derecho moderno se estatuye explícitamente, fija y aplica reglas de juego de conformidad con procedimientos expuestos, “no se forma por interpretación de tradiciones sagradas y reconocidas”, no supone en las “personas ninguna clase de motivación

3 Al respecto en su texto *Anfibios culturales y divorcio entre ley, moral y cultural*, el filósofo y matemático Antanas Mockus realiza una cita que cabe a lugar: “Sin embargo, se ha reconocido la progresiva invasión de esferas de la vida cotidiana por disposiciones jurídicas (Habermas, 1987, vol. 2). Aspectos como la educación o la vida familiar anteriormente regulados en buena parte por la moral o la cultura pasan cada vez más a ser objeto de regulación legal, produciendo un vacío de sentido que puede ponerse en relación con patologías y manifestaciones de la sociedad contemporánea tan importantes como la anomia y la contracultura. La ampliación de los aspectos sometidos a una regulación explícita parece ser el precio que se paga por la ampliación del ámbito de acción individual asociado al debilitamiento de las tradiciones culturales”, p. 47 del texto referido.

ética, fuera de una obediencia general al derecho” y “define ámbitos en que las personas privadas pueden ejercer libremente su arbitrio” y jurídicamente está permitido todo aquello que no esté prohibido. Estas características, que según Habermas se manifiestan con radicalidad en el derecho privado burgués, le dan al derecho moderno una funcionalidad sistemática que permite la generalización de la acción racional con arreglo a fines, generalización que posibilita la aparente plena emancipación del derecho frente a toda argumentación moral.⁴

No basta entonces para la eficacia de la norma, la norma por la norma misma; debe buscarse su aceptación dentro del colectivo para que los resultados previstos con su aplicación impliquen a su vez la fuerza de toda su validez, especialmente cuando la normatividad tenga su origen en una legislación diferente a la nacional y ello le demande una acomodación congruente con nuestro sistema jurídico y con la sociedad colombiana, desde un encuadramiento de compatibilidad.

A esta sincronía de elementos colaboran especialmente tres factores: la Constitución Política colombiana como ley de leyes, la política criminal como “sabiduría legislativa del Estado”⁵ y la articulación del derecho realizada por los operadores de justicia.

La Constitución Política colombiana cimenta raíces en su imperio de la ley tanto por ser la norma de mayor jerarquía, como al rodearse de todos los argumentos que la ubican en su posición privilegiada dentro del contexto del Estado social de derecho. Desde esta dirección conceptual, toda norma debe estar armonizada con el contenido constitucional; pese a ello, la realidad de los acontecimientos políticos sociales de los últimos tiempos tanto en Colombia como en América Latina muestran que se acude a las reformas constitucionales para que sea la Constitución la que se acomode a la norma.

⁴ Antanas MOCKUS, *Anfibios culturales y divorcio entre ley, moral y cultura*, p. 46.

⁵ Definición de FEUERBACH-MITTERMAIER, extraída de la obra *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, citada por ZIPF, Heinz, en su obra *Introducción a la política criminal*, p. 2.

En el caso del sistema penal, como ya lo hemos expresado, normalmente las reformas constitucionales traen como consecuencia la estructuración de un Estado de derecho en desmedro del Estado social de derecho por su retorno positivista. A la morigeración de tal circunstancia, la Constitución Política colombiana contribuye al mantenimiento del Estado social de derecho cuando desde sus principios y en uso del bloque de constitucionalidad, se realiza la adaptación y aplicación de las normas y, sobre todo, en la selección de aquellas de origen foráneo que se adapten y se integren, se tenga como criterio de selección de las mismas su empatía con la Constitución.

En la praxis constitucional ha de ser, en primera medida, la Corte Constitucional junto con el Legislativo quienes se encarguen de velar por la conservación del Estado social de derecho, mientras que por su parte, el Ejecutivo, encamine sus esfuerzos en demandar normas que contribuyan a dicho propósito en beneficio de sus nacionales sin por ello renunciar al ejercicio de sus mecanismos de control como el punitivo.

Se hace entonces necesario una valoración constitucional acuciosa, previa a la entrada en vigencia de cualquier normatividad y no la imposición de ésta sin siquiera contar con las adecuaciones o presupuestos indispensables para que su irrupción tenga los resultados esperados en consonancia con nuestro ordenamiento jurídico, las expectativas del conglomerado social y nuestro modelo de Estado.

Al respecto cabe mencionar las observaciones particulares que se pueden hacer a la entrada en vigencia de nuestro sistema acusatorio, el cual muy a pesar de toda expectativa, realizó su injerencia a nuestro ordenamiento jurídico bajo el cliché con el que se suele escudar o justificar las deficiencias de todas nuestras actuaciones o programas provenientes de orígenes extranjeros: "a la colombiana".

Si bien desde la filosofía jurídica el Sistema Penal Acusatorio, muestra una aparente mayor eficacia y garantía como proceso penal para la investigación, debate el juzgamiento de conductas punibles según su naturaleza adversarial, no menos cierto es que en gran medida su éxito se consolida en niveles culturales y operacionales que permitan su correcto desarrollo. Es frente a la falta de preparación en lo concerniente a los niveles enunciados que puede, desde una concepción fatalista augurarse para el nuevo sistema su dirección hacia el fracaso.⁶

Conforme al papel de la política criminal en la sincronía de las normas y herramientas penales, resulta oportuno traer a colación algunas de las definiciones que sobre esta han sido argüidas por Mezger: quien ve la política criminal en sentido amplio como “el conjunto de todas las medidas estatales para la prevención del delito y la lucha contra el delito”;⁷ así como la expresada por Sax: “Conjunto de las tendencias y disposiciones dirigidas a la adecuada aplicación del derecho penal”,⁸ la de Jescheck: “la política criminal se ocupa de la cuestión de ‘cómo constituir del modo más adecuado el derecho penal, a fin de que pueda corresponder a su misión de proteger la sociedad’”,⁹ y la de Kaiser: “Pretende la exposición sistemáticamente ordenada de las estrategias y tácticas sociales para conseguir un control óptimo del delito”.¹⁰

6 Sin querer ahondar en la apreciación enunciada ya que ello constituirá el análisis de por lo menos un artículo propio, me permito señalar que la entrada en vigencia del Sistema Penal Acusatorio debió prever una preparación cultural que conllevara a la sociedad de jurados, de entrada, a la colocación e igualdad de condiciones del defensor y la Fiscalía frente al recaudo y señalamiento de pruebas ya que las desventajas prácticas se palpan cuando el funcionario del ente acusador está rodeado de un sinnúmero de herramientas que le permiten, incluso coactivamente, acceder a las pruebas y medios de prueba, mientras el defensor no cuenta con siquiera un *carpet* que le brinde algún respaldo para penetrar las puertas y apelar a la conciencia de los involucrados, partícipes, intervinientes y de todo aquel que para el caso concreto pueda prestarle una colaboración efectiva en el soporte, argumentación, exposición y defensa de su teoría del caso. Por su parte desde el nivel operacional, el nuevo sistema demanda la entrada de varios elementos para que pueda operar sin limitaciones, entre ellos el personal investigativo el cual por la estructura funcional que prevé implicaría la adscripción de por lo menos cuatro miembros del CTI al servicio de un despacho judicial y no la de un miembro de CTI por cuatro despachos judiciales como ocurre en la actualidad.

7 ZIPF, *op. cit.*, p. 3.

8 *Ibidem.*

9 *Ibidem.*

10 *Ibidem.*

En consonancia con estas definiciones es que el sentido amplio de la política criminal implica el uso de todos los mecanismos de control del delito desde las directrices del Estado. Según esto, la injerencia de controles trae consigo la delimitación y cooperación de los controles formales e informales, entendiéndose por los primeros aquellos que se respaldan y pronuncian desde la institucionalidad y por los segundos, aquellos que se soportan desde herramientas útiles como las creencias, los mitos, las costumbres, etcétera, que a la postre hacen parte de los componentes culturales. De dichos componentes culturales, que han sido aminorados por los controles formales como el derecho penal, surge o emana en gran medida la aceptación de los controles formales, entre ellos la ponderación de la ley, así como la integración, articulación y competencia de cada mecanismo de control (formal e informal) para la consecución de fines comunes.

Por su parte, el derecho penal en su condición de mecanismo de control formal dedica su tiempo a la judicialización de conductas punibles con el problema consecuente de infringir la severidad de sus penas, en mayor proporción, sobre los más vulnerables de la sociedad, sin que ello quiera decir necesariamente, que los individuos pertenecientes a dichos escaños sociales sean de mayor naturaleza delincencial.

En efecto, según estadísticas comprobadas, y en lo esencial no discutidas, entre el 80 y 90 por ciento de los miembros de todas las clases sociales han delinquido alguna vez en su vida. De este modo se ha evidenciado que en las clases superiores se produce delincuencia al mismo nivel que en cualquier otra clase social. El hecho de que la población interna de las prisiones se reclute fundamentalmente en las clases inferiores se debe a un anómalo proceso de selección a través de los mecanismos sociales (legislador, policía, tribunales), por el cual el riesgo de ser condenado no se distribuye por igual en todas las clases sociales.¹¹

¹¹ ZIPF, *op. cit.*, p. 14.

De la relación seria y sopesada entre política criminal y la dogmática jurídico-penal se deriva la actividad responsable del derecho penal, en su misión sancionadora de conductas punibles reduciendo la utilización de chivos expiatorios dónde descargar sus propias culpas, y concediéndole la luz necesaria a su actividad de persecución delincencial que no debe admitir más palazos de ciego sobre la dignidad humana, en la que no se puede seguir aplicando la política de prueba y error.

Debe ser entonces la dogmática jurídica la que marque las pautas a seguir por la política criminal, la que circunscriba su actuar, la que despeje sus dudas y la que respalde y motive sus decisiones. Por su parte debe ser la política criminal una forma de expresión y proyección de la dogmática jurídica.

sobre la relación entre política criminal y dogmática jurídico penal ambas son dos ámbitos independientes, pero que se compenetran en múltiples aspectos. Así, es misión de la dogmática en el marco de la política criminal conseguir posibilidades de solución acordes con el sistema para objetivos político criminales. La política criminal parte de un sólido fundamento cuando mantiene sus decisiones de acuerdo con la evolución de la dogmática, así como, viceversa, la dogmática ha de desarrollar sus soluciones en el marco de la concepción global político criminal, dado que su efectividad se mide igualmente según su valor para la realización de los objetivos político criminales (cfr., el agudo pronóstico de Tröndze, N. T. W., 1973, p. 32: "... la dogmática del derecho penal será en el futuro lo que lleve a cabo la política criminal").¹²

Por su parte, los operadores de justicia son quizá la bisagra sobre la cual gira toda articulación sincronizada de la normatividad penal, la Constitución y la sociedad. Su papel hace que la normatividad cobre vida, se materialice, se aplique y trascienda.

¹² *Ibidem*, pp. 5-6.

El operador de justicia por excelencia es el juez, pero nuestra normatividad confiere facultades a los distintos funcionarios intervinientes en el proceso penal con los que no se puede hablar de uno, sino de varios operadores de justicia, aún dentro de nuestro sistema procesal adversarial, forjado a la colombiana.

En la Ley 600 de 2000, vigente aún en bastantes procesos penales –que mientras no se fallen siguen contribuyendo al congestionamiento judicial–,¹³ las facultades conferidas a los operadores de justicia presentan, incluso, mayores poderes concentrados en el fiscal que en el juez, lo que vulgarmente determinó, en el lenguaje coloquial, hablar de un “fisjuez”¹⁴ como quiera que en su figura se concentra el poder de investigar y en varias circunstancias de manejo procesal el poder de juzgar.

En nuestra nueva Ley 906 de 2004, las funciones judiciales han sido, básicamente distribuidas en dos tipos de jueces,¹⁵ creados, entre otras cosas, para evitar la contaminación del funcionario judicial con circunstancias que le puedan imposibilitar el ejercicio adecuado de su principal función: proferir un fallo. Así mismo para suprimir las facultades judiciales del fiscal, detentadas bajo el antiguo sistema (Ley 600/00). Junto a ello, se ha conferido al fiscal la facultad de aplicar el principio de oportunidad, del cual el titular es el juez de control de garantías, quien tiene el papel de decidir sobre su concesión final al momento de establecer el control de legalidad y constitucionalidad sobre su aplicación.

Finalmente, en esta misma línea es relevante destacar que en la fase de la indagación, el fiscal sigue siendo amo y señor, máxime cuando se trata de una

13 Entiéndase dicha congestión bajo la realidad de que los procesos de Ley 600 pertenecen a un sistema escrito; ello de por sí marca la utilización de un mayor espacio físico, de igual forma, desde la carencia de personal, hay muchos funcionarios que tienen que obrar en los dos sistemas (Ley 600/00 y Ley 906/04) determinando el estancamiento de las actuaciones previstas para ambos, etcétera).

14 Esta sola expresión daría, a su vez, la necesidad de hacer un escrito propio sobre este operador de justicia, pero ello no constituye el propósito de la exposición que aquí nos ocupa.

15 Juez de conocimiento y juez de control de garantías.

etapa secreta y atemporal, pues su única limitación de tiempo real es la de la prescripción de la acción penal.

Previas las consideraciones pertinentes sobre nuestros dos sistemas procesales penales, se debe hacer énfasis en el singular papel que nuestros operadores de justicia cumplen en la aplicación de la ley y con ello, en la construcción de justicia. Equiparados con Atlas, sobre sus hombros pesa, en gran medida, la confianza que el colectivo profese al sistema penal, en razón a que al ser su cabeza más visible, entrañan la articulación de la norma a la luz constitucional de lo profesado y establecido en el Estado social de derecho. El operador de justicia más allá de una decisión judicial, debe contribuir a ser un puente cualificado entre la norma y la sociedad, desde su ejercicio responsable de emitir pronunciamientos con relación directa sobre el asunto concreto y en consonancia con lo preceptuado por la Constitución Política colombiana.

El activismo judicial del juez, respaldado y exigido a partir de la configuración de nuestro Estado social de derecho, no deja de presentar resistencia por las líneas de la dogmática radical que ven en su obrar una clara amenaza para la seguridad jurídica al detentar una posibilidad real de afectar el orden establecido. A *contrario sensu* de la presunta amenaza, el papel integrador y articulador del juez de la normatividad a aplicar, entraña la potencialidad de proferir sus decisiones con el valor agregado de hacerlas congruentes con el Estado social de derecho al ir más allá de la norma y apoyarse en sus principios, según se lo demande el caso concreto. Con el marco de la Constitución Política colombiana para su actuar, el juez no sólo se coloca ante la alternativa de poder ser creador de derecho, sino que además se constituye en el mayor garante, bajo parámetros ecuanímes, de los derechos de los intervinientes en cada caso particular en el que le corresponda pronunciarse.

A fin de evitar el trastrocamiento del orden signado bajo el Estado social de derecho y de coartar de manera previa la posible arbitrariedad, que desde

su libertad de operación, puede desplegar el juez en la pronunciación de sus fallos, la dogmática apoyada en los criterios político criminales circunscribe la acción del juez hacia el qué, cómo y cuándo criminalizar una conducta, soportado tanto en la normatividad como en la orientación y necesidad de persecución del Estado para imponer una sanción que se corresponda con el bien jurídico vulnerado.

Lo anterior presupone tanto esfuerzo por parte del juez, en su función de ser garante de los individuos en el pronunciamiento de sus fallos, así como las exigencias propias del sistema jurídico para rodear, permitir e inyectarle a dichos veredictos la fuerza vinculante necesaria que profesen desde la justicia y el derecho. Para tal tarea la consonancia entre política criminal y dogmática jurídico penal debe ser flexible y armónica, respetando la independencia y singularidad de cada una, pero permitiendo los intercambios recíprocos necesarios de la una a la otra, y viceversa, en aras de lograr las finalidades que les impone estar supeditadas a la irradiación constitucional de un Estado social de derecho.

Pese a las acusaciones que pueda sufrir la dogmática de estar anclada en concepciones decimonónicas (sentido retributivo de la pena, confianza en la bondad y justicia intrínsecas en la ley, pensamiento conceptual y sistemático) se ha conjurado ya el peligro de una dogmática inmanente, con un fin en sí misma y, por tanto, estéril, siendo hoy opinión común que la dogmática ha de servir y sirve a fines político criminales. Frente a la acusación de una dogmática fiel a concepciones absolutas de justicia y exageradamente respetuosa con los dictados formales de la ley, se reconoce el valor político criminal de la dogmática en cuanto sirve al mantenimiento de dos exigencias elementales del individuo frente al poder público: la necesidad de certeza del derecho y la seguridad jurídica.¹⁶

¹⁶ ZIPF, *op. cit.*, p. 12.

Es precisamente la concepción del Estado social de derecho lo que fundamenta la revisión de cada categoría jurídica, al igual que la de cada mecanismo de control (formal e informal) para el ejercicio de la función punitiva y, dentro de esta revisión se encuentra, en los primeros eslabones de la cadena, la flexibilidad de la dogmática para hacer los cambios necesarios según las directrices que le presenta la política criminal.

La influencia político criminal que la dogmática actual soporta es evidente. Son consideraciones político criminales las que obligan a revisar las categorías de culpabilidad o error, las que han agitado la polémica sobre las llamadas teorías de la pena, el tratamiento penitenciario y el tema de la reinserción social o resocialización, las que han obligado a cuestionar el fundamento del *ius puniendi* del Estado o la posición del juez, la participación ciudadana en los procesos, la situación del encausado, del ministerio fiscal o de la víctima, etcétera.¹⁷

El peligro y grave riesgo que se corre frente a la mala articulación de los sistemas de control, es el de atentar contra el gran logro obtenido en la implementación del nuevo modelo de Estado social de derecho, lo que se hace aún más crítico si de las herramientas penales que se implementen –artículos, leyes, decretos, resoluciones, sistemas penales acusatorios, preceptos constitucionales, etcétera–, sobre todo las de origen foráneo, se compromete nuestra soberanía, se desgarran los valores propios de nuestra idiosincrasia, se juega con las libertades y derechos de nuestros nacionales y se coloca en riesgo la seguridad jurídica en aras de favorecer los intereses oscuros y mezquinos de los dirigentes de turno, redundantes en la congratulación con las políticas de países extranjeros desde el yugo de nuestra economía dependiente.

¹⁷ *Ibidem*.

Del monopolio del *ius puniendi* a beneficio de la impunidad selectiva

La creación de sistemas políticos y modelos de Estado trae consigo la idea de organización. Los intereses comunes de los individuos han permitido la aceptación y defensa de tales esquemas, sin embargo la simple coexistencia de dos seres humanos hace latente la propensión al conflicto.

Partiendo del pensamiento de Durkheim se advierte que, siendo la conducta social una conducta regulada, es inevitable la producción de comportamientos irregulares. Se puede decir así que la creación y aplicación de las normas penales determina el conjunto de la delincuencia de una sociedad. De este modo la delincuencia se presenta como un acontecer ordinario de la vida social, siendo la otra cara de la regulación social.¹⁸

Lo expresado por Durkheim bien puede desprenderse de los criterios consensuales de la mayoría que interviene en la creación, selección, modificación, etcétera, de las formas de organización de las conductas reprochables y de los mecanismos de control. Esta aparente participación, deja como resultado el inconformismo de aquellos que se sienten excluidos de la elaboración de tales procesos, pero no por ello debe pensarse que allí se afianza el arraigo de la criminalidad.

Del ejercicio del *ius puniendi* como forma legítima de violencia ejercida por el Estado, se tiene la instrumentalización del orden penal para obtener un fin. El fin pretendido debería ser consecuente con el criterio de *ultima ratio*, los bienes relevantes jurídicamente tutelados y el bienestar común pretendido, pero no en pocos casos se muestra como el dedo sancionatorio inquisitivo al servicio de intereses particulares.

La división de buenos y malos tratada por autores como M. Foucault, sigue teniendo vigencia sobre todo cuando desde el poder Ejecutivo se configuran

¹⁸ ZIPP, *op. cit.*, p.14.

esquemas que demandan todos sus esfuerzos en la implementación de su propia concepción de seguridad bajo el óbice de la criminalidad a la que pretende enfrentarse.

La teoría de hacer una división entre buenos y malos se replantea entre los fundamentos criminológicos de la reacción social, según los cuales todos somos buenos y malos; no obstante, ello no alcanza para que en la práctica, la política criminal deje de ejercerse desde las directrices del Estado hacia la persecución de aquellos que sean catalogados como los malos. Más allá de determinar si el soporte de las políticas de los dirigentes de turno tienen sustentos y ecos reales, la inquietud que se suscita y preocupa es la de la criminalización de conductas desde un derecho penal expansionista, al que se le están arrogando facultades sociales en ámbitos que no le competen, desde la criminalización de conductas que pueden incluso no ser de naturaleza delictiva, y que de entrada reflejan el abuso del poder en contra de la justicia y del propio ejercicio del derecho.

De regreso a las observaciones esbozadas al planteamiento de Durkheim, debo precisar que pese a que la inclusión o exclusión de quienes participan en la catalogación de las conductas nocivas y su ejercicio de control, no constituye que los excluidos sean proclives a la comisión de conductas punibles, la simple exclusión, sobre todo en gobiernos de corte dictatorial, puede significar la dirección de la política criminal hacia la persecución de tales individuos al considerarlos, incluso, enemigos del Estado.¹⁹

Nuestra Constitución Política, con el amparo que brinda la democracia participativa, así como nuestro modelo de Estado social de derecho, desde la misma perspectiva utilitarista con que se suele ejercer la política criminal a beneficio del interés particular, puede utilizarse para sustentar y justificar el ejercicio desmedido del *ius puniendi* bajo el supuesto amparo y beneplácito de las mayorías. Al respecto resulta preciso lo señalado por Luigi Ferrajoli:

¹⁹ Sobre el particular se puede consultar la "teoría del derecho penal del enemigo" formulada por Jakobs.

‘Sociedad democrática’ alude evidentemente a un genérico parámetro axiológico: el deber ser de la pena en una sociedad basada en los valores de la democracia. Debemos decir entonces, que la relación entre derecho penal y democracia es muy particular. En efecto, el derecho penal es el terreno en el que, en forma más emblemática, se expresan los límites de la ‘democracia política’, entendida esta expresión en el sentido de poder y voluntad del pueblo, y por tanto de la mayoría.

Si este, y sólo éste, fuera el sentido de ‘democracia’, resultaría excluida cualquier posibilidad de fundar una axiología democrática y garantista del derecho penal. Un derecho penal, ‘democrático’ en tal sentido se orientaría inevitablemente hacia formas de derecho penal máximo, o sea, al máximo represivo, privado de límites y garantías. Ello por dos motivos: ante todo porque el punto de vista de las mayorías conduce a concebir el derecho penal como un instrumento de defensa social –es decir de prevención de los delitos, y por tanto de defensa precisamente, de las mayorías no desviadas– contra los atentados a la seguridad provenientes de las minorías desviadas; y es claro que el parámetro de la máxima utilidad posible de los no desviados no sólo no proporciona criterios para limitar o minimizar la aflicción de la pena, sino que proporciona, por el contrario, criterios para maximizarla. La idea de la defensa social –sostenía hace un siglo Francisco Carrara–, tiene como resultado inevitablemente el terrorismo penal. En segundo lugar, porque la desviación provoca siempre la movilización de la mayoría, que se asume ella misma, como ‘no desviada’, contra la minoría de los desviados, percibidos por ella como ‘diversos’ y fuente de peligros sombríos. Si después de la aparición de la obra de Beccaria *De los delitos y las penas* en torno a ella se hubiese realizado un referéndum, éste habría recogido el consenso del mismo Beccaria y de alguna docena de sus amigos.²⁰

La necesidad planteada de excluir a las mayorías del papel de selección de las conductas punibles, nos conduce a pensar que la conveniencia de no

20 FERRAJOLI, Luigi. «La pena en una sociedad democrática», en, *La pena garantismo y democracia*. Mauricio Martínez (compilador). Bogotá, Editorial Gustavo Ibáñez, pp. 15-16, 1999.

dejar asuntos de tal relevancia en las manos de todos sino de una minoría, que cualificadamente esté capacitada para asumir con responsabilidad e imparcialidad dicha labor, permite que el derecho penal opere con garantías mínimas para todos sus destinatarios y no sólo para aquellos que intervengan en la concepción de normas a su acomodo. Esta tarea resulta complicada de llevar a cabo, cuando la probidad de nuestro sistema legislativo cada vez está más en entredicho debido al pésimo ejercicio de la política colombiana que en vez de depurar sus yerros, día a día se inventa nuevas formas de sacar y perpetuar beneficios para unos pocos y con ello camina de la mano de la propia delincuencia que, desde los tiempos inmemoriales de su injerencia en la política, no ahorra esfuerzos para seguir entretejiendo la colcha con la cual arroparse y soportar cualquier asomo de moralidad.

Esta convivencia malsana de política y delincuencia, son los comúnmente conocidos como actos de corrupción, que pese a estar presentes tanto en el sector público como en el privado, tienen mayor eco y trascendencia en el primero, como quiera que se coloca en riesgo y juego el erario e interés público que es el de las mayorías. Paradójicamente, el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial cada vez están colocando mayor esfuerzo en garantizar, proteger y defender los intereses del sector privado que los del sector público. Obsérvense todos los beneficios y beneplácitos que se conceden al sector financiero en el país para la consolidación de emporios económicos de unos cuantos, con medidas como la creación transitoria del tres por mil y su gradual institución permanente, ahora del cuatro por mil, frente a las confusas y difusas políticas adoptadas para hacer frente al problema del desplazamiento que día a día aqueja a más colombianos dejando miseria esparcida por todo el territorio nacional.

Dejar entonces las consideraciones propias del derecho penal, en especial la de las directrices que deben trazarse a la luz de la política criminal, no al criterio de las mayorías, sino al de una minoría proba para tal encomienda,

plantea o demanda la necesidad de revisar y depurar las inconsistencias que presenta nuestro ordenamiento legislativo fruto del mal ejercicio del poder político, tanto de quienes detentan una curul en el Congreso como de la irresponsabilidad de control de los partidos políticos y las regiones representadas a través de dichas curules.

Paralelo a los inconvenientes del Legislativo, se encuentra la manipulación de la normatividad penal sobre las modificaciones al marco constitucional, y la formulación de proyectos de ley para la inclusión de tipificaciones, o mayor severidad de penas haciendo uso de la utilización del consenso popular, a manera de idiotas útiles, a partir de un problema particular tomado y maximizado con el fin de generar el respaldo necesario para legislar la judicialización de conductas sin mediar, por lo menos, un estudio criminológico serio y concienzudo que justifique las medidas a implementar, en detrimento de las libertades personales, las garantías constitucionales y en perjuicio de todos aquellos que no puedan contar con los medios y herramientas suficientes para sustraerse o hacer menos lesiva la imposición de las penas que le aplique un derecho penal máximo, cada vez más arbitrario por la falta de justificaciones reales de las políticas adoptadas.

A esta pérdida de garantías y consolidación de un derecho penal máximo contribuyen eficazmente los aportes fundamentales que, en la creación, adopción y respaldo de pseudo políticas criminales, realizan los medios de comunicación.

Sintiéndose la encarnación vivida de "la voz del pueblo es la voz de Dios", los medios de comunicación que, dicho sea de paso, cada día van escalando para dejar de ser el cuarto y pasar a ser el primer poder, se han convertido, en no pocas ocasiones, en los comodines al servicio del poder político en su conducción de la sociedad hacia donde busque dirigírsele, como el ventrilocuo que dice lo suyo haciendo creer que quien habla es el muñeco.

La triada fatídica de la criminalización de conductas la completa el poder Ejecutivo que lanza pedradas a diestra y siniestra, bajo una dualidad moral que no le permite ser consciente de que es más grande la viga en el ojo propio que la astilla en el ajeno.

Cómo un Ícaro insolente, desatento a las observaciones de su padre, el Ejecutivo marcha rumbo al Sol con unas alas que si no llegan a derretirse pueden llegar a pagar muy alto el precio de su insubordinado vuelo. De esas inobservancias y oídos sordos al verdadero clamor del pueblo, pueden y llegan a diario nuevas y diversas alas y poderes sucedáneos, sobre los cuales los miembros del colectivo echan a volar lo que queda de sus esperanzas. Vienen entonces con sus discursos y parafernalias los grupos armados al margen de la ley, los rezagos de las mafias y el sicariato, las nuevas formas de narcotráfico, las alternativas financieras clandestinas como DMG, la utilización de menores como mercancía productiva del tráfico humano, la organización de la miseria como un negocio de vida, junto con todos los trastrocamientos de valores que conlleva el facilismo en una sociedad que generación tras generación ve su moral pegada con babas. Sobre el caos coyuntural y emergente que le toca vivir, como tabla de salvación la sociedad recibe un derecho penal que está dispuesto a masacrarla con todo el peso y el rigor de la ley. Dura ley... pero es la ley.

Sin embargo, bajo el lente de la sabiduría popular, según la cual "el cura predica pero no aplica", las directrices del Estado en la aplicación de su persecución delictiva, pese a su política meritocrática, no tienen mayor reflejo al interior de sus estructuras lo que trae como consecuencia un desdibujamiento de la institucionalidad, una incoherencia de políticas, un manto de dudas e incredulidad sobre sus predicados, un juicio de valor sobre su legitimidad, un descontento, zozobra y desconfianza general, una patente manifiesta de la aplicación de una impunidad selectiva, por acción o por omisión. Como si ante tales asuntos la consigna estatal fuese "la ropa sucia se lava en casa", sin que el colectivo pueda tener acceso al lugar de la casa en donde queda esa lavadora o ese lavadero.

En el panorama de condiciones monopolistas de la configuración y ejercicio de la política criminal se podría pensar, con fundamento en la base de la democracia participativa que pregonan los postulados de nuestra Constitución Política, que parte de la estrategia para subsanar las desproporciones del *ius puniendi* la podría aportar la participación seria y real del consenso general pero de ello, como ya se ha expresado, podría devenir un peor remedio que la enfermedad.

Dejando al margen las observaciones hechas sobre la manipulación del consiente colectivo, es pertinente resaltar que el derecho penal no puede estar su-peditado al criterio de formulación de las mayorías, como quiera que de la aparente moral del conglomerado social puede colegirse la severidad y perpetuación de un derecho penal máximo, fundado en los criterios de defensa social; para evitar que ello ocurra, se debe hacer uso de los parámetros constitucionales que si bien promueven la participación ciudadana, prevén qué es lo que permite o no la toma de decisiones por parte del consenso social como bien lo expresa Ferrajoli:

Existe, sin embargo, un segundo sentido, o mejor una segunda dimensión de la 'democracia' —no antitética, sino complementaria a la de la 'democracia política'— que permite entender los fundamentos axiológicos y conjuntamente los límites del derecho penal y de la pena: se trata de la dimensión que resalta la democracia como 'democracia constitucional' o 'de derecho', y que tienen que ver no con quién está habilitado para decidir (precisamente la mayoría), sino con lo que no es legítimo decidir por ninguna mayoría ni siquiera por unanimidad.²¹

Visto de esta manera, o sea, como fruto de una minoría proba y cualificada para la encomienda de sus resultados, el derecho penal debe ser —sobre todo en un modelo de Estado social de derecho—, un derecho penal constitucional que desde la selección de los bienes que por su importancia requieran de su

21 FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 16-17.

tutela, hasta la formulación y ejecución de sus condenas, garantice las libertades ciudadanas, ante la búsqueda de la verdad y la implantación proporcional de la justicia, por encima de cualquier interés, sobre todo del manifestado por el poder político.

Si este es el límite impuesto al poder punitivo por la razón misma del pacto constitucional que lo ha originado, la sola justificación del derecho penal que pueda ser proporcionada, en alternativa a las hipótesis abolicionistas, es que él logre ser instrumento de defensa y garantía de todos: de la mayoría no desviada; que por ello se configure como derecho penal mínimo, o sea, como técnica de minimización de la violencia en la sociedad: de la violencia de los delitos, pero también de las reacciones a ellos; en suma, que él cumpla un doble objetivo: no sólo la prevención y minimización de los delitos, sino también la prevención de las reacciones informales a los delitos y la minimización de las penas.²²

22 FERRAJOLI, *op. cit.*, pp. 17-18.