

CRISIS DEL DERECHO PENAL LIBERAL Y EL DECLIVE DEL IDEAL RESOCIALIZADOR: UN COMENTARIO ACERCA DE LA JUSTICIA EN COLOMBIA EN ÉPOCAS DE TRANSICIÓN¹

Por:

Indira Alexandra Ricaurte Villalobos y Angélica Ricaurte Villalobos²

Los derechos humanos constituyen el principal reto para la humanidad en los umbrales del siglo XXI. Sin embargo, la historia exige una reformulación general que los acerquen a la problemática por la que atravesamos hoy en día. Los derechos humanos deben convertirse en la pauta jurídica, ética y social que sirva de guía a la construcción de una nueva racionalidad. La lucha por la dignidad humana es la razón y la consecuencia de la lucha por la democracia y por la justicia. No estamos ante privilegios, meras declaraciones de buenas intenciones o postulados metafísicos que plantean una definición de la naturaleza humana aislada de las situaciones vitales (Flores, 2006).

Por el contrario, los derechos humanos constituyen la afirmación de la lucha del ser humano por ver cumplimentados sus deseos en un escenario de paz, entendiendo ésta como el fin por el cual se promulgó la Carta Fundamental y como un derecho de toda persona y deber de obligatorio cumplimiento; en últimas es la paz, el medio por antonomasia protector de los derechos fundamentales.

¹ El presente trabajo constituye la segunda parte del marco teórico de la investigación titulada "De los zombis posmodernos: Hacia una filosofía política emancipatoria", liderada por las autoras del presente trabajo y desarrollada desde el mes de septiembre del 2011, al interior del Grupo de Investigación de Teoría del Derecho y Problemas Jurídicos Contemporáneos, adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena.

² Investigadoras del Instituto Colombiano de Derechos Humanos. Estudiantes de X Semestre de Derecho de la Universidad de Cartagena - Colombia; Miembro del Semillero de Investigación *Teoría del Derecho y Problemas Jurídicos* Contemporáneo clasificado en B por Colciencias y liderado por el Dr. Yezid Carrillo de la Rosa. Han sido ponente en congresos nacionales e internacionales en los tópicos de Filosofía del Derecho, Filosofía Política, Derecho Internacional Humanitario, Abolicionismo Penal y Derecho Constitucional, y tiene publicaciones en revistas indexadas en las temáticas anteriormente referidas; Correo Electrónico: indiricaurte@gmail.com, angelicaurte@gmail.com

Ahora bien, las dimensiones de la violencia letal muestran que el conflicto armado colombiano es uno de los más sangrientos de la historia contemporánea de América Latina. La investigación realizada por el GMH permite concluir que en este conflicto se ha causado la muerte de aproximadamente 220.000 personas entre el 1 de enero de 1958 y el 31 de diciembre de 2012. Su dimensión es tan abrumadora que si se toma como referente el ámbito interno, los muertos equivalen a la desaparición de la población de ciudades enteras como Popayán o Sincelejo. (GMH, 2013)

Sesenta años de conflicto armado han cimentado una historia caracterizada por la violencia como método de resolución de conflictos, la impunidad de los crímenes, la exclusión como modo de cohabitación, la denegación de los derechos a la vida y a la libertad, la discriminación y la intolerancia en el tratamiento de las diferencias. Este conflicto ha reproducido la deshumanización, la falta de aceptación de responsabilidad, la negación u ocultamiento de la realidad, así como también la invisibilización y el silenciamiento de las víctimas.

En este contexto y consciente del momento histórico por el que atraviesa el país en virtud de las negociaciones de paz que adelanta el Gobierno Nacional en La Habana – Cuba, pretendemos desde la academia dar una aportación a la solución del conflicto máxime si se tiene en cuenta de que las negociaciones han abierto un escenario jurídico sin precedentes al representar la más clara tensión entre el derecho fundamental a la paz y los derechos de las víctimas.

Así pues, nuestra propuesta tendrá como eje central la justicia transicional demostrando la inconveniencia de aplicar el derecho penal ordinario en épocas de transición. Lo anterior supondrá considerar alternativas de criminalización diferentes a la cárcel en aras de solucionar el conflicto.

ACERCA DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

La justicia transicional ha surgido de la necesidad de confrontar los abusos del pasado como un componente para la mayor transformación política. No existe un concepto unificado acerca del concepto, así como tampoco en su genealogía y evolución, pero una aproximación teórica a sus prácticas, instituciones y actores debe tomar como referencia siempre, tanto al derecho internacional como a los procesos y garantías internas o locales en miras siempre a lograr la conciliación al interior de las sociedades fracturadas mediante la instauración de medidas a favor de la población afectada por la violencia, como el recuerdo a las víctimas y la reforma de un amplio espectro de instituciones estatales ofensivas (policía o fuerzas armadas) con miras a tratar de impedir trasgresiones futuras.

Teitel, realizó una genealogía de la justicia transicional y considero la existencia de tres distintos momentos históricos: El primer momento lo constituye el periodo de la segunda posguerra y su símbolo más reconocido “Los Juicios de Nuremberg”, caracterizados por reconocer en el castigo de los violadores de derechos humanos un valor universal y exigible sin restricciones. La justicia nacional fue claramente desplazada en favor de la justicia internacional. Visto con retrospectiva histórica, parecía bastante claro que los juicios nacionales del período post Primera Guerra Mundial no sirvieron para evitar la futura matanza ocurrida en la Segunda Guerra Mundial y en una evidente respuesta crítica al pasado, la justicia

transicional del período post Segunda Guerra Mundial comenzó por evitar inútiles procesamientos a nivel nacional. El acercamiento hacia una política internacionalista se consideró una garantía para el estado de derecho y constituyó el precedente histórico que formó la base del Derecho moderno de los Derechos Humanos.

El segundo momento histórico lo constituyó el periodo posterior a la guerra fría, caracterizado por el ascenso de la idea de *reconstrucción nacional* donde más que entender el estado de derecho en términos de hacer valer la responsabilidad de un reducido grupo de líderes, el modelo transicional de ésta fase tiende a sustentarse en una comprensión de un estado de derecho más diverso, ligado a una comunidad política particular y sus condiciones locales. Pero mientras la política de justicia de la segunda posguerra sencillamente asumió la legitimidad de castigar los abusos a los derechos humanos, en ésta fase la tensión entre castigo y amnistía se complicó con la admisión y reconocimiento de dilemas inherentes a períodos de cambio político. (Teitel, 2003)

Y finalmente, el tercer momento histórico constituido por la época actual, traslada la justicia transicional desde la excepción a la norma, para convertirse en un paradigma del estado de derecho. Se normaliza un discurso ampliado de justicia humanitaria contribuyendo al establecimiento de los fundamentos del emergente derecho sobre terrorismo.

Naturalmente la categorización anteriormente expuesta no implica que un acto desarrollado posterior al cambio de modelo de justicia transicional no corresponde a uno previo, simplemente marca una línea de evolución general del concepto.

En Colombia fue la sentencia C-370 de 2006 de la Corte Constitucional la que permitió que se hablara en estricto sentido de justicia transicional, entendiendo ésta no como un tipo especial de justicia sino como una forma de abordarla en épocas de transición ante una situación de verdadero conflicto garantizando un mínimo estándar de estado de derecho en las políticas globalizadoras. Y aún cuando como hemos dicho, presupone una tensión entre el derecho fundamental a la paz y el derecho de las víctimas, entiende que la verdad, la justicia y la reparación solo se logran cuando se pone al sujeto activo del delito de cara con la víctima.

Surge aquí lo que constituye nuestro propósito fundamental: señalar la imperiosa necesidad de concebir mecanismos alternativos al derecho penal tradicional para conseguir la paz y cuestionar la eficacia del ius puniendi en épocas de transición cuando no se tiene la garantía de que una cárcel resocialice cuando el hacinamiento no permite ni el espacio para expiar las culpas.

A continuación, es nuestro propósito examinar la forma en que se ha desarrollado el derecho penal en Colombia y demostrar que más que aciertos, hemos tenido fracasos. Lo anterior supondrá considerar alternativas de criminalización diferentes a la cárcel en momentos de guerra.

CRISIS DEL DERECHO PENAL LIBERAL

Cuando pensamos en la política criminal que ha adoptado nuestro estado o en la forma como éste ha decidido asumir la lucha contra el delito, vemos que obedece a una lógica panpenalista donde cada día se crean más y más delitos o se aumentan las penas aún en aquellos eventos en que no se logra una lesión efectiva a un bien jurídico. Por ello al indagar sobre los

fenómenos más sobresalientes en el derecho penal, encontramos que éstos, lejos de cumplir los fines constitucionalmente consagrados, contradicen sus postulados más básicos.

La cuestión se agudiza cuando se tiene que el derecho penal es extrema ratio, pero resulta útil recordar los peligros de corrientes político-criminales como el neopunitivismo (inflación de las leyes penales), concepto acuñado por el profesor argentino Daniel Pastor, que denota la creencia mesiánica de que el poder punitivo puede y debe llegar a todos los rincones de la vida social. (Pastor, 2006) Mediante éste, el Estado calma la sed de venganza con “mano dura”, pues la lucha contra el crimen debe afrontarse desde esta perspectiva con penas más y más fuertes. ¿Pretende el neopunitivismo la implantación de un Estado Leviatán opresor y autoritario?

De otro lado encontramos el “Panpenalismo” o “Derecho Penal del Enemigo” concepto éste último introducido por Gunther Jakobs en un congreso celebrado en Frankfurt en el año 1985. Al decir de los contradictores del jurista alemán “*No se puede sostener que existan dos derechos penales, uno para el ciudadano y otro para el enemigo*”, (Villamor Lucía) y más aún, no se puede sostener que es necesaria la intervención punitiva del Estado cuando apenas se ha cuestionado la vigencia de la norma.

La pena así entendida lejos de cumplir una función resocializadora nos presenta al delincuente como un ser que debe ser aislado de la sociedad por no cumplir las exigencias del pacto social. Desde ya entrado este siglo aún nos seguimos preguntando “¿Hacia dónde va el derecho penal”?

Al respecto el viceministro de justicia MIGUEL SAMPER, ha dicho que *“se debe desmitificar la necesidad de imponer penas como una especie de venganza pretendida por las víctimas”* (Samper, 2013)

Tenemos que decir entonces que si para algo ha servido nuestro derecho penal liberal, o al menos y tal y como lo manejamos hoy en día, ha sido para *resolver el conflicto de una forma simplista en el momento en que se aísla al reo que transgrede el pacto social sin ningún tipo de ayuda u orientación que le permita realmente reincorporarse a la sociedad*. Lo difícil es proponernos entender las causas del conflicto y preguntarnos si el estado ha facilitado o propendido con su omisión la aparición de ciertas problemáticas que derivan muchas veces en la comisión de delitos que paulatinamente van acabando con el tejido social.

Por otra parte y con más preocupación nos tocaría hablar de la situación de los privados de la libertad en los centros penitenciarios. Está claro que si algo hay en una cárcel colombiana es violación a derechos humanos.

La situación de las prisiones en Colombia es reprochable y lo ha sido durante décadas. Saltó a la luz pública en 1998, cuando a partir de una serie de acciones de tutela, la Corte Constitucional declaró el “estado de cosas inconstitucional” en las prisiones, en general, y en relación con el derecho a la salud, en particular, considerando un motivo de vergüenza para un Estado que proclama su respeto por los derechos de las personas y su compromiso con los marginados.

Así lo manifestó la Corte:

“Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc...”. (1998)

Éste fallo histórico ha venido siendo legitimado por las últimas decisiones judiciales que prohibieron la entrada de más reclusos a la cárcel la modelo de Bogotá, bellavista de Antioquia y el centro penitenciario de Bucaramanga, entre otros centros del país, al desconocerse en ellas los principios en los que descansa el derecho penal liberal: dignidad humana, legalidad, igualdad, prohibición de doble incriminación, fragmentariedad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad.

Está claro que la problemática es gravísima y que destituir funcionarios del INPEC son apenas aspavientos. Construir más cárceles, privatizar su manejo, hacer mega-prisiones o reformar el Código Penitenciario- son salidas en falso. El problema va al fondo de la política penitenciaria, y es allí donde debe debatirse y resolverse: la cárcel solo puede ser el último recurso.

Hay que recordar lo que diría la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en 2004:

[...Difícilmente se puede asignar el apelativo de crisis a la situación actual, siendo que responde a una situación continua –se podría decir, incrustada– desde hace varios años. Una situación que es persistente e invariable deja, por naturaleza, de ser crisis y se torna en algo como un desequilibrio permanente, que pone en entredicho el cumplimiento de los deberes del Estado.]

Está claro que nuestro sistema penal improvisa y lo hace a un costo altísimo contribuyendo a la proliferación de delitos aún en aquellos establecimientos que fueron creados para reincorporar al infractor a la sociedad.

Si todo ello ha sido así, **nos toca concebir el castigo (y no solo en épocas de transición) de otra forma**, pensar en aquellas áreas de la criminología que nos ofrezcan una mejor alternativa a la hora de enfrentar el delito, y si toca repensar las categorías dogmáticas en las que se cimentó el sistema penal, habrá que hacerlo y asumir todas las consecuencias que ello implique.

La idea de cárcel, se edificó bajo la idea de panópticos de JEREMY BENTHAM y no hace mucho tiempo que existe, es un invento que tiene pocos siglos. Muchas personas piden justicia pero no prisión. Algunas personas que viven en comunidades o pequeños grupos, por ejemplo los indios, o los esquimales en el norte, no tienen prisión. Tienen un sistema de justicia muy diferente. Así que el invento de la prisión es reciente y también es un invento de países específicos, con una cultura específica, con un sistema de creencias específico. Para Hulsman, el reconocido abolicionista holandés, por ejemplo, el castigo no tiene nada que ver con el dolor, en cambio sí tendría que ver con el hecho de reconocer que cierto

comportamiento estuvo mal, ya que la primera reparación no es otra que el reconocimiento de que las otras personas son como uno y que no estamos libres de responsabilidad respecto a esas personas.

Hemos visto pues, como el intento de hacer valer la responsabilidad en los hechos por medio del derecho penal, ha generado dilemas propios del estado de derecho. Y en la medida en que la imposición de la justicia penal incurrió en tales irregularidades, corrió el riesgo de desvirtuar la contribución que la justicia puede hacer para el restablecimiento de un estado de derecho. En democracias débiles, donde la administración de sanciones y castigos puede provocar agudos dilemas sobre el estado de derecho, las contradicciones generadas por el uso de la ley pueden volverse demasiado grandes. Estos profundos dilemas fueron reconocidos en las deliberaciones que precedieron a las decisiones, en muchos países, de renunciar a procesos penales en favor de métodos alternativos para el esclarecimiento de la verdad y el establecimiento de responsabilidades en los hechos.

Citamos aquí el Caso Ruanda: Un país africano con economía de subsistencia, en donde en 1994 se dio uno de los peores genocidios de la historia que cobró más de 800.000 vidas con consecuencias sociales tremendas. La estructura social del país quedó destrozada por la pérdida de miles de vidas. Hubo padres que mataron a sus hijos y viceversa. Algunas personas incluso mataron a sus vecinos. Una situación que nuestro pueblo ha vivido con la cantidad de masacres no solo a cargo de las FARC: la masacre de Macayepo, la masacre de Mapiripán, la masacre del Salado, la masacre de Chengue, la masacre de Jamundí, por nombrar solo algunas.

En Ruanda se crearon unos tribunales populares llamados "gacaca" ("justicia en el césped", en su lengua) para realizar 63.000 juicios a los involucrados en el genocidio. El gobierno transfirió los procesos a estos tribunales para alivianar la carga sobre el sistema judicial convencional, en donde llevaría décadas lograr sentencia definitiva dentro de un proceso penal ordinario.

El sistema gacaca se basó básicamente en las confesiones y las disculpas públicas de los infractores, se le lleva a la víctima verdad y justicia porque el genocida admite la comisión del delito; relata la forma de lo sucedido y da la ubicación exacta de los cadáveres.

Se ha comprobado que en masacres tan crueles como éstas, la mayoría de las víctimas quiere verdad: saber cómo murió su gente, y si los autores están dispuestos a contarles las historias de sus familiares muertos y a decirles dónde están, se asegura por lo menos, un entierro con dignidad que para ellos representa el principio de la cura y de la reconciliación, una píldora que aunque amarga es a veces la única cura.

Según Domitille Mukantaganzwa, (secretaria ejecutiva de la autoridad de los gacaca) la justicia de reconciliación es una etapa importante en la erradicación de la cultura de la impunidad, que contribuye a liquidar el clima de sospecha y permite que las personas vuelvan a coexistir en armonía.

A partir de lo anterior podemos concluir que no solo hay un esquema o forma de pensamiento en cuanto a política criminal se refiere, sino que por el contrario, encuentra uno que además de las políticas retrógradas y medioélicas propias de occidente; hay culturas desoladas como Ruanda que han privilegiado otro tipo de valores y no porque aún no estén en lo

que Europa ha llamado “modernidad”; sino porque por el contrario para ellos la modernidad es otra; la modernidad ante todo implica tener conciencia del otro, sea negro, blanco, hombre, mujer, rico o no tanto, **porque cuando se deja hablar del otro, se deja hablar al otro.** El esquema de pensamiento Africano, por ser una cultura que nace en medio del sincretismo y la diversidad de sus propios conquistadores, si bien tienen el sistema carcelario de aísló y castigo de importación Europea; también, hemos visto, tienen otras formas de castigo en donde en situaciones de guerra predomina el esquema de pensamiento conciliatorio.

A la pregunta que ha motivado nuestro escrito: “¿Puede el Derecho Penal Liberal contribuir al logro de la paz en épocas de transición?”, respondemos sin titubeos, no, y es desde esta perspectiva y no otra que en el marco de las negociaciones de paz cabe la posibilidad de hablar de *amnistía e indultos condicionados* siempre y cuando permitan conocer la verdad, aporten a la reconstrucción histórica de los hechos y a la reparación de las víctimas.

El argumento de que los delitos propiciados por guerrilla y paramilitares son delitos de lesa humanidad no susceptibles de ninguna clase de negociación a la luz del estatuto de roma, olvida que incluso la normatividad internacional debe armonizarse con el derecho viviente so pena de negar el derecho fundamental a la paz, privilegiando la exégesis.

De forma pues que a la luz de los tratados internacionales y los fines últimos a los que apunta el Estado respaldado en su constitución, las tradicionales concepciones de derecho en todas sus disciplinas deben relativizarse para permitir justicia material, esa es la nueva tendencia del derecho, Derecho Suave o Soft Law.

Y lo anterior cobra sentido entendiendo que mediante un ejercicio simple de ponderación se llega a la conclusión que el fin de la paz, pesa más que la justicia³, si se entiende que si se logra la primera el índice de reincidencia en la criminalidad, luego de la desmovilización es menor que si se logra la segunda. Se ha comprobado que las penas lejos de reparar, reviven el dolor.

A MANERA DE CONCLUSIÓN
ALGUNAS RECOMENDACIONES DE POLÍTICA PÚBLICA:
¿QUÉ INSTITUCIONALIDAD NECESITAMOS PARA LA
TRANSICIÓN HACIA LA PAZ?

Si no se habla, si no se escribe y no se cuenta, se olvida y poco a poco se va tapando bajo el miedo. La gente que vio el muerto se va olvidando y tiene miedo de hablar, así que llevamos un oscurantismo de años en el que nadie habla de eso [...] Como nadie habla de lo que pasó, nada ha pasado. Entonces bien, si nada ha pasado, pues sigamos viviendo como si nada.?
Testimonio de habitante de Trujillo, Valle del Cauca

Con las anteriores consideraciones, nos resta pues, presentar algunas recomendaciones de política pública teniendo en cuenta los valiosos informes del Centro Nacional de Memoria Histórica. Establecemos aquí una ruptura de tinte metodológico sustentando nuestro último capítulo, no en referentes con autoridad científica sino en la voz de las víctimas de violación de derechos humanos.

La duración prolongada del conflicto armado ha configurado prácticas culturales y políticas que a su vez han facilitado su reproducción. Esto hace que se imponga la necesidad del *reconocimiento* y la *responsabilidad* como

³ Entiéndase aquí justicia desde la concepción neopunitivista y panpenalista anteriormente desarrollada, justicia como venganza.

dos fundamentos de todo esfuerzo de políticas públicas dirigidas a responder a la magnitud de lo ocurrido en tantos años de guerra.

Para este propósito, es necesario transformar la estructura institucional que ha sido diseñada para tiempos de guerra y lograr, con la participación activa de todos los sectores de la sociedad, construir una institucionalidad propicia a los objetivos de la paz, aunque es evidente la vigencia del conflicto armado en el país.

Primeramente es necesario dejar claro que el tiempo de la transición será largo, pues el de la guerra ha cubierto al menos cuatro generaciones. Una década para transformar el Estado y los rasgos culturales permeados por el conflicto parece ser el mínimo requerido, ya que se trata de un sistema, con sus estructuras y visiones del mundo, enraizado en las concepciones colectivas.

Lo segundo, será reconocer que existe una relación dialéctica entre la naturaleza del conflicto armado y las estructuras de poder, sin la cual este conflicto no hubiera podido perpetuarse durante seis décadas. En este sentido, todas nuestras políticas deberán centrarse en la construcción de un Estado con capacidad de desactivar la guerra, incluso si el conflicto armado continuase.

De forma pues, que nuestra propuesta principal es la de destruir la estructura jurídica que ha moldeado al Estado Colombiano por más de medio siglo bajo la lógica de un Estado de Conflicto. En un proceso de construcción de paz deberán ajustarse, modificarse y derogarse aquellas normativas que interfieran con esos objetivos y a fin de construir la paz.

Con base en lo anterior, hacemos eco de la propuesta formulada por el Centro Nacional de Memoria Histórica en sus informes:

Se recomienda al Gobierno Nacional y al Congreso de la República, en un escenario de construcción de paz, revisar y hacer las reformas necesarias normativas e institucionales en concordancia con los propósitos de paz, democracia, inclusión social y la vigencia del Estado Social de Derecho, atendiendo de manera especial el enfoque diferencial que se impone en temas de género, etnia, edad, discapacidad, etc. (GMH, 2013)

Se deberá, pues, fortalecer y hacer sostenibles para el inmediato posconflicto, durante mínimo diez años, los esfuerzos estatales actuales en el marco de la Ley 1448 de 2011 por transformar la situación de las víctimas objeto de violaciones y restituirles su condición de sujetos de derecho. Hacemos un llamado especial por adoptar las políticas planteadas por el Centro Nacional de Memoria Histórica en su último informe.

BIBLIOGRAFÍA

1998, S. T.-1. (s.f.). *Corte Constitucional*.

Beristain, C. M. (2010). *Diálogos sobre la reparación. Qué reparar en los casos de violaciones de Derechos Humanos*. ISBN: 978-9978-92-738-0. Quito, Ecuador.: Ministerios de Justicia y Derechos Humanos.

Flores, J. H. (s.f.). *Reinvención de los Derechos Humanos*. Atrapasuenos .

Histórica, C. N. (2013). *¡Basta ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad*. Bogotá: Centro Nacional de Memoria Histórica.

Iturralde, M. (2011). Las prisiones colombianas, un problema de todos. *Semana*, 1.

Pastor, D. (2006). La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos. *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*. ISSN 1826-8269, 1.

Samper, M. (24 de Junio de 2013). La Justicia Transicional se ha subestimado: Samper. *Diario La Opinion*, pág. 1.

Teitel, R. (2003). Transitional Justice Genealogy. *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16,, 69-94.

Villamor Lucía, F. (s.f.). Delitos de Peligro Abstracto. Una aproximación al derecho penal del enemigo. *Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales*.