

---

# COMO MATAR A LA JUSTICIA EN LA TAREA DE DEFENDERLA: “ESTATUTO PARA LA DEFENSA DE LA JUSTICIA”

---

Alejandro David Aponte\*

---

## PRESENTACION

Enfrentarse en Colombia al problema de una reforma a la administración de justicia y en especial a la reforma de la justicia penal, significa enfrentar una maraña de normas, de ideas y de distintas soluciones. En ese ejercicio sólo surgen interrogantes. Se hace, no obstante, imperativo pensar el problema ya que del carácter mismo que posea un sistema penal depende, en gran medida —y en Colombia por su realidad social y política con mayor razón—, el futuro de las condiciones de convivencia política y social que el país vaya adoptando para sí.

El gobierno nacional ha desplegado gran actividad en torno a los planes y propuestas para reformar la administración de justicia. Sus gestiones van desde una reestructuración global del Ministerio de Justicia, de un positivo interés por organizar administrativamente la rama jurisdiccional, dotándola de medios racionales para el manejo autónomo de sus recursos, hasta la creación de los “conciliadores” para dirimir ciertos conflictos.

Ha demostrado especial preocupación, sin embargo, y de cara a la reforma particular de la justicia penal, por la creación de una jurisdic-

ción especial concebida por el gobierno como el mecanismo más urgente y eficaz para afrontar la crisis que soporta la justicia, especialmente la propia justicia penal. Se presenta ésta en principio como una jurisdicción especializada para afrontar la amenaza del terrorismo.

Ligado en la práctica a esta jurisdicción, se encuentra el propósito manifiesto por el gobierno de promover la instauración gradual del sistema acusatorio en Colombia.

Por su importancia y porque refleja una concepción global sobre la reforma al sistema penal, en estos dos proyectos se concentrará de manera especial este trabajo. Ellos hacen parte, además, de los temas que a propósito de la administración de justicia, el gobierno impulsa dentro del actual proceso de reforma constitucional. Por esa razón, pese a estar inicialmente proyectada la jurisdicción especial como fruto de un decreto de estado de sitio, el objetivo del gobierno es el de otorgarle carácter permanente en virtud de la adopción de dicha propuesta por la Asamblea Constituyente.

Pensamos que el actual proceso de reforma constitucional sólo tiene sentido si logra convertirse en un proceso real de tramitación de paz entre los colombianos. La Asamblea sería el escenario para edificar un auténtico pacto social: la nueva Constitución Política como un tratado de paz para Colombia.

\* Abogado, investigador del Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales.

Se hace determinante dentro de este proceso la función de la justicia en conjunto y, muy especialmente, de la justicia penal, pues sus implicaciones en la convivencia diaria y su impacto global sobre el conjunto de la sociedad así lo demuestran. De esta forma revela, además, el ordenamiento jurídico penal el sustrato político esencial que lo alimenta.

Este trabajo nace de la preocupación que surge cuando al estudiar la base de la reforma a la justicia penal se observa que en cuanto se refiere fundamentalmente a la creación de una jurisdicción especial, y a la posibilidad de instaurar el sistema acusatorio en el país, se hace manifiesta en estos mecanismos una noción particular de eficacia que a nuestro juicio no armoniza con el propósito de crear las bases para una convivencia sana entre los colombianos y de convertir las nuevas instituciones en un auténtico tratado de paz. Es una eficacia concebida en sí misma como un fin y que en su ejercicio llegaría a tolerar cualquier medio. Incluso si este medio se orienta en contra de los derechos y las garantías de los ciudadanos.

Creemos en efecto, y ello constituye el centro de nuestra reflexión, que movido por la crisis que padece la justicia, el gobierno ha visto como imperativo lograr ante todo la eficacia del sistema penal. Sin embargo, traducida dicha eficacia en reformas concretas como la jurisdicción especial o el sistema acusatorio, llevaría en la práctica a negar la propia justicia. En la tarea de defenderla sería, en estas condiciones, la justicia sacrificada.

Frente a esta perspectiva, la idea de una justicia penal codificada sobre la criminalización y discriminación de las conductas, sobre el desconocimiento de los derechos y las garantías, en el futuro produciría un escalamiento incontrolable de los propios conflictos: sería ella misma generadora de violencia.

Por el contrario, y estas reflexiones constituyen apenas un aporte a una discusión que consideramos sustancial, pensamos que de cara al momento actual, toda reforma a la justicia penal debe ante todo hacer primar la justicia... Los derechos y las garantías, incluso sobre la propia eficacia sin límites. En último juicio, creemos en la necesidad de un dominio

fundamental de la razón valorativa sobre la mera razón instrumental, como la mejor opción para crear un clima propicio a la resolución de los conflictos y a la pacificación real del país.

## **I. CREACION DE UNA JURISDICCION ESPECIALIZADA: "ESTATUTO PARA LA DEFENSA DE LA JUSTICIA"**

El gobierno nacional ha reconocido como urgente, dentro del marco general de la reforma a la administración de justicia penal, la creación de la denominada "jurisdicción especial". El propio ministro de Justicia, Jaime Giraldo, asegura que "este, es tal vez, el punto más urgente y prioritario y se hará mediante un decreto de estado de sitio que ya ha sido estudiado" (1). En efecto, el mencionado decreto apenas brevemente anunciado por el periódico *El Tiempo* del 31 de agosto, y que se encuentra en una fase avanzada de elaboración, crea dicha jurisdicción especial y lleva por título "Estatuto para la defensa de la justicia"\*. No es el nombre casual, pues se presenta ciertamente como alternativa privilegiada para una pretendida "defensa de la justicia". El proyecto de decreto llega a tener 97 artículos, crea una jurisdicción paralela, introduce su propio procedimiento, adscribe una múltiple competencia y crea un complejo andamiaje administrativo para su funcionamiento. A través suyo se fundirían la actual jurisdicción de orden público y la especializada. Está en principio programado para regir a partir del 1o. de enero de 1991 y constituye, en definitiva, una gran jurisdicción de orden público. Es un aparato gigantesco que supone la creación de nuevos cargos, la reorganización territorial y se perfila como la base de una creciente administrativización de la justicia.

No es nuestro propósito hacer un examen legal y exhaustivo del Estatuto, por eso este trabajo va más allá del mismo. Nos interesa mejor, abordarlo en conjunto, reseñar aquellas características que lo determinan y llamar la atención sobre los graves riesgos que entraña.

1. *El Espectador*, 11 de agosto de 1990.

\* Precisamos que hemos trabajado con el proyecto de decreto más avanzado al 20 de octubre, fecha límite para la presentación del texto a la editorial.

De manera permanente, tanto el presidente de la República como el ministro de Justicia han reiterado que la jurisdicción especializada tiene por objeto afrontar el desafío impuesto por el terrorismo. Sin embargo, y es este el primer y gran problema del Estatuto, no constituye realmente una jurisdicción contra el terrorismo. Dieciséis numerales forman parte de los delitos que por competencia se le atribuyen. El Estatuto va recogiendo y mezclando una serie de actos definidos como delitos por decretos de estado de sitio anteriores y por leyes fruto del ejercicio de facultades extraordinarias. Se designa el delito correspondiente y en seguida se remite a la norma que lo viene regulando.

De esta forma, en primer lugar compete a los jueces de orden público conocer de los delitos creados por el "Estatuto para la defensa de la democracia", o también llamado Estatuto antiterrorista. En segundo término, de los delitos recogidos por el Estatuto Nacional de Estupefactos y en general de todos los delitos relacionados con el narcotráfico, incluyendo aquellos que son producto de la artificial homogeneización del gran traficante, el cultivador y el mero consumidor.

En tercer lugar y además de otras conductas que están hoy en cabeza de la jurisdicción especializada, el Estatuto reúne una serie de actividades delictivas caracterizadas por la extrema vaguedad de su definición y que pueden involucrar peligrosamente a toda clase de actores. Es el caso, por ejemplo, de las "lesiones personales ocasionadas por personas que pertenezcan a grupo armado no autorizado legalmente, descritas en el artículo 3 del Decreto 2490 de 1988". Pero, ¿qué es un grupo armado no autorizado por la ley? El artículo 3 del decreto excepcional que contiene originalmente este tipo penal no lo aclara y, sin embargo, fue instituido como adición al Estatuto antiterrorista. Es decir, constituye una ampliación de las normas dictadas contra el terrorismo. De esta manera, entonces, a tal grupo armado ilegal pueden pertenecer tanto el delincuente común asociado para delinquir, como el rebelde en tanto actor colectivo que es, y aun el más extremo terrorista de una organización ilegal: peligroso tejido de actores que sustenta una homogénea empresa criminalizante.

Va más allá empero la combinación de actores y conductas. El Estatuto entraría a castigar los delitos de "rebelión y sedición", no como han sido definidos en el Código Penal colombiano en los artículos 125 y 126, sino como son recogidos por decretos de estado de sitio anteriores. Ello significa que pese a conservar el nombre y, por lo mismo, pese a subsistir la posibilidad de establecer la diferencia necesaria entre distintos actores, la norma excepcional duplica las sanciones, lo cual constituye un escalamiento en las enemistades. Se reconoce al rebelde como tal por su altruismo y convicción, pero al ser más drástica la pena prevista en la norma de excepción que recoge el nuevo Estatuto, se le concibe como un enemigo radicalmente más peligroso. Por ello, lo más delicado, es que tal como se configura esta nueva jurisdicción, el rebelde es concebido a la sombra del enemigo absoluto: el terrorista.

Así pues, el Estatuto para la defensa de la justicia, funde y confunde de este modo el delito común, el delito político y el terrorismo. Esta diferencia es fundamental frente a cualquier propósito de crear las condiciones necesarias para una resolución real de los conflictos en Colombia.

Además, es pertinente aclarar que si la jurisdicción especial surge en razón a la amenaza constante y real a los jueces y a la justicia, no es el actor colectivo por sí mismo el que constituye dicha amenaza. Son, por el contrario, determinadas tendencias históricas las que representan este peligro. Así se ha vivido en los momentos más dramáticos y si bien existe el drama del Palacio de Justicia, ello no es paradigmático en relación con la guerrilla. Su guerra no es contra la justicia. La persecución a los jueces no está ligada a la dinámica del delito político. Incluso, no está ligada tampoco a la propia dinámica de ciertos delitos comunes que son igualmente mezclados por el Estatuto.

El Ejecutivo, que va a expedir este decreto extraordinario, actúa a través de un procedimiento que se ha normalizado en Colombia y que es entendido en ocasiones como una virtud: un extraño proceso de autorreferencia que genera grandes decretos reproduciendo otros menores sin hacerse la pregunta por su contenido o procedencia real en el contexto actual. Sin preguntarse tampoco si la gran cantidad de

decretos de emergencia que han sido dictados, han generado en la práctica un mejoramiento significativo de la justicia. Tanto más delicado se torna este movimiento autorreferente y autoafirmativo, cuanto que las características esenciales de los decretos y leyes incorporados al nuevo Estatuto son el desconocimiento progresivo de los derechos, el recorte sistemático de las garantías, la creación de nuevos tipos penales y el aumento extremo de las penas. El resultado de este movimiento: la ideologización e instrumentalización de los tipos penales de modo que pueda el Ejecutivo ampliar al máximo los márgenes del decisionismo que posee frente a los estados de excepción y consolidar su papel de gran decisor... El gran hacedor del derecho.

Se percibe ciertamente en la acumulación de competencias prevista en este decreto una convergencia artificial en la modalidad de la acción: la vaguedad e indefinición de los tipos penales hace posible que de cara a una coyuntura determinada, las conductas sean adecuadas en diferentes tipos penales, según sea la política adoptada para ese momento. Cifrado así un sistema penal, radicaliza su carácter asimétrico y amplía los niveles de enemistad.

Ahora bien, para contextualizar los conceptos de asimetría y enemistad, aclaramos que en el derecho moderno, edificado sobre la noción de soberanía, en el cual la legalidad opera como legitimidad, la asimetría es aquella posición de superioridad, de preponderancia del Estado a través del derecho penal, sobre el delincuente en tanto infractor de la ley. Es por ello que el derecho penal posee en sí mismo un carácter asimétrico. La asimetría legal lleva implícito un principio de discriminación fundamental. Sin embargo, dicho carácter asimétrico del ordenamiento jurídico penal, adquiere en un momento determinado, distintos niveles o grados, según sea la forma como se criminalice y discrimine, según sea la manera como se castiga y si se hace respetando los derechos y las garantías de quien delinque (2). Igualmente, preci-

samos que dentro del ámbito de reflexión en el que nos movemos, en razón a la calidad de los actores, a los instrumentos ideados en su contra, retomamos al infractor de la ley en su condición esencial de enemigo.

### A. El proceso penal como un sistema de garantías

A propósito de lo anterior, observamos que es precisamente en la mayor asimetría posible que reside la noción particular de "eficacia" que constituye la gramática misma de la reforma a la administración de justicia penal. La acompaña una visión marcadamente punitiva de los conflictos. Visión que va a encontrar clara expresión en el carácter que se le desea dar al proceso penal en el nuevo Estatuto.

Pero, ¿qué es el proceso penal? ¿Sobre qué bases ha sustentado el Estado moderno la legitimidad del mismo? Frente a estos interrogantes, estudiemos dos situaciones. La primera: el Estado, de manera unilateral, determina la responsabilidad de quien es a su juicio considerado una amenaza. Entonces, procede a cometer cualquier acto arbitrario, sin límite ni réplica. La segunda: el Estado, luego de un proceso penal, atribuye la responsabilidad y procede a sancionar. ¿Cuál es la diferencia entre estas dos situaciones? **El Proceso.** Pero el proceso concebido de manera apenas elemental, como una instancia de discusión de derechos. El proceso penal como una estructura racional de contradicción y poblado de garantías para equilibrar las fuerzas que en él actúan: dotado de las formas propias para una defensa real. Sólo de esta manera se comprende el proceso, sólo así adquiere legitimidad. Jürgen Habermas, abordando el problema general de la legitimidad del Estado Moderno, afirma: "Por niveles de justificación entiendo las condiciones formales para la aceptabilidad de bases o razones,

ni moralmente. Dentro del marco del derecho público interno, en cuanto orientado hacia el reconocimiento de un tratamiento privilegiado del delincuente político respecto del delincuente común, el rebelde aparece como una figura discriminada jurídica pero no moralmente. La asimetría jurídica implícita en el tratamiento delincencional no se extiende al ámbito de la culpabilidad", "Algunas notas sobre la Rebelión y el Terrorismo en Colombia", ponencia presentada al Seminario Internacional de Terrorismo, Universidad de los Andes, Bogotá, octubre de 1990.

2. Entendemos esta noción en un sentido análogo y escogemos este texto por la interesante distinción entre asimetría jurídica y asimetría moral, a la manera como la asume Iván Orozco Abad... "Dentro del marco del derecho clásico de los conflictos armados la simetría en el tratamiento recíproco de los beligerantes es perfecta. Estos no se discriminan ni jurídica

condiciones que facilitan a las legitimaciones su eficacia, su poder (...). La idea de un acuerdo entre las partes, libres e iguales, determina el tipo procedimental de los tiempos modernos" (3).

El proceso sin auténticas instancias formales para la discusión de los derechos, no es un proceso. Un procedimiento instaurado al margen de las posibilidades reales de defensa, no es un proceso. O por lo menos no lo es en un sentido moderno. A nuestro juicio, el modelo procedimental que recoge el Estatuto que estudiamos, al sistematizar una normatividad que justamente de manera progresiva ha desvirtuado la noción real del proceso penal, instaura una forma de proceso más cercano a aquellos que en el medioevo se estructuraban para condenar sin remedio. Sus trabas, la forma como se articula, el protagonismo desmesurado de actores sin arraigo jurisdiccional que se crean para esta jurisdicción y, sobre todo, su propia concepción, así lo demuestran. Haciendo un esfuerzo de síntesis, hemos de abordar el Estatuto mencionado.

Antes que todo, no es posible entender el funcionamiento que tendría esta jurisdicción especial, sin comprender el oficio de un actor previsto para ella: el gran subdirector nacional de Orden Público y los correspondientes directores seccionales, funcionarios de carácter administrativo, ligados a instrucción criminal y que de acuerdo con lo que se proyecta también como reforma, estaría vinculado al gran Departamento Administrativo de Instrucción Criminal.

Este subdirector tiene a su cargo el control y la dirección de la jurisdicción de orden público. Sus funciones son desmesuradas, tanto, que subsiste en la lectura del Estatuto la sensación de que es este director de Orden Público, realmente el protagonista principal de todo el proceso penal especial.

Luego de referirse a este funcionario, el Estatuto —tan sólo ello ameritaría un extenso

estudio— crea una Policía Judicial especial para la jurisdicción. Dice el decreto que estará integrada por "las unidades investigativas permanentes conformadas por funcionarios del Cuerpo Técnico de Policía Judicial o del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, o por oficiales de la Policía Nacional (SIJIN y DIJIN), o del Ejército Nacional (B2 y S2), o sus equivalentes en la Fuerza Aérea Colombiana y la Armada Nacional, y con el personal técnico y operativo que se requiera para su funcionamiento eficiente". Es decir, se militariza formalmente la Policía Judicial que, y sus consecuencias las abordaremos en el acápite relacionado con el sistema acusatorio, iría a consolidar una extrema autonomía e iniciativa propia en el curso del proceso. Agrega además el Estatuto, la Policía Judicial "solamente tiene relación funcional con las direcciones seccionales de orden público". Valdría la pena preguntarse en qué condiciones trabajaría el juez de acuerdo con esta organización.

Ahora bien, el proceso estaría dividido formalmente en la etapa de instrucción —sumario— y en la etapa del juicio. La primera es prácticamente secreta. Y este fenómeno que de manera ligera se comenta casi como bondad del sistema acusatorio, no puede ser considerado en forma abstracta, sino que tiene que ser comprendido dentro del contexto global del proceso previsto. Así, dice el Estatuto: "La controversia del material probatorio se adelantará durante la etapa del juicio". Significa ello que la posibilidad de controvertir las pruebas —sustrato del derecho de defensa— se traslada sólo para el momento del juicio. Pero además, pese a que se reconoce en principio que es el juez quien ha de valorar la prueba, es apenas lógico entender que sin posibilidad de controversia, sujeto aquél a la pesquisa y a la actuación de la Policía Judicial, es improbable que haga una correcta valoración de la prueba: existiría prácticamente una sola versión de los hechos.

Todo este problema de la imposibilidad de discutir la prueba se hace más delicado frente a una norma de este carácter: "Durante la etapa de instrucción la persona vinculada a la indagatoria, su defensor, los auxiliares de la justicia, así como el ministerio público, el director de instrucción criminal o su delegado, el subdirector nacional de orden público o su delegado y

3. Habermas, citado por Luis Gerardo Gabaldón, "Las bases para la discursividad de la legitimidad del sistema de justicia penal en el proceso de consolidación del Estado Moderno", en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, No. 18, Cali, junio de 1988, p. 131.

los directores seccionales de orden público tendrán derecho a revisar el proceso. Sin embargo, para los tres primeros el juez podrá disponer la reserva de las decisiones o de alguna prueba concreta hasta el auto de cierre de la investigación, cuando considere que dicha medida es necesaria para garantizar el éxito de la investigación". Significa ello que ni el sindicato ni su abogado pueden en un momento dado revisar el proceso. No existe limitación alguna en cambio para los agentes administrativos dentro del proceso que siempre tienen acceso al expediente. El único límite que establece la norma, que se nubla sin embargo en razón a la vaguedad del texto, es cuando advierte que "en ningún caso podrán ser reservadas las decisiones que afecten la libertad del procesado y el soporte probatorio que haya servido para dictar el auto de detención". Nos preguntamos, ¿bajo qué criterios se determina cuál es y qué significa una "prueba concreta"? En todo caso... existirán pruebas secretas.

Pese a que el Estatuto establece formalmente que los jueces poseen "el control de la indagación preliminar y la dirección del sumario", la gran autonomía y los extremos márgenes de actuación de la Policía Judicial, restringen dicho control. Se dice por ejemplo respecto de las pruebas, que la policía practicará las decretadas por el juez y las que ella misma "estime conducentes, dentro del término que se le señale, el cual podrá ser prorrogado sin formalidades de ninguna índole".

Finalmente, el juez de instrucción será escogido por el director seccional de Orden Público, quien además puede cambiarlo "para garantizar la reserva de su identidad". No sería pues uno solo el juez de instrucción, sino que éste puede ser cambiado. Y cabe preguntar, ¿bajo qué circunstancias se haría dicho cambio?

De esta manera, pruebas incontrovertibles, algunas de ellas secretas, márgenes grandes de autonomía para la Policía Judicial, restricción sustancial de las posibilidades de inmediatez de la prueba para el juez, la propia posibilidad para que sin objeción éste pueda ser cambiado, sintetizan la etapa de instrucción de este proceso penal especial.

En nombre de la eficacia y de la seguridad se establece todo esto. Pero, ¿dónde quedaría

entonces en estas circunstancias la seguridad jurídica? Aquella que en último juicio es la que garantiza que quien entre en un proceso no lo haga a una arcana de oscuras instancias, de recetas para el secreto, de pruebas ocultas y marchando siempre a la sombra de una condena previsible. Recuérdese que hablamos de seres enfrentados a penas de quince, veinte o treinta años de prisión.

Gustav Radbruch, enfrentando en su época serios problemas, sostenía que la "seguridad jurídica exige la validez del derecho positivo, aunque sea inoportuna para el Estado". Y defendiendo el derecho procesal como testigo del reconocimiento de los derechos sustanciales, concluye: "La idea de valor apta para justificar la validez del derecho procesal (...), es la seguridad jurídica" (4).

Miremos brevemente el juicio, la etapa definitiva. Como vimos, la posibilidad del debate probatorio queda aplazada para esta instancia. Sin embargo, dicha probabilidad sufre una reducción sustancial cuando, pese a que "a petición de parte o de oficio podrán practicarse durante el juicio pruebas que sean repetibles por las Unidades de Policía Judicial", inmediatamente se introduce una condición extremadamente ambigua y oscura: "siempre que ello sea posible". Pero, ¿quién determina esa posibilidad? ¿En razón a qué circunstancias se decide la posibilidad de una prueba? ¿Y si se trata de una prueba esencial para el sindicato, tanto más si el debate probatorio se ha trasladado al juicio?

Finalmente, el director seccional de Orden Público es el encargado de escoger, "mediante decisión no sujeta a recurso alguno, a cualquiera de los jueces de conocimiento de orden público pertenecientes a la dependencia, a quien corresponde sustanciar el juicio". Sin existir además la posibilidad de la recusación en ningún caso, pues el Estatuto la proscribió formalmente. La decisión del juez está cruzada, en consecuencia, directamente por la intervención del funcionario administrativo, quien, además, continúa incidiendo durante toda la etapa del juicio.

4. Gustav Radbruch, *Filosofía del Derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1944, pp. 234-235.

Así, entonces, no es ni siquiera cierto, y frente a lo cual existe ya de hecho una crítica generalizada, que sea el "ejecutivo el responsable de las investigaciones criminales" como lo afirma el ministro de Justicia (5). En realidad, prácticamente el Ejecutivo queda en el contexto del Estatuto con la capacidad de manejar todo el proceso penal: posibilidad de escoger los jueces que van a tomar la decisión final de cambiarlos en la etapa de instrucción. Incluso, el propio agente del Ministerio Público, estaría, en palabras del decreto, ligado "funcionalmente a los directores seccionales de orden público". Todo esto en un país donde es el Ejecutivo el mismo que viene creando la ley penal.

La proyectada y positiva autonomía presupuestal y administrativa que sería implementada como parte de la reforma, podría quedar convertida en una cosa apenas externa a la crisis que aqueja a la justicia, pues el juez en realidad habría perdido, frente a estas jurisdicciones especiales, su verdadera autonomía. ¿Puede acaso considerarse la idea de un juez seguro porque sea secreto, cuando sus niveles reales de autonomía se reducen notablemente? Y si de seguridad se trata, ¿qué legitimidad habría en ello y qué defensa real de la justicia se haría, al ser sacrificada la seguridad jurídica del ciudadano por la hipotética seguridad de un juez mermado?

Pensamos, desde luego, que al ministro de Justicia le asisten verdaderas razones para buscar mecanismos orientados a defender la seguridad de los jueces. Es seria y clara su preocupación. Sin embargo, en estas condiciones el juez penal de orden público no ejerce una dirección real del proceso. Por las circunstancias que mediarían los actos procesales, no es él artífice de su propia seguridad. En cambio y para riesgo de sí mismo, aparece como responsable final de la decisión tomada en un proceso extremadamente limitado y sostenido sobre el desconocimiento reiterado de las garantías. Así como la criminalización exacerbada crea muchas veces de manera artificial el enemigo, un proceso penal especial, susceptible de ser un escenario apto para la arbitrariedad, puede innecesariamente tornar más agresivo al enemigo mismo. Tanto más innecesario

si no se trata de terroristas, ni de actores caracterizados por la persecución a los jueces. Mientras que como decimos, de todas maneras, el responsable de la decisión última será el juez.

Aunque es penoso siquiera intuirlo, es conducente dudar que por el solo hecho de estar reunidos los jueces en grupo o ser secretos, sean en realidad, en el contexto de un proceso sinuoso, menos vulnerables.

Ahora bien, y para recoger lo expuesto, la amenaza que significa para la justicia un proceso estructurado al margen de los derechos, se revela también en el carácter intimidatorio que este proceso penal especial adquiere en sí mismo. Esto ocurre precisamente cuando se lo niega como instancia real de discusión de derechos. En efecto, un proceso concebido de esta manera se encuentra instrumentalizado, no es un sistema de garantías. Así, no sólo la pena revela su carácter simbólico, sino que el propio proceso penal adquiere una condición simbólica de intimidación. Traduce, en tanto es un instrumento especial para castigar conductas y actores especiales, un sentido de discriminación fundamental. El resto de la sociedad sabe quiénes son los que van a ese proceso. Se ubica al enemigo, el terrorista como sinónimo de enemistad absoluta, arrastra consigo en un modelo difuso de atribución de competencias, al rebelde y a ciertos delincuentes comunes. No sólo se moldea al enemigo desde la norma, sino que el proceso penal para él concebido, lo va construyendo de manera determinante. Todo ello alimentado además con un ingrediente que ha sido movilizado dentro de la opinión pública y que sirve como base para crear consenso alrededor de estas medidas: la descalificación moral del enemigo. No es ahora sólo el infractor de la ley... se constituye en un gran enemigo moral.

Lo simbólico posee, ciertamente, una gran importancia en estos procesos de criminalización-discriminación, en la concepción misma de estas jurisdicciones especiales. Está presente y cualifica los niveles de asimetría que adquiera en un momento dado el orden jurídico penal. Dichos niveles se elevan al máximo con una concepción esencialmente punitiva de los conflictos políticos y sociales. La gran eficacia que a toda costa alimenta la reforma a la justicia penal, revela a nuestro juicio aquella con-

5. *El Espectador*, 11 de agosto de 1990.



cepción marcadamente punitiva. Surge con ello entonces y paralelo a esta visión del conflicto, el peligro del "terror penal" que "encierra un derecho penal concebido para ser eficaz" (6).

## B. "Excepciones al principio de responsabilidad subjetiva"

Para comprender mejor el concepto particular de eficacia que sobrevuela especialmente la reforma penal, detengámonos en el apartado correspondiente a "Justicia y Ministerio Público" del temario previsto para la Asamblea Constituyente. A propósito, es evidente que el fallo reciente de la Corte en relación con la Asamblea, al abrir el espacio para la discusión de temas no incluidos en el temario inicialmente acordado, no restringe los temas que de hecho hacen parte del mismo. Es decir, los temas previstos ya en el temario van a ser llevados por el gobierno a la discusión. Más si se trata de aquellos relacionados con la administración de justicia que vienen siendo trabajados con anterioridad y que, sobre todo, constituyen en gran medida el fundamento mismo de la reforma. Al respecto, el propio ministro de Justicia aclaró: "En cuanto al gobierno, lo que éste podría pretender reformar a través de la Constitucional, ya está planteado en el temario" (7).

Así, entonces, y ligada a la propia opción de crear jurisdicciones especiales se encuentra programada la posibilidad de instituir "excepciones al principio de responsabilidad subjetiva".

En relación con ello, quizá de manera premonitoria, Manuel Gaona Cruz, desde la Corte, fue claro en su esfuerzo por otorgarle rango constitucional al principio de culpabilidad. En consecuencia, en una providencia del año 81 sostiene que tal principio "ha adquirido, con este fallo, carta de naturaleza constitucional" (8). Aprovecha una demanda contra el artículo 5 del Código Penal vigente, que proscribe "toda

forma de responsabilidad objetiva", para afirmar, en su ponencia, que con ello el país ha ganado una batalla de años disputada en el terreno ideológico y en el de la normatividad; batalla contra el positivismo y el peligrosismo como sustrato de la responsabilidad penal. Sintetiza su argumento así: "El aceptar la tesis —que afortunadamente para las libertades públicas no tuvo éxito— llevaría al país a un retroceso jurídico de por lo menos cincuenta años". Está cifrada, pues, su ponencia en la necesidad de defender las libertades públicas. Establece por vía jurisprudencial la prohibición constitucional expresa de desconocer el carácter subjetivo de la responsabilidad penal.

Sin embargo, en Colombia se ofrece como posibilidad el desconocimiento de las consecuencias que para las libertades públicas posee el principio de culpabilidad, en relación con el propio desconocimiento del fundamento subjetivo de la responsabilidad.

Enfrentado también al problema constitucional del principio de culpabilidad, un penalista español reconoce que dicho principio es problemático, pues al situarse en el terreno del actuar humano mismo, de la subjetividad de quien delinque, "enciende inmediatamente la polémica sobre el determinismo o indeterminismo del comportamiento humano". No obstante, sostiene concluyentemente, que más allá de la discusión filosófica, "es posible afirmar que en la ciencia penal actual existe acuerdo respecto de la vigencia de las consecuencias del principio de culpabilidad, aunque no se verifique coincidencia alguna respecto de su fundamentación" (9). Estas consecuencias se resumen en el imperativo hecho al sistema penal para que proscriba toda forma de responsabilidad objetiva, es decir, toda forma de responsabilidad penal fundada en el mero hecho, por el acto considerado en sí mismo y por su resultado, haciendo abstracción de las circunstancias subjetivas que rodean y motivan precisamente ese acto que se juzga.

Desvirtuar, entonces, el principio de la responsabilidad subjetiva significaría retornar a épo-

6. Santiago Mir Puig, "Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho", en *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*, Bogotá, Editorial Temis, 1982, p. 75.

7. *El Tiempo*, 10 de octubre de 1990.

8. Corte Suprema de Justicia, "Sentencia de junio 2 de 1981", magistrado ponente, Manuel Gaona Cruz.

9. Enrique Bacigalupo, "¿Tienen rango constitucional las consecuencias del Principio de Culpabilidad?", en *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, diciembre de 1982, p. 247.



cas en las cuales no se castigaba por aquello que realmente se quería, sino por el mero resultado objetivo de una acción, independientemente de si este resultado podía ser deducido de la voluntad misma del actor. En últimas, supone esto la capacidad ilimitada del Estado para castigar a una persona por el simple acto, así dicha persona no haya actuado con culpabilidad. Al ser ligada esta posibilidad al sistema procesal propuesto por la jurisdicción especial, en el cual como vimos se obstaculiza al máximo la controversia de la prueba, ¿cómo sería posible para un sindicado defender su inocencia, demostrar que no es culpable, cuando puede ser llevado precisamente a un proceso en virtud de un acto considerado en sí mismo y desligado de su propia voluntad? Bastaría apenas la prueba del hecho y el actor es condenado, así no sea en realidad culpable.

Curiosas son siempre las épocas, mientras Gaona Cruz se esforzaba por elevar a nivel constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad, ahora se le propone a los constituyentes que desde la Constitución lo nieguen. Desde luego que en procesos penales adelantados bajo todas estas circunstancias se gana en eficacia, pero se mata con ello a la justicia. No en vano creemos que estos modelos de justicia penal se encuentran situados en el umbral de los procedimientos propios de la gran inquisición y que la persecución sin garantías del enemigo está más cerca de los oscuros procedimientos instaurados para la cacería de brujas. En una prolongación del Estatuto de Seguridad, el nuevo Estatuto se sitúa al margen de la racionalidad última de una jurisdicción penal.

Baste como réplica y como síntesis de lo expuesto esta bien lograda definición del proceso, que contradice su mero carácter instrumental y subordinado para encontrar, en cambio, su fin en el "atender fundamentalmente a hacer posible la validez de los actos procesales penales con las garantías que la respectiva ley procesal establezca, de conformidad, además, con las propias garantías constitucionales (...). En esta nueva dimensión de respeto de los derechos humanos a través de las garantías que el propio proceso establece, es en donde es preciso encontrar el agotamiento de la finalidad que persigue el proceso penal. Y en esta

finalidad, no cabe duda que, el mismo proceso penal ni es instrumental ni secundario" (10).

## II. ASAMBLEA CONSTITUYENTE Y MECANISMOS DE ENDURECIMIENTO DEL SISTEMA PENAL

Lo más preocupante que surge en relación con el Estatuto que hemos estudiado es que, si bien se encuentra inicialmente proyectado como fruto de un decreto de estado de sitio, el objetivo manifiesto por el actual gobierno es el de darle a esta jurisdicción especial un carácter permanente. Se instituiría una jurisdicción paralela a la ordinaria y no sujeta a las eventualidades de un régimen excepcional.

A propósito de dicha jurisdicción especial es pertinente llamar la atención acerca de algo interesante que ocurre cuando se la propone como tema de reforma a la administración de justicia. Se presenta en principio como interrogante, pues se ofrece como un tema abierto para la discusión, pero, apenas se le otorga un funcionamiento práctico en virtud del decreto de estado de sitio, lo que era un interrogante se convierte en la realidad en una respuesta. Es decir, a través de la norma de excepción se crea un hecho que ya en la práctica funciona como respuesta a lo que se discute como interrogante en el seno de la Asamblea. Es posible, desde luego, que si la misma práctica revela el fracaso de la jurisdicción, los constituyentes decidan no patrocinar su carácter permanente. Sin embargo, en seis meses es difícil evaluar su funcionamiento, y si no existe una verdadera discusión en torno a lo que ella representa, el hecho creado podría convertir la propia discusión en pura retórica, ya que la jurisdicción especial estaría en todo caso funcionando.

Al no existir restricción alguna para las decisiones que se tomen en virtud del proceso de reforma constitucional, pues se trata precisamente de un acto soberano del constituyente primario, lo que este constituyente decida en torno al carácter permanente de la jurisdicción

10. Antonio María Lorca Navarrete, "El proceso penal como sistema de garantías constitucionales", en *Nuevo Foro Penal*, Medellín, junio de 1988, p. 163.

especial que se le propone, lo que defina en relación con el desconocimiento de los derechos y el recorte de las garantías, no tendrá discusión alguna. Sus determinaciones harán parte el próximo año de la organización jurídico-política del Estado colombiano.

De otro lado, la jurisdicción especial se conecta técnica y lógicamente con los grandes entes administrativos que se proyectan y que constituirían la estructura operativa de este sistema penal renovado. Asimismo, se conecta lógicamente con la perspectiva de instauración del sistema acusatorio en Colombia y, en esa dirección, se vincula también a diversos mecanismos previstos como temas para la reforma: ya comentamos lo relacionado con la posibilidad de establecer excepciones al principio de responsabilidad subjetiva. Se habla igualmente de "procedimientos especiales que señalen los derechos constitucionales que pueden ser suspendidos para poder enfrentar con eficacia estas conductas delictivas". Además, la "creación de tipos penales para prevenir y sancionar actos terroristas". Cabe recordar aquí lo que expresamos en torno a cómo la nueva jurisdicción iguala distintas conductas y actores, basado ello en la vaguedad e indefinición de los tipos penales.

De esta forma encontramos que en el proceso actual de reforma constitucional se advierte una gran contradicción en relación con los temas previstos. En primer lugar respecto de la administración de justicia, de un lado se promueven propuestas modernizadoras y positivas como la posibilidad de "consagrar el principio de democratización del acceso a la justicia", todas las medidas encaminadas a fortalecer la rama jurisdiccional y la consagración de su autonomía. Igualmente, la propuesta positiva de examinar la paridad política en la Corte, en el Consejo de Estado y en el Tribunal disciplinario. Al mismo tiempo, sin embargo, se promueve todo un arsenal de instrumentos y de mecanismos que como lo hemos estudiado, en busca de la eficacia, se orientan contra los derechos y las garantías y, por la misma razón, contra la propia justicia.

En segundo término respecto del temario concebido en conjunto, de un lado se abre el marco general de participación política, se escucha a distintos sectores tradicionalmente

excluidos, se promueve el reconocimiento de nuevos derechos y se proyecta una modernización del país. Pero del otro, se pretende fundar estructuras "jurídicas" y administrativas que autoricen un extremo endurecimiento del sistema penal y con ello la posibilidad de una recomposición autoritaria del Estado mismo. Se ha llamado a la participación con el propósito de robustecer el Estado de Derecho, pero, un sistema penal reconstituido fundamentalmente al margen del propio derecho, no armoniza con aquel propósito.

Pensamos que esta contradicción, en la cual el sistema penal se hace determinante, arriesga hacia el futuro la posibilidad de crear un clima de pacificación real del país y de solución de los conflictos.

Por esa razón, participar en el proceso instaurado por la Asamblea desconociendo esta contradicción, es negar el sentido mismo de la participación. No se ve posible la exigencia del reconocimiento de nuevos derechos mientras se autoriza al mismo tiempo el desconocimiento de los mismos. La alegría de la participación debe moderarse. Crear una auténtica cultura de la misma comienza por examinar con seriedad qué es aquello en lo cual se ha de participar realmente. Hacerlo de manera irresponsable puede llevar a respaldar procesos contrarios a un anhelo sincero de reconstrucción y democratización del país.

### **En torno a la inexistencia de una política criminal**

Cuando está de por medio, siempre y ante las crisis, la posibilidad de criminalizar y discriminar nuevas conductas, cuando surge esta posibilidad concretamente al situarnos en el umbral de una reforma a la justicia penal, surge siempre la pregunta por la existencia o no de una política criminal en Colombia. La respuesta, sin embargo y aun cuando de hecho es aceptada inexplicablemente como normal, es que no hay una política criminal seria y coherente en nuestro país. No existen en Colombia unas pautas, surgidas de una discusión seria y participativa, en torno a las políticas que guiarían los delicados mecanismos de criminalización de las conductas. Tampoco existen proyectos alternativos emanados de la sociedad civil.

En realidad la criminalización ascendente, que involucra nuevos actores y nuevas conductas, obedece sobre todo a decisiones puramente coyunturales y ligadas en forma directa a los grandes poderes que ha venido acumulando el Ejecutivo: legisla y amplía, en un proceso de autoafirmación, los niveles del decisionismo frente a las diversas crisis. La “visibilidad” de los comportamientos es la variable que explica la creación de nuevos tipos penales. Se reacciona espasmódicamente frente a lo que más se ve. Esto explica por qué aquella criminalidad secreta que es menos dramática pero decididamente agresiva — pensemos en todas las formas en las cuales se reviste y adorna la corrupción, por ejemplo — no es sin embargo objeto de una política criminal seria. Es menos visible la corrupción que el terrorismo, pero su poder destabilizador no ha sido medido en toda su dimensión aún. De vez en cuando surgen voces como la del procurador, denunciando recientemente algunos casos de corrupción y afirmando que su daño es mayor que aquél que produce la propia subversión, o escándalos que no pueden ocultarse más como es el caso de las empresas públicas de Barranquilla. Pero no existe una voluntad real de afrontar el problema. Quizá sea positivo, por lo menos en cuanto se refiere al dinero que le cuesta al Estado colombiano el ser demandado por negligencia u omisión de los deberes de un funcionario, el reciente proyecto de ley presentado por el gobierno al Congreso, para que aquel funcionario negligente responda y sea condenado solidariamente con la Nación.

Pero de cara a la situación real, si uno de los aportes más significativos de la teoría sociológica del Labelling approach (“etiquetamiento”) ha sido descubrir la importancia de la “cifra oscura de la criminalidad”, como también la propia importancia de la “delincuencia de cuello blanco”, encontramos que la impunidad de la corrupción y la tranquilidad de la versión criolla de los grandes asaltantes de la economía han hallado sustento también en la fractura que existe respecto de la indefinición de una política criminal.

No es desde luego nuestra intención discurrir aquí sobre los lineamientos que debe seguir el Estado colombiano en relación con las políticas criminales. Hemos aludido al fenómeno de la corrupción como un ejemplo de las rupturas

que posee la empresa de criminalización en Colombia. Sin embargo, la importancia de esta alusión reside y así nos situamos en el contexto de la exposición, en que ella nos remite a la reflexión acerca del bien jurídico. Es decir, al terreno de aquello que el Estado pretende defender y para lo cual existe en último juicio la propia justicia penal.

Situados en el ámbito de la reforma constitucional que se proyecta, es claro que la gran mayoría de las propuestas de reforma que se vienen presentando incluyen como esencial el reconocimiento de nuevos derechos: la exigencia en torno a los derechos descubre el desamparo vivido por años. Pues bien, esa discusión en torno a los derechos que deben ser reconocidos, así como debería ser en forma coherente una discusión alrededor de aquellos que no pueden ser desconocidos, es también una reflexión en torno a los bienes jurídicos tutelados. Por ello el problema del reconocimiento de derechos, de su defensa, está ligado de manera inescindible al problema de una reforma al sistema penal que ha de incidir sobre los bienes jurídicos que son defendidos por el Estado.

La discusión sobre las políticas criminales, dentro del marco general en que ahora se mueve el país, adquiere entonces un renovado valor. Tanto más cuanto que éstas siguen siendo, como decimos, una tarea coyuntural esencialmente ligada a las facultades del Ejecutivo que legisla.

## En torno al sistema acusatorio

### A. El riesgo de una justicia instrumentalizada

Es propósito del actual gobierno implementar las reformas previstas a la administración de justicia, a través de todos los mecanismos que estén a su alcance. Son éstos los decretos de estado de sitio, el ejercicio de facultades extraordinarias, los proyectos de ley presentados al Congreso y el impulso decidido a diversas propuestas de reforma constitucional. Entre éstas, la posibilidad de atribuir a la ley la implantación “gradual” del sistema acusatorio en Colombia.

Como razón fundamental para el apoyo a este sistema el Ejecutivo reitera la necesidad de fortalecer la etapa investigativa, desligar de los jueces la labor de investigación y así ganar en eficacia, pues ésta sería garantizada por la independencia misma de las funciones de instrucción y juzgamiento dentro del ejercicio práctico de la justicia penal.

Ahora bien, pueden ser ampliamente discutidos en abstracto tanto el sistema inquisitivo como el sistema acusatorio, las bondades de uno y otro. Sin embargo, es más consistente discurrir sobre su funcionalidad real dentro del contexto social y político que han de regular. Igualmente, es más acertado abordar la funcionalidad particular del sistema acusatorio, en relación concreta con el proyectado Estatuto para la Defensa de la Justicia, pues éste constituye un ejemplo concreto de la instauración gradual del sistema acusatorio en el país y de cómo podría operar dicho sistema en la práctica.

Primero que todo y remitiéndonos al primer capítulo de este trabajo, encontramos que tal como se programa el funcionamiento del Ejecutivo dentro de la jurisdicción especial, éste no se restringe en su actuación a la etapa investigativa, de modo que pueda ser en realidad un colaborador eficiente de la función jurisdiccional. En realidad, por la extrema autonomía que se le otorga dentro del proceso, unida a los márgenes de actuación de la Policía Judicial en el mismo, el Ejecutivo tendría la posibilidad de ejercer un control real sobre todo el proceso. Las actividades y decisiones del juez se restringen progresivamente, a costa del fortalecimiento de las funciones de aquel subdirector nacional de Orden Público. Es un proceso administrativizado.

De otro lado y para entender la operatividad global del sistema que se pretende instaurar, en dos niveles se concentran los poderes del Ejecutivo en el ámbito general de la justicia penal. De un lado, ha monopolizado la función de criminalizar y discriminar. Incide en la política criminal como legislador de excepción y, sobre todo, funda su labor criminalizante en tipos penales indefinidos y difusos. De otro lado, y ya en el ejercicio práctico de aquella justicia penal, tiene la posibilidad directa, a instancia de estas jurisdicciones especiales, de

controlar todo el proceso. Se legisla y se controla el proceso que juzga precisamente lo que ha sido legislado: un arcano de la razón de Estado como mera razón del Ejecutivo.

Sin duda una de las más problemáticas medidas adoptadas en virtud de esta nueva jurisdicción es la militarización de la Policía Judicial. A propósito, y para entender el contexto real en que se ha movido el sistema penal colombiano, el Código de Procedimiento Penal actual prohíbe la posibilidad que antes del 87 tenía la Policía Judicial de capturar a una persona con base en el "indicio grave". Es apenas lógico entender que no corresponde a un funcionario de policía hacer una valoración de derecho, cuestionamiento por demás muy pertinente sobre los límites que tendría el sistema acusatorio. Dicha posibilidad generó múltiples arbitrariedades; además de los persistentes errores en la calificación jurídica, la propia suerte del capturado se veía amenazada frente a la autonomía de la función policiva.

No obstante el avance de la prohibición citada, el Estatuto que hemos trabajado introduce el siguiente artículo: "siempre que la policía judicial de orden público vaya a practicar un allanamiento, interceptar líneas telefónicas, registrar correspondencia o capturar una persona en los casos que no sean de flagrancia, deberá solicitar autorización a cualquier juez penal o promiscuo de la República. Sin embargo, los allanamientos se podrán practicar sin este requisito cuando por razones del lugar, el día o la hora en que se deba practicar la diligencia, la orden no pudiese ser emitida oportunamente, y existan indicios graves o declaraciones con serios motivos de credibilidad en relación a situaciones de flagrancia..." La única restricción que se hace a estas "diligencias" autónomas, es que de todo lo actuado, "se dejará constancia escrita, bajo la responsabilidad penal y disciplinaria del funcionario que dirija la Unidad de Policía Judicial".

Si uno de los más serios obstáculos frente al ejercicio práctico de la justicia penal es la dificultad que existe para que el juez dirija efectivamente a la Policía Judicial —pues ésta responde más a su propio superior jerárquico—, ¿qué puede pensarse cuando desde la misma ley se instituye la posibilidad para la

**Policía Judicial de actuar con autonomía en relación con las más delicadas diligencias?**

Ciertamente el Estatuto establece un control sobre estas actuaciones, por lo menos en relación con la gravedad de las consecuencias, al ordenar a la Policía Judicial que “dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al acto físico de la captura deberá remitir al aprehendido y el original del expediente al juez de instrucción correspondiente”. En este sórdido lenguaje en el cual se intercambian hombres y cosas, el nuevo Estatuto sí avanzaría respecto de los términos actuales previstos por el Estatuto antiterrorista que crean el espacio para la arbitrariedad. Sin embargo, en el contexto global de este nuevo proceso penal siguen vivos todos los interrogantes: ¿qué ocurriría en la práctica cuando sean las Fuerzas Armadas las encargadas de adelantar estos allanamientos y capturas, sin existir siquiera orden del juez? ¿Qué ocurriría realmente con las investigaciones criminales dentro de este margen extraordinario de actuación del Ejecutivo en pleno?

Son cuestionamientos que nos llevan directamente al escenario de los conflictos. Por ello es apenas sensato suponer que “en el campo de batalla, las Fuerzas Armadas no son los ejecutores de la política gubernamental y mucho menos los ejecutores de las sentencias judiciales” (11). El control jurisdiccional sería totalmente limitado, tanto más si se trata como lo hace la jurisdicción especial, de homogeneizar las conductas y actores en torno al enemigo absoluto. El escalamiento incontrolable de los conflictos en Colombia sería siempre una posibilidad en estas condiciones ya que la ley sería un arma más que podría utilizarse, siendo entonces la justicia instrumentalizada: “supuesta la autonomía de los organismos de seguridad —y sobre todo del Ejército— respecto del gobierno, dejar en sus manos la investigación judicial es convertir la justicia en un instrumento militar” (12).

Para evitar el gran desgarramiento que ello entrañaría, más sensato es fortalecer el sistema mixto que actualmente rige en Colombia y

que permite la posibilidad de una decisión más justa al separar la función de acusación de la de juzgamiento. Se debe asegurar realmente la autonomía de la rama jurisdiccional y buscar dentro de ella misma una independencia coherente de las funciones de instrucción y juzgamiento. Para lograrlo es necesario organizar, coordinar a la Policía Judicial y fortalecer todos los mecanismos de control sobre ella, desmilitarizarla como presupuesto de un ejercicio democrático de la justicia. Todo ello orientado, además, a lograr que sea realmente la función de policía una instancia de colaboración de la función jurisdiccional. De esta forma ganaría dinámica la etapa de investigación sin el riesgo de administrativizarla e instrumentalizarla.

Por todo lo anterior consideramos que la instauración del sistema acusatorio en Colombia no consulta la realidad política y jurídica del país. No es consecuente con un fortalecimiento de la justicia, pues más bien se volcaría en su práctica contra ella misma. Sería, cuanto menos, un grave error histórico.

## **B. Hacia una defensa de la razón valorativa**

En Colombia se ensayan hoy nuevos modelos de estatutos, supeditados éstos a la creación de complejas y costosas estructuras administrativas. Para hacer frente a la crisis que atraviesa la administración de justicia se promueven instrumentos diversos y se impulsan jurisdicciones especiales. Estas se sitúan al margen de los derechos y de las garantías, al margen mismo de la racionalidad de una jurisdicción penal. La eficacia hipotética que con ello se ganaría es la razón que impulsa en última instancia al Ejecutivo. Esto significa que se establece como presupuesto de la reforma la prevalencia de la razón instrumental sobre la razón valorativa, en cuanto ha de prevalecer la eficacia sobre la propia justicia. Es decir, la eficacia sobre los derechos y las garantías.

Pensamos, sin embargo, que un aparato estatal fragmentado como es el colombiano, un Estado sostenido sobre precarios niveles de legitimidad y que busca en medio de la crisis crear las condiciones posibles para una sana convivencia, no puede arriesgar un escalonamiento desbordado de los conflictos políticos y sociales a través de un sistema penal endureci-

11. Iván Orozco Abad, loc. cit., p. 18.

12. *Ibid.*, p. 18.

do al máximo; a través de una justicia penal renovada que, antes de introducir formas de relativización de la enemistad, convierte a los enemigos en absolutos y por ello los somete a procesos especiales sin garantías. La eficacia en estas condiciones no es sinónimo de justicia.

El Estado no puede levantarse como si hubiese sido neutral al escalamiento inusitado de la crisis y de los conflictos y desde las alturas criminalizar y desatar mecanismos e instrumentos al margen del derecho para castigar a sus enemigos. No se trata de generar más violencia buscando la eficacia sino de lograr la paz para construir una nueva justicia.

La verdadera defensa de la justicia radica en la defensa de los derechos. La legitimidad del sistema penal radica en último juicio en la legitimidad de sus garantías. Un fin sin atención a los medios, se vuelca en la realidad contra sí mismo. Si nuestro país se dispone a emprender un proceso de renovación institucional, las lecciones de la historia han de servir como ejemplos. El drama de las dictaduras del Cono Sur, su fracaso, se gestó desde el momento en que en una ética privilegiada de los fines fueron promovidos y tolerados los más diversos medios en contra de los derechos de los hombres.

De todas maneras, el Estatuto para la Defensa de la Justicia no ha entrado a regir aún y quizá quepa esperar entonces una evaluación sensata de sus consecuencias que pueda llegar a modificarlo en beneficio de la propia justicia. También cabe esperar una discusión seria y responsable de nuestros próximos constituyentes.

La única y verdadera eficacia es la justicia. Por ello, más ligada a la propia justicia, una serena voluntad de verdad buscaría contra el ejercicio autónomo y sin límites de la razón instrumental, fortalecer la razón valorativa. Que prime ésta como guía de cualquier proyecto de reforma que quiera ser implementado... "Para la Justicia rige lo que es válido para la Verdad: lo oportuno y eficaz no es por sí mismo verdadero (como cree el pragmatismo), sino al revés, la Verdad, y justamente en cuanto puede

desarrollarse más desligada de todo fin, es lo que constituye lo más eficaz y oportuno" (13).

13. Gustav Radbruch, *op. cit.*, p. 234.