

Verdad, justicia, paz y reparación en la mitología penal. A propósito de la ley 975 de 2005*

Julio González Zapata

Un poder político que no puede reducir la violencia que su impotencia genera, y que sólo atina a emitir discursos incoherentes, con tal de que —mediante una comunicación social simplista— resulte normalizador, más que un discurso requiere un libreto para su espectáculo, porque él mismo y el propio Estado acaban asumiendo el carácter de un espectáculo.

Eugenio Raúl Zaffaroni

Un análisis de la ley 975 de 2005 expedida en Colombia con ocasión del proceso de desmovilización de los grupos de autodefensa, especialmente si se hace en el horizonte histórico del sistema penal colombiano, presenta algunas dificultades básicas: en primer lugar, se trata de una ley sumamente compleja y polémica, cuyos efectos quizá apenas logremos percibir adecuadamente dentro de algunos años. En segundo lugar, la ley tiene la virtud —que caracteriza muchas iniciativas del gobierno que la ha promovido y sancionado— de haber polarizado al país, lo cual dificulta un debate por fuera de las lógicas amigo-enemigo, buenos-malos, ciudadanos virtuosos-antipatriotas. Y finalmente, se trata de una ley que se expide no al final sino en medio de la guerra.

* El artículo constituye un documento de trabajo elaborado en el marco de la investigación *El Código Penal de 1980: sus antecedentes y contextos mirados desde la política criminal*, de la cual es coinvestigador el autor del texto, investigadora principal la profesora Lina Adarve Calle y auxiliares de investigación los estudiantes León David Quintero, Edison Durango, Alex García, Catalina Puerta, Paola Oliveros, Julián Andrés Muñoz y Daniel Escobar. El autor agradece a la profesora Isabel Puerta Lopera por haber propiciado la discusión pública del tema el día 14 de septiembre de 2005 en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

Con esas dificultades a la vista y tratando de salvarlas, la reflexión que se presenta a continuación no pretende en todo caso “ponerse sobre el bien y el mal” haciendo uso de una supuesta e ilusa neutralidad académica que nunca ha sido posible ni aun frente a problemas menos dramáticos, pero sí quiere llamar la atención sobre la manera como opositores y defensores de la ley arrastran en sus argumentaciones una serie de prejuicios y de ilusiones que enrarecen el debate, alimentan viejos mitos y trastocan, o peor aun, afirman plenamente algunas imágenes en una opinión pública sedienta de fórmulas mágicas y soluciones rápidas.

El punto de partida de estas reflexiones es de una gran obviedad: cuando se discute el tema de la ley 975 de 2005, conocida públicamente —por sus pretensiones— como “de justicia y paz”, no debería perderse de vista que se trata de la discusión sobre una ley penal. Observando el intenso y extenso debate que ha suscitado esta ley, da la impresión de que frecuentemente se olvida este “pequeño” detalle y, por lo tanto, con gran ingenuidad se espera que ella produzca unos resultados que el derecho penal jamás puede alcanzar, o se critica la ley pero bajo el supuesto de que una mejor ley —penal también, por su puesto— podría producir aquellos resultados.

El olvido de aquel detalle es en gran parte el responsable de que la discusión sobre la ley se presente como si se tratara de una discusión sobre grandes valores como la verdad, la justicia, la reparación y la paz. Reclamar la realización de esos valores a una ley penal no puede originar sino frustraciones: “La ley no nace de la naturaleza, junto a las fuentes a las que acuden los primeros pastores. La ley nace de conflictos reales: masacres, conquistas, victorias que tienen sus fechas y sus horriblos héroes; la ley nace con los inocentes que agonizan al amanecer”.¹

Un actor omnipresente en la discusión de esta ley ha sido la llamada “comunidad internacional”. Ella es mirada por unos como el benévolo interlocutor que nos salvará de los atropellos y canalladas de nuestros gobernantes; es recurrida por casi todos los actores del conflicto como instancia de queja y denuncia de la mala conducta de la contraparte, pero también es comprendida por los representantes del Estado colombiano como el obstáculo que impide gobernar como es debido. En algunas ocasiones, incluso, se afirma que esa comunidad se traduce en tenebrosas organizaciones que sirven de caja de resonancia de la subversión y de los terroristas, y cuando sus informes y propuestas no son aceptables para los gobernantes, es porque —por lo menos— necesariamente está mal informada.

1 Michel Foucault. *Genealogía del racismo. De la guerra de las razas al racismo de Estado*. Trad. Alfredo Tzveibly. Madrid, La Piqueta, 1992, p. 59.

En esto último hay otro “olvido” que este texto se propone perturbar: quiérase o no, Colombia ha perdido gran parte de la soberanía para discutir sus propios problemas y, por supuesto, la solución que estos demandan será diseñada con estándares que no hemos definido. Al contrario, problemas y soluciones se nos imponen en nombre de una sedicente humanidad, y aunque unos y otras nos parezcan inadecuados, representan barreras que, al parecer, no se pueden superar.

Este texto argumenta, entonces, de una parte, que los valores de la verdad, la justicia, la reparación y la paz son normalmente ajenos a los procesos penales; y, de otra, que un actor como la comunidad internacional puede, en efecto, contribuir al cercenamiento del concepto mismo de soberanía, pero difícilmente constituye una prenda de garantía para obtener aquellos valores, pues en el fondo aquella comunidad apunta a la creación de un sistema penal mundial, homogéneo, que necesariamente amplía a nivel global los mitos de los sistemas penales locales y, desde luego, la selectividad, inequidad y expropiación del conflicto que los caracterizan.

En un primer apartado se señalan precisamente cuáles son esas características del sistema penal; seguidamente se alude a las posibilidades de un sistema penal para conseguir la verdad, la justicia, la reparación y la paz; y finalmente, se presentan algunas consideraciones sobre el papel de la comunidad internacional en los problemas que tienen que ver con la ley en cuestión y de algunos hitos que, bajo el amparo o a la sombra de aquella comunidad, ha tenido el tratamiento del delito político en nuestro medio.

1. Las características del derecho penal

Uno de los legados de la criminología crítica, y que hoy se acepta sin discusión, es que el sistema penal es por esencia desigual, selectivo y discriminatorio.

El carácter selectivo del sistema penal se manifiesta especialmente en la producción o creación de normas penales (criminalización primaria) y en la aplicación de dichas normas, esto es, en el proceso penal y en la ejecución de las sanciones (criminalización secundaria). Es decir, que desde la creación de la ley penal ya hay una decisión de quiénes van a ser sus destinatarios y quiénes no. Esto explica por qué se aprueban con tanta rapidez leyes contra terroristas y “rateros”, pero no contra evasores de impuestos. Este proceso selectivo se mantiene en la aplicación del derecho y en la ejecución de la pena: cárceles inhumanas para unos, de máxima seguridad para otros y con todas las comodidades para algunos pocos.

El carácter discriminatorio del sistema penal se hace visible cuando indica quiénes deben *ingresar* a él; quienes deben *permanecer* y a quienes se les dará un trato

privilegiado o agravado. Aquí entran en juego dispositivos atenuantes, agravantes, exculpantes, fueros, inmunidades; privilegios, tribunales especiales e instancias extraordinarias que sería innecesario enunciar pero que hacen del sistema penal una red tan tupida o tan relajada como lo quieran sus creadores y sus operadores.

El carácter desigual del sistema se concreta en las siguientes proposiciones: a) el derecho penal no defiende todos y solo los bienes esenciales en los cuales están interesados por igual todos los ciudadanos, y cuando castiga las ofensas a los bienes esenciales lo hace con intensidad desigual y de modo parcial; b) la ley penal no es igual para todos, ya que el estatus de criminal se distribuye de manera desigual entre los individuos, atendiendo al lugar que ocupan en la escala social.

El grado efectivo de tutela y la distribución del estatus de criminal es independiente de la dañosidad social de las conductas y de la gravedad de las infracciones a la ley, en el sentido de que éstas no constituyen las variables principales de la reacción criminalizadora y de su intensidad.²

El carácter desigual y selectivo del sistema penal ha sido señalado también por Michel Foucault:

[...] que en esas condiciones sería hipócrita o ingenuo creer que la ley se ha hecho para todo el mundo en nombre de todo el mundo; que es más prudente reconocer que se ha hecho para algunos y que recae sobre otros, que en principio obliga a todos los ciudadanos, pero que se dirige principalmente a las clases más numerosas y menos ilustradas; que a diferencia de lo que ocurre con las leyes políticas y civiles, su aplicación no concierne por igual a todo el mundo, que en los tribunales la sociedad entera no juzga a uno de sus miembros, sino que una categoría social encargada del orden sanciona a otra que está dedicada al desorden [...].³

El derecho penal ha sido tal vez el más poderoso o, cuando menos, el más drástico sistema de control social que han inventado las sociedades modernas. Michel Foucault ha demostrado que ha sido un nudo estratégico del disciplinamiento de la población en las sociedades capitalistas; desde esta perspectiva, el sistema penal como elemento importante en el arsenal disciplinario, no puede tener sino una doble función: crear sujetos económicamente productivos y políticamente dóciles. Una de las maneras como se cumple esta función es haciendo del derecho penal un dispositivo para manejar los ilegalismos:

2 Juan Oberto Sotomayor. *Inimputabilidad penal y sistema penal*. Bogotá, Temis, 1996, pp. 18-21.

3 Michel Foucault, *Vigilar y castigar*. Trad. Aurelio del Camino, 27ª edición. México, Siglo XXI, 1998, p. 281.

La penalidad sería entonces una manera de administrar los ilegalismos, de trazar límites de tolerancia, de dar cierto campo de libertad a unos, y hacer presión sobre otros, de excluir una parte y hacer útil a otra; de neutralizar a estos, de sacar provecho de aquéllos. En suma, la penalidad no ‘reprimiría’ pura y simplemente los ilegalismos; los ‘diferenciaría’, aseguraría su ‘economía’ general. Y si se puede hablar de una justicia de clase no es sólo porque la ley misma o la manera de aplicarla sirvan a los intereses de una clase, es porque toda la gestión diferencial de los ilegalismos por la mediación de la penalidad forma parte de esos mecanismos de dominación. Hay que reintegrar los castigos legales a su lugar dentro de una estrategia legal de los ilegalismos.⁴

Es importante retener estas características que son consustanciales a las leyes penales y que hacen parte de los mecanismos de funcionamiento de sociedades como la nuestra. Es posible que así, en lugar de suponer ingenuamente que una ley penal pudiera conseguir valores como los que constantemente han estado girando alrededor de la discusión sobre la ley de justicia y paz, podamos al menos preguntarnos —antes que por valores— por divisiones, negaciones y rechazos: “¿a través de qué sistema de confinamiento, mediante la eliminación de quiénes, creando qué división, qué juego de negación y rechazo, puede la sociedad empezar a funcionar?”⁵

2. La verdad en la indagación penal

Se ha pretendido que esta ley sea garante de la verdad. Y sin duda no se puede minimizar la importancia de la verdad sobre lo que ha ocurrido en el país. Es más, para las víctimas, sus allegados y la sociedad en general, más importante que el castigo de los responsables, es saber la verdad sobre los crímenes que se han cometido, sus patrocinadores, sus planificadores y financiadores. Pero no podemos omitir la pregunta acerca de qué verdad estamos dispuestos a recibir y, sobre todo, qué posibilidades tenemos de alcanzarla mediante un procedimiento judicial.

Michel Foucault, en *El orden del discurso*, nos mostró las reglas de producción de la verdad en sociedades como las nuestras. Hablar, escribir, enseñar, curar, investigar, más que llaves que abren el camino hacia una verdad por fin sin trampas, transparente, perfectamente concordante con las cosas, constituyen —por el contrario— mecanismos de constricción y exclusión que hacen que la verdad que se produzca no sea más que un juego sumamente complejo, en el cual se mezclan en una

4 *Ibid.*, pp. 277, 278.

5 Gregorio Kamisky (compilador). *El yo minimalista. Conversaciones con Michel Foucault*. Trad. Graciela Stapes. Buenos Aires, La Marca, 1996, p. 136.

intrincada red, privilegios del sujeto, tabúes del objeto, rituales de la circunstancia, policías del discurso, etc.⁶

Y si alguna verdad está profundamente condicionada, es precisamente la verdad judicial: quién habla, a nombre de quién, sobre qué, en qué forma y oportunidad lo hace o lo debe hacer, son condicionamientos que han llevado a la ciencia jurídica a una desesperación tal, que ha terminado por diferenciar una verdad formal de la verdad material, y a tener que aceptar, con un conformismo preñado de pesimismo, que en el proceso judicial la verdad material es apenas un *desideratum* que se reemplaza, con más frecuencia de la deseada, por una verdad meramente formal: “Eso es lo que se ha podido probar”; o como lo dice con mayor precisión el maestro Alessandro Baratta: “La verdad a la cual el rito está predispuesto no es la verdad existencial, sino la verdad procesal”.⁷ Como prueba de esta incontrastable y amarga derrota del discurso judicial, se ha acuñado el conocido aforismo invocado por todos los abogados de que lo que no está en los autos (en el expediente) no existe en el mundo. Y precisamente para conjurar los fantasmas de ese fracaso se ha construido la institución de la cosa juzgada.

De manera que frente a una ley penal que pretende recoger en un corto período de tiempo y con apenas un puñado de funcionarios, algunos de los años y de los episodios más tormentosos de nuestra historia reciente, es inútil forjarse la ilusión de que encontrarán “la verdad”. Seguramente tardaremos años o décadas para conocer lo que realmente ha sucedido. Y esta es una tarea que deben cumplir los historiadores que, con toda razón, nos pedirán tiempo para distanciarse del vértigo del presente; una tarea que necesitará de interlocutores que puedan hablar sin apremios, sin dolores tan próximos y tan mal digeridos, ojalá sin odios y sobre todo, sin intereses tan inmediatos.

Una ley penal se expide para producir determinados efectos, para ser aplicada y permitir decisiones inmediatas, y no para hacer historia. No podemos incurrir en la confusión de pedirle a una ley que cumpla una función para la cual no ha sido pensada y que, de antemano, no puede cumplir. Como lo dice el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni: “La agencia judicial puede *decidir* en los conflictos que le llegan por

6 Véase: Michel Foucault. *El orden del discurso*. Trad. Alberto González. Barcelona, Tusquets, 1980.

7 Alessandro Baratta. *Criminología y sistema penal*. Montevideo - Buenos Aires, B de F, 2004, p. 34.

selección de las otras agencias, pero no puede *solucionar* (resolver) esos conflictos, salvo por casualidad”.⁸ O para citar de nuevo al recientemente fallecido Baratta:

Es necesario ser conscientes de la imposibilidad de controlar sólo con la intervención represiva sobre los comportamientos individuales de las personas físicas —más allá de los cuales la justicia penal de un estado de derecho no puede ir—, conflictos que tienen como sujetos y modalidades organizaciones y sistemas complejos de acciones, antes que individuos y comportamientos singularizables, que tienen relación con formas ilegales de extradición y acumulación de los recursos, cuyos usufructuarios pueden estar bien lejos de los autores, como sucede, por ejemplo, en el caso de operaciones ilegales de grandes sociedades nacionales y multinacionales.⁹

3. La justicia en los códigos penales

Un viejo mito, reactualizado por Kant en la modernidad, consiste en creer que a los delincuentes se les castiga para hacer justicia. A este mito los penalistas lo llamamos “la función retributiva de la pena”. El pensamiento religioso, tan presente en esta discusión, lo formula diciendo que la pena se impone porque se ha pecado. Es una función de la pena que tiene como mira el pasado y por lo tanto supone, necesariamente, que sepamos la verdad de lo ocurrido. En esta perspectiva, la verdad y la justicia se imbrican profundamente creando una aporía: según esta idea de la pena, no se puede castigar sino a quien realmente se le ha probado su responsabilidad, pero ¿cómo sabemos sobre la responsabilidad de alguien si no podemos estar seguros de la verdad que construimos en los procesos penales?

Por ello se ha dicho que, en la realidad procesal, el comportamiento del individuo se vuelve *incomprensible* y el conocimiento de los conflictos se reduce al conocimiento de su sintomatología. En el proceso penal, por lo tanto, los conflictos no pueden ser arreglados o resueltos, sino únicamente reprimidos.¹⁰

Las profundas connotaciones religiosas de asumir esta visión de la pena según la cual se haría justicia cuando se retribuyera el mal causado por el delincuente, no dejaron de aflorar en la discusión alrededor de la confesión, durante el trámite de los proyectos previos a la aprobación de la ley de justicia y paz. Como en la época premoderna, se asumía —y se asume— que la confesión es la fuente privilegiada de la verdad y un requisito indispensable para el perdón.

8 Eugenio Raúl Zaffaroni. *En torno a la cuestión penal*. Buenos Aires, B de F, 2005, p. 106.

9 Alessandro Baratta. *Op. cit.*, p. 51.

10 *Ibid*, p. 36.

La penalidad moderna jamás pudo desligarse de una visión retributiva de la pena, pero introdujo la prisión casi como la única respuesta a la violación de la ley penal. Se dice entonces que esa pena retribuye, resocializa, rehabilita, etc. Se admitió tácitamente que con la cárcel, el delincuente “paga” su deuda con la sociedad, pero se quiso, además, que la prisión sirviera para reformar al delincuente, creando una perplejidad tan enorme como la que le permitiera a Foucault preguntarse lo siguiente: “A los que roban se les encarcela; a los que violan se les encarcela; a los que matan, también. ¿De dónde viene esta extraña práctica, el curioso proyecto de encerrar para corregir, que traen consigo los códigos penales de la época moderna?”¹¹

Un sistema penal como el nuestro, con el cual se aspira a que el delincuente pague con la pena la deuda que ha contraído con el delito, pero que además espera que frente al delincuente se realice la ideología “re” (resocializar, rehabilitar, reeducar, reinsertar), necesariamente ha conducido a otra aporía que nos evoca a Nietzsche: “Hará falta años, y tanteos, y transformaciones para determinar qué es lo que hay que castigar y cómo, y si castigar tiene algún sentido, y si es posible”.¹²

Pedirle al sistema penal (y concretamente a una ley penal) que cumpla las funciones que *ab initio* son contradictorias, crea una situación *anómica*. Y son contradictorias aquellas funciones porque, de un lado, el sistema busca retribuir el mal, lo cual supone una pena determinada de antemano; pero, de otro lado, el mismo sistema pretende transformar al delincuente, lo cual supone un tratamiento de duración indeterminada en principio.

Tomada en el sentido en que la usaba Durkheim (quien llamó anomia a aquella situación en la cual las regulaciones de la ley son absolutamente inadecuadas para modular las relaciones entre la sociedad y sus miembros¹³), aquella situación anómica nos sirve no solo para mostrar las incoherencias que sobrevienen al uso de las penas con fines excluyentes, antagónicos y contradictorios, sino que también nos permite hacer un breve repaso de la legislación penal colombiana con el propósito de mostrar, con unos pocos ejemplos, cómo se ha legislado siempre así, anómicamente, y cómo la ley de justicia y paz no rompe con la tradición.

En 1890, bajo la denominada “regeneración”, de Rafael Núñez, un movimiento de clara orientación conservadora, se dictó un código penal de corte liberal, inspirado

11 Michel Foucault, *Vigilar y castigar*. *Op. cit.*

12 Michel Foucault. *La vida de los hombres infames. Ensayos sobre desviación y dominación*. Trad. de Julia Varela y Fernando Álvarez Uría. Madrid, La Piqueta, p. 221.

13 George B. Vold *et al.* *Theoretical Criminology*. Nueva York, Oxford University Press, 1998, p. 130.

en las enseñanzas de la Escuela Clásica Italiana¹⁴ (auténtica representante del Iluminismo). Se quiso —anómicamente— restaurar una sociedad cristiana y autoritaria, mediante un código penal de estirpe Iluminista.

En palabras de Ivonne Bravo Pérez, bajo el amparo del liberalismo radical y la Constitución de Rionegro de 1863:

[...] los órganos de autoridad y el propio Estado, bajo la promesa de un hombre consciente y practicante de sus derechos y deberes, adquirió [sic] entonces una especie de actitud contemplativa y en cierta forma cómplice ante las conductas ilícitas de los de “abajo” y los de la población en general, en cuanto su transformación se dejaba en manos del tiempo [...].¹⁵

De este escenario, se pasó entonces a una situación en la cual “se acentuó el plan de una constitución marcadamente centralista que debilitara conductas cotidianas como las autonomías individuales y las manifestaciones alternas de la irreverencia”.¹⁶

Esa situación anómica (un código liberal para reconstruir una sociedad de acuerdo con parámetros conservadores y cristianos) dio lugar a que en algunos momentos críticos se recurrieran normas especiales; por ejemplo, aquella ley vigente desde 1888 que otorgaba al presidente amplios poderes judiciales para enfrentar amenazas al orden público y a la propiedad: la “ley de los caballos” (así llamada porque se expidió cuando aparecieron unas mulas degolladas en Palmira, hecho que el gobierno adjudicó a un complot liberal¹⁷). Como frecuentemente el Código —y la ley en general— no sirve, entonces el presidente se convierte en legislador y hasta en juez.¹⁸

14 Véase: Francisco Bernate Ochoa. “El código penal de 1890”. *Socio-Jurídica*, 6 (2). Bogotá, julio-diciembre de 2004, pp. 535-558.

15 Ivonne Bravo Pérez. *Comportamientos ilícitos y mecanismos de control social en el Bolívar Grande, 1886-1905*. Bogotá, Premio Departamental de Historia, Departamento de Bolívar, Ministerio de Cultura, 2002, p. 23.

16 *Ibid.*, p. 25.

17 Mario Aguilera Peña. *Insurgencia urbana en Bogotá. Motín, conspiración y guerra civil 1893-1895*, Bogotá, Colcultura, 1997, p.62.

18 Este es el fenómeno que William Freddy Pérez, Carlos Mario Álvarez y Alba Lucía Vanegas (*Estado de derecho y sistema penal*. Medellín, Biblioteca jurídica Diké-Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia, 1997), denominan *derecho penal de emergencia*. En términos muy elementales consiste en la vigencia de una constitución, unas leyes, unos códigos y una jurisdicción ordinaria, pero que efectivamente son fruto de y dan lugar a prácticas penales de ocasión.

Una situación similar se repite en 1936, bajo “la revolución en marcha”, de Alfonso López Pumarejo: se dictó un código penal de estirpe positivista, la cual representa una ideología abiertamente autoritaria y basada en los conceptos de peligrosidad y de responsabilidad “por el modo de ser”. Este código estaba profundamente influido por las enseñanzas de la llamada Escuela Positivista Italiana, que ha sido caracterizada por el profesor argentino Zaffaroni, de la siguiente manera:

El positivismo ferriano [por Enrique Ferri, uno de los más importantes exponentes de esta escuela] se asienta sobre una concepción antropológica groseramente materialista monista, un determinismo derivado de la física mecanista newtoniana y una biología evolucionista racista que aceptaba el dogma de la transmisión de caracteres adquiridos. Fue la ideología a la medida del control social policial del disciplinamiento de la masa obrera por parte de la burguesía europea asentada en el poder hegemónico, una vez desplazada definitivamente la nobleza.¹⁹

Y según el mismo Zaffaroni, esta ideología penal fue recibida con entusiasmo en América Latina, por su gran funcionalidad para el mantenimiento del orden establecido y el disciplinamiento de las clases subalternas:

Las élites de las repúblicas oligárquicas de toda Latinoamérica habían acogido con entusiasmo la filosofía del positivismo para legitimar su usurpación de la soberanía popular, por lo que no es de extrañar que en las últimas décadas del siglo XIX y primeras del siglo XX, recibieran con parejos aplausos la llegada de su versión penal. Negros, mulatos, indios, mestizos, inmigrantes europeos poco disciplinados y la *mala vida* urbana; todos eran peligrosos y la jurisprudencia abría el espacio para su control policial.²⁰

Más adelante, en 1980, se expide un código penal que se declara culpabilista, el cual supuestamente desterraría del ordenamiento jurídico penal el peligrosismo del código de 1936. Sin embargo, este código se aprueba bajo un gobierno profundamente comprometido con la doctrina de la Seguridad Nacional,²¹ e introduce el delito de terrorismo por primera vez en la normativa penal ordinaria.²²

19 Eugenio Raúl Zaffaroni. *Op. cit.*, p. 83.

20 *Ibid.*, p. 84.

21 Se trata del gobierno del presidente Julio César Turbay Ayala (1978-1982). A un mes de iniciar su mandato expidió el decreto 1923 de septiembre de 1978, llamado “Estatuto de Seguridad”.

22 De hecho, ya se habían dictado muchas disposiciones al respecto, pero mediante el mecanismo del Estado de Sitio. Véase: Iván Orozco Abad. *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*. Bogotá, Instituto de Estudios y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional - Temis, 1992.

Hay que recordar que el código penal de 1936 estuvo casi siempre suspendido y fue constantemente reformado por decretos de estado de sitio, instrumento al que acudieron todos los gobiernos desde 1948, entre otras cosas, para entregarle a los jueces penales militares el juzgamiento de muchas conductas cometidas por civiles, para crear nuevos delitos y ampliar la órbita de aplicación de los que estaban vigentes, y para aumentar considerablemente las penas de aquellos que se consideraban que atentaban contra el orden público (como el abigeato, la asociación para delinquir, el secuestro, la extorsión y los delitos políticos). Ello convirtió a la justicia ordinaria, de hecho, en una jurisdicción subsidiaria, que se ocupaba finalmente de la delincuencia que se consideraba de poca monta o de simple interés para el ciudadano.

Es importante anotar, entonces, que durante la larga vigencia del código de 1936 (desde 1938 hasta 1981), de hecho convivieron dos ideologías en la práctica penal: el peligrosismo del código penal y la seguridad nacional para los decretos de estado de sitio.²³ Por lo tanto, en el código penal de 1980 más que pasar del peligrosismo al culpabilismo, lo que se hizo fue convertir la legislación extraordinaria o de emergencia, en legislación ordinaria o para la normalidad.

En desarrollo de ese procedimiento de normalizar la emergencia se explica, entonces, aquella aludida llegada al código penal de 1980 del tipo de terrorismo que, junto con el de “asociación para delinquir”, constituiría el primer paso para desterrar el delito político de la práctica penal y, después, de la misma legislación.

Poco después de la expedición del código penal de 1980 hace su aparición el narcotráfico, dispuesto a defender sus intereses aún con la violencia más extrema. La guerra contra este fenómeno hizo que muy rápidamente se desfigurara aquel código penal: la estructura judicial del país se afectó considerablemente; la tradición jurídica colombiana, de inspiración europeo-continental, fue colonizada por el sistema norteamericano y, finalmente, se resintieron aún más los propios pilares del Estado de derecho.

La expedición de una serie de estatutos (contra el terrorismo, para defensa de la democracia, para la defensa de la justicia; verdaderos códigos penales de emergencia), permitió la creación de una estructura judicial paralela a la ordinaria (que recibió

23 Para resaltar el carácter anómico de esta legislación, hay que tener en cuenta que en el código penal de 1980 sobrevivieron muchas instituciones clásicas. Véase: Fernando Meza Morales y Julio González Zapata: “¿Del peligrosismo al culpabilismo?”. *Estudios de Derecho*, 97-98. Medellín, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, marzo-septiembre de 1980, pp. 191-198.

varios nombres: jueces especiales, de orden público, especializados), posibilitó la introducción de mecanismos propios de la justicia norteamericana como la llamada justicia premial (rebaja de penas por entrega, confesión y delación; negociación de penas, recompensas por información sobre personas y bienes, etc.) y propició la destrucción de diversas garantías penales (el derecho a conocer y controvertir las pruebas, la presunción de inocencia, el derecho a la excarcelación, entre otras).

Al código penal de 2000 ni siquiera se lo adscribe a una orientación ideológica o doctrinal determinada, porque su propósito es básicamente servir de instrumento de recopilación de la legislación penal que con tanta amplitud y tanta incoherencia se había dictado en los años anteriores. Pero en este año no sólo se expidió un nuevo código penal, sino también uno de procedimiento penal. En el año 2003, finalmente, se realizó una reforma constitucional adoptando el denominado “sistema acusatorio” (en esta ocasión copiado del modelo del Estado Asociado de Puerto Rico).

Aunque podrían extenderse, basten por ahora los ejemplos anotados para mostrar el carácter anómico que ha tenido nuestra legislación penal; un carácter que perfectamente se puede describir en palabras de Foucault, así:

Sobre este punto pienso que hay que ser a la vez modesto y racional, racionalmente modesto, y recordar aquello que decía Nietzsche hace ya más de un siglo, a saber, que en nuestras sociedades contemporáneas ya no se sabe con exactitud qué es lo que se hace cuando se castiga, ni tampoco qué puede en el fondo justificar la punición: todo ocurre como si practicásemos un tipo de castigo en el que se entrecruzan ideas heterogéneas, sedimentadas unas sobre otras, que provienen de historias diferentes, de momentos distintos, de racionalidades divergentes.²⁴

Para terminar este apartado es importante aclarar el malentendido, muy frecuente en nuestro medio, que tiende a confundir la anomia con la impunidad; son dos conceptos muy distintos. El primero, por lo menos en la versión de Durkheim, es la inadecuación de las normas a la situación de la sociedad y de sus miembros. El segundo tiene que ver con la aplicación efectiva de la ley. Y obviamente cuando se reclama contra la impunidad en un país con una legislación como la descrita, no se puede pretender que se resuelva la situación anómica, sino que ésta se profundice. Insistir en aquel reclamo entonces sería tanto como pedir “más de lo mismo”.

4. El rescate de la víctima y la justicia restaurativa

“La victimología es una corriente organizada internacionalmente que ha realizado importantes congresos y cuenta con publicaciones especializadas y abundante

24 Michel Foucault. *La vida de los hombres infames*. *Op. cit.*, p. 222.

bibliografía en distintos idiomas”.²⁵ Esta frase, que puede parecer irónica, se cita para resaltar un cierto discurso que tiene sus momentos de aparición y sus mecanismos de promulgación y sustento.

Indagando el origen de la victimología pueden encontrarse por lo menos tres condiciones diferentes de su aparición, algunas de ellas contradictorias. En parte, la victimología nace como una reacción a la crítica que los abolicionistas habían hecho al sistema penal en el sentido de que uno de los efectos que él producía era precisamente secuestrar los intereses de la víctima y reducir el proceso penal a un diálogo entre el sindicado y el Estado, en el cual la víctima pasaba a ser un invitado de piedra o, en el peor de los casos —pero con suma frecuencia—, a padecer dentro del proceso penal una segunda victimización (sobre todo cuando se trataba de delitos sexuales).

Otro motivo sobre este renovado interés por la víctima, proviene del pensamiento autoritario que reclamaba por el exceso de garantías que el proceso penal otorgaba al sindicado. De acuerdo con esta versión, era hora de que, cuando menos, los victimarios se equilibraran con las víctimas, ignotas hasta ese momento.

Adicionalmente, como motivo para la reaparición de este interés por la víctima, hay que tener en cuenta el proceso de adelgazamiento del Estado, para el cual resulta más barato derivar ciertos conflictos hacia formas alternativas como la conciliación, la mediación, la reparación; que asumir directamente los costos de un proceso penal. Estos mecanismos pueden ser instrumentalizados por fuera del derecho penal y por lo tanto el Estado se ahorra algunos recursos y la comunidad asume la responsabilidad. Esos mecanismos tienen como protagonista a la víctima, cuyo conflicto es aparentemente rescatado del secuestro que el proceso penal había hecho de él.

El desarrollo ulterior de este fenómeno es lo que se ha denominado “justicia restaurativa”.²⁶ Según Elena Larrauri, la justicia restaurativa ha nacido como reacción a la deslegitimación del sistema penal, a su excesiva burocratización, y pretende establecer un diálogo entre la víctima y el victimario, bien sea directamente o con mediadores.

Se ha considerado que la justicia restaurativa se aplica para la delincuencia menor o mediana (delincuencia juvenil, delitos relacionados con el alcohol y sólo

25 Carlos Alberto Elbert. *Manual básico de criminología*. Bogotá, Temis, 2005, p. 107.

26 Véase: Elena Larrauri. “Tendencias actuales de la justicia restauradora”. *Estudios de Derecho*, 138. Medellín, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, junio de 2004, pp. 57-85.

algunos delitos violentos), y se piensa también como una respuesta alternativa a la prisión, mediante medidas como el trabajo comunitario o trabajo en favor de la misma víctima, la reparación económica o la reparación simbólica.

Como puede verse, aquella justicia no se ha pensado, ni en ninguna parte se ha utilizado, para delitos graves. En Colombia, por el contrario, ahora se invoca no precisamente para pilatunas adolescentes ni para estupideces de borrachos, sino para delitos de suma gravedad como masacres, desapariciones, desplazamientos forzados, etc.

Pero lo más curioso entre nosotros, es que mientras por un lado se apela y se alaba la reparación de la víctima y hasta se admite el desprestigio de la prisión, por otro, se endurece el sistema penal en general; en efecto, mediante la ley 890 de 2004, fueron aumentados en una tercera parte los mínimos, y en la mitad los máximos, de las penas para todos los delitos, y se elevó el umbral de la pena máxima de prisión de cuarenta a sesenta años.²⁷ Para muchos delitos se ha prohibido la rebaja por confesión, se impide la negociación de la pena y se proscribe cualquier beneficio como redención de pena por estudio o trabajo, así como se excluye cualquier subrogado penal.

Que en un mismo sistema penal se invoque el interés por la víctima y su reparación, al tiempo que se endurecen tan irracionalmente las penas y se neutralizan garantías, es otra prueba de aquella anomia que lleva a la paradójica situación según la cual es más grave sustraerse el equipo de pasacintas de un vehículo, que participar en una masacre.

Pero ello también revela, otra vez, que entre nosotros podemos hablar de derechos penales paralelos y distintos: un derecho penal de amigos y otro para enemigos. Sobre esto se volverá más adelante. Por lo pronto, es importante tener en cuenta todos estos antecedentes para recordar que el interés por la víctima no es tan inocente, y para verificar cómo puede adquirir un sentido oportunista e incoherente.

27 El artículo 1º de esa ley dice lo siguiente: “El inciso 2º del artículo 31 del Código Penal quedará así: En ningún caso, en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder de sesenta (60) años”. Y el artículo 14 dice: “Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad del máximo. En todo caso, la aplicación de esta regla general de incrementos deberá respetar el tope máximo de la pena privativa de la libertad para los tipos penales de acuerdo con lo establecido en el artículo 2º de la presente ley”.

5. La paz a partir de la violencia del sistema penal

Nunca será posible pedirle a una norma penal que sea un instrumento de paz.

La ley no es pacificación, porque detrás de la ley la guerra continúa encendida y de hecho hirviendo dentro de todos los mecanismos de poder, hasta de los más regulares. La guerra es la que constituye el motor de las instituciones y del orden: la paz, hasta en sus mecanismos más íntimos, hace sordamente la guerra.²⁸

A veces, es cierto, la ley sirve para solemnizar el fin de la confrontación abierta y bulliciosa. Para ello se han utilizado las amnistías y los indultos. Sin embargo ahora, entre nosotros, nadie está pensando seriamente en que estemos siquiera ante el final de una tal confrontación abierta y bulliciosa, sino frente a una entrega que da lugar a un tratamiento punitivo benevolente, pero punitivo. No habría de olvidarse que cuando las leyes penales consagran amnistías e indultos, operan precisamente como antileyes, olvidan el delito o perdonan las penas.

El conflicto no ha terminado y por eso no es posible, lógicamente, pensar en olvidarlo ni en perdonar; aun cuando paradójicamente se diga que no existe (el conflicto), en el fondo se ha creado un dispositivo, no para terminar el conflicto sino para que algunos se retiren de él individualmente. Otra prueba de una política anómica.

Es importante anotar que este tipo de leyes no pueden conseguir ni la paz, ni la verdad, ni la justicia, ni la reparación; no garantizan ni puntos finales, ni perdones ni olvidos, como lo demuestran las experiencias con las dictaduras del Cono Sur. Allí, como en Colombia, el perdón y el olvido han operado y operarán por zonas muy externas a la legislación penal.

6. La comunidad internacional

Naturalmente, es imposible hablar de la ley de justicia y paz sin aludir hoy a la llamada “comunidad internacional” y, muy ligado a esto, a la suerte que ha tenido el delito político en Colombia.

No es posible en este texto recorrer la historia del surgimiento y desarrollo —todavía precario— de una idea de justicia penal internacional. Para intentar esa historia, habría que retrotraerse, cuando menos, hasta los juicios de Nuremberg, mirar la reciente constitución del Tribunal Penal Internacional, pasando naturalmente por la declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948. Tampoco hay lugar

28 Michel Foucault. *Genealogía del racismo*. *Op. cit.*, p. 59.

ahora para hacer la historia del delito político en Colombia.²⁹ Sin embargo, para tratar de sintetizar la lectura de esas historias y verificar casi gráficamente algunos efectos suyos, podría recurrirse un cuento de Julio Cortázar: *La casa tomada*.

La evocación de esa pieza literaria puede ilustrar aquella imposibilidad colombiana de pensar autónomamente la solución de los problemas nacionales. De manera muy similar al cuento de Cortázar, esa historia de imposibilidades empieza con golpes secos, puertas cerradas, confinamientos en espacios cada vez más reducidos, hasta cuando finalmente, hay que botar las llaves y darse a la fuga.

De la historia de *La casa tomada*, o de la que para el caso podríamos parafrasear como de *La soberanía tomada*, cuatro hitos son importantes:

Un primer hito puede ser la ley 40 de 1993 o llamada “ley antisequestro”, en la cual se consideró que el secuestro era un delito atroz que no podía ser indultado ni amnistiado, pese a que era bien sabido que aquella práctica la frecuentaban todos los grupos armados. Sobre esta aparente contradicción pudo haber llamado la atención la aclaración del voto a la sentencia que se pronunció acerca de la exequibilidad de esa ley:

Sin embargo, en determinadas circunstancias históricas sólo el legislador por expresa disposición Constitucional, podrá determinar qué comportamientos socialmente reprochables merecen ser considerados como delitos políticos atendiendo al interés general y en búsqueda de asegurar la convivencia pacífica. En tales circunstancias, si los motivos de conveniencia pública lo hacen necesario, podrá establecer que el secuestro es conexo con el delito político, para asegurar la paz entre los colombianos.³⁰

Un segundo hito puede encontrarse en el fallo de la Corte Constitucional que declaró inexecutable el inciso del artículo 127 del anterior código penal que decía: “Los rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a penas por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo”.³¹ A partir de este fallo, los rebeldes deben ser juzgados, también, por todos los delitos

29 Historia ésta magistralmente expuesta por Iván Orozco Abad en su libro *Combatientes, rebeldes y terroristas*. *Op. cit.*

30 Antonio Barrera, Eduardo Cifuentes, Carlos Gaviria y Alejandro Martínez. *Salvamento de voto en la sentencia C-069 de 1994*.

31 Véase un excelente comentario a esta sentencia y el texto del salvamento de voto de los Magistrados Carlos Gaviria y Alejandro Martínez, en: William Fredy Pérez Toro. “Ahora sí, el poder jurisdiccional”. *Nuevo Foro Penal*, 60. Medellín, Temis-Universidad de Antioquia, Enero- abril 1999, pp. 147-183.

que hayan cometido en desarrollo de sus actividades (porte ilegal de armas, homicidios, lesiones, terrorismo, incendio, etc.).

El tercer hito es la adhesión del Estado colombiano al tratado que dispuso la formación, funcionamiento y competencia de la Corte Penal Internacional. El cuarto hito lo constituye la afiliación de nuestros gobernantes a la lucha mundial contra un terrorismo que otros han definido (qué se entiende por terrorismo, cuáles son los grupos terroristas y qué puede o no puede hacer cada país con ellos).³²

En esta reseña de los hitos constitutivos de una soberanía tomada, no podría olvidarse el tema de la extradición de ciudadanos colombianos, particularmente hacia Estados Unidos. Un instrumento que los respectivos gobiernos han ido ampliando en su ámbito de aplicación (dos jefes y algunos militantes de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia [Farc] han sido extraditados) y frente al cual el juez que interviene en ella (Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia) ha ido relajando los controles mínimos: los errores recientes en la identidad de personas involucradas son muestra clara de esa laxitud que prácticamente hace automática la respuesta positiva a una petición de extradición.³³

Así pues, la casa está tomada; no hay posibilidades serias de definición de los grandes problemas nacionales y de las opciones de intervención sobre ellos. Y

32 Como bien es sabido, la amnistía y el indulto han sido instituciones reservadas para los delitos políticos. Con la denominación de terroristas se quiere, precisamente, quitarles a algunos sujetos el carácter político y excluirlos de ese tratamiento más o menos generoso que usualmente se les ha concedido. Es importante resaltar que ahora se prohíbe la amnistía y el indulto cuando se trata de delitos contra la humanidad, delitos que impliquen ferocidad, barbarie o terrorismo; pero esto es apenas una nueva sensibilidad a instancia de la "comunidad internacional". Baste recordar las amnistías y los indultos concedidos en la dictadura del general Rojas Pinilla y en los primeros años del Frente Nacional y aún las que cobijaron los hechos del Palacio de Justicia el 6 y 7 de noviembre de 1985, para comprender que el criterio básico para concederlas o no, no radica en la gravedad de los hechos sino en la coyuntura y en la percepción que se tenga de ellos.

33 Un hecho, probablemente marginal, no puede olvidarse: cuando un país extradita los rebeldes que, como en el caso de Simón Trinidad, llevaban muchos años combatiendo y habían sido actores de hechos graves e importantes para la historia del país, y cuando se permite que otro país adelante el juzgamiento, ¿no está ya renunciando a obtener siquiera la verdad procesal sobre esos hechos, por sus propios medios? Me temo que algún día haya que lamentar que con la extradición de algunas personas estemos, simultáneamente, secuestrando parte considerable de nuestra historia. A los archivos judiciales extranjeros habrán de ir los historiadores colombianos para enterarse de su realidad.

tampoco las hay, desde luego, para negociar libremente con ilegales, contradictores o disidentes internos. Por ello seguramente gobierno, legisladores, jueces y sociedad en Colombia, nos veamos obligados a decirnos tantas mentiras en relación, por ejemplo, con el delito político. Precisamente el intento de armonizar la legislación interna con los estándares de la Comunidad Internacional, con las exigencias perentorias de Estados Unidos y con las decisiones de la Corte Constitucional (sobre la ley antisequestro, el delito político, por ejemplo), explican incoherencias tan monumentales como las del artículo 71 de la ley de justicia y paz (o ley 975 de 2005): “[...] También incurrirán en el delito de sedición quienes conformen o hagan parte de grupos guerrilleros o de autodefensa cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal. En este caso, la pena será la misma prevista para el delito de rebelión [...]”.

Conclusiones

Aquí se ha pretendido mostrar cómo la justicia penal es un instrumento sumamente inadecuado para realizar valores como la verdad, la justicia, la reparación y la paz. También se trató de demostrar cómo el país ha entrado en un proceso de *soberanía tomada* que le impide, con autonomía e imaginación, enfrentarse a sus problemas y buscarles una solución a la medida de sus posibilidades, realidades y expectativas. En este punto resulta altamente simbólico que el presidente tenga que viajar a España e Inglaterra y se haya enviado una comisión del más alto nivel a Estados Unidos, a explicar la ley, antes de sancionarla. No es posible resistirse a la tentación de llamar estos viajes como de tramitación de permisos (que en el caso de España se da condicionadamente: “sí, pero nos mostraremos muy vigilantes en su aplicación”).

No debería leerse en este texto un desprecio por la justicia, la verdad, la reparación y la paz. Todo lo contrario: aquí esos valores se defienden como fundantes de cualquier sociedad civilizada. Lo que no se admite en las reflexiones expuestas es que ellos puedan realizarse con la ley penal y en medio de un proceso judicial. Aquellos valores tendrán que ser invocados constantemente como elementos de crítica al sistema penal en la indagación sobre su legitimidad, pero es iluso, ingenuo y venero de frustraciones, esperar su realización mediante una ley o un proceso penal.

No hay ninguna razón para que la máquina penal súbitamente deje de funcionar como lo ha venido haciendo siempre, es decir, mediante mecanismos selectivos, discriminatorios y desiguales, y además, secuestrando el conflicto a los directos interesados. No podemos esperar que porque eventualmente atrape clientela inusual vaya a modificar su funcionamiento. Como dice el profesor Zaffaroni, “Sea pobre o

rico el seleccionado, siempre lo será con bastante arbitrariedad, con lo cual no logra hacerse cargo de la selectividad estructural del poder punitivo”.³⁴

Hoy en día se discute en la doctrina penal, nuevamente, el concepto de derecho penal *de enemigo*, el cual supuestamente se opone al derecho penal *de ciudadano*³⁵ (aquel sin respetar ninguna garantía y éste rodeado de las garantías que construyó el pensamiento penal liberal). Entre nosotros, sin embargo, sería necesario hablar de una dicotomía distinta: derecho penal de enemigos y derecho penal de amigos. Para aquellos está reservado todo el rigor investigativo, estigmatizante y punitivo; para estos, toda la generosidad posible o —como diría el presidente— “el corazón grande” (aun teniendo que hacer gigantescos malabarismos dialécticos y jurídicos, y bruscos cambios retóricos acerca de la existencia o no de un conflicto armado que todos conocemos).

Finalmente, una insistencia: no se trata de racionalizar las categorías aludidas y pedir un tratamiento igualitario, justo, y un procedimiento que garantice la verdad, la justicia, la paz y la reparación, porque esto no será posible ni para unos ni para otros, aunque por razones evidentemente distintas. Como lo decía el ministro de justicia de la República de Weimar, y gran iusfilósofo, Gustav Radbruch, no se trata de buscar un derecho penal mejor sino algo mejor que el derecho penal. Una ley, en esa perspectiva, habría de tener lugar al final del camino, cuando pueda cumplir el papel de antiley. Y en la búsqueda de ese momento, jamás habríamos de olvidar las causas que originaron el conflicto, las mutaciones que ha tenido y su terrible pervivencia.

34 Eugenio Raúl Zaffaroni. *Op. cit.*, p. 242.

35 Véase: Gunter Jakobs y Manuel Cancio Meliá. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas, 2003; o también: Alejandro Aponte C. *¿Derecho penal de enemigo o derecho penal del ciudadano?* Bogotá, Temis, 2005.