

Constitución y reglamentación

*William Fredy Pérez Toro**

En el estudio del mundo del derecho se aprende, a fuerza de frustraciones y desencantos, que el objeto de contemplación académica difiere bastante del propio objeto de contemplación empírica. Tan profunda es a veces la diferencia presente en un mismo fenómeno, que se podría afirmar que en el primer caso -el de la teoría- sí se trata de una contemplación, pero en el segundo, de un padecimiento.

Y digo que se aprende eso, no que se lo acepte como una fatalidad. Si los mapas de la calle y el libro, de la práctica judicial y el modelo, de la Constitución que se lee y el régimen que se palpa no coinciden, ello no responde a ley causal alguna, pues unos y otros son categorías artificiales, ficciones, responsabilidades humanas. Mapas ajustables.

Sin embargo, no pretendo referirme fundamentalmente a la discu-

sión sobre el divorcio entre derecho y realidad; mi intención es señalar cómo, para verificar los desajustes y contradicciones de un sistema normativo, no es totalmente necesario confrontarlo con los hechos. Basta consultar la relación intrasistemática entre la Constitución y la normatividad periférica; es decir, entre aquella y su desarrollo legal. Lo importante del resultado será, finalmente, no tanto las contradicciones en sí, sino lo que permite que ellas sean tales.

Desde el punto de vista legal, hacer reglas o producir actos con autoridad, en relación siempre con la constitución -lo que implica siempre un ejercicio interpretativo-, es competencia de quien legisla o cuenta con una investidura determinada. Consultar esa relación y emitir un juicio sobre la distancia entre aquellos dos niveles y sobre la llamada "validez" del ordenamiento jurídico, es decir, determinar -otra vez- el sentido de la

* Asistente de Investigación del Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia.

Constitución y el ajuste a ese sentido de las normas y actos subordinados, será en todo caso competencia de un órgano que el mismo sistema jurídico ha facultado para emitir conceptos *definitivos* sobre el particular: el juez de constitucionalidad.

Por ello, el juicio que adelanta el ciudadano común no va más allá de la opinión y sus actuaciones no mas lejos de la manifestación de su voluntad. Y por cuanto las lecturas del ciudadano, del juez y de los órganos con autoridad para legislar u ordenar, difieren, el ciudadano se sorprende cada vez con la decisión de ese juez o con la reglamentación o interpretación de la instancia que reglamenta o el funcionario que ejecuta, y no puede comprender por qué las palabras de la Constitución, que parecen tan cotidianas, representan diversos objetos y por qué sus prescripciones contienen múltiples condicionamientos. Aquella necesaria labor hermenéutica institucional se convierte precisamente en la primera mediación problemática entre una Constitución paradisiaca y una realidad infernal.

En el escenario de aquellas interpretaciones, hay algunos factores que inciden en la "traducción" del texto constitucional y que permiten hablar, ya sin asombro pero siempre con preocupación, de un distanciamiento entonces "comprensible" entre la norma fundamental y las diversas normatividades reglamentarias. De cuatro de esos factores se pretende hablar en el presente trabajo.

Se trata, además, de mostrar que existe un ámbito normativo en el cual aquellas distancias son cada vez mayores y aquel tránsito a la reglamentación mucho más viciado. Se formula así una hipótesis final sobre el paulatino divorcio entre la Constitución y el derecho penal, en términos de que este último ha ido constituyendo un sistema jurídico paralelo, cuyas pretensiones no son la defensa del orden jurídico sino la del orden político y social. Se trata de la emancipación del derecho penal en relación con los valores centrales del sistema jurídico.

En resumen, se intenta mostrar la perturbación del sistema jurídico, pero sobre todo describir su "patología"; es decir, qué hay entre el momento constitución y el momento de la realidad reglamentaria y jurisdiccional. Qué debe ser considerado antes de la crítica -ya manida pero no suficientemente injustificada-, a la no coincidencia del texto fundamental con el legal y los hechos. Y se trata de mostrar finalmente cómo, en el caso del derecho penal, parece que estuviese cada vez más lejano un momento constitucional declarado del cual partir, y el punto de referencia valorativo sistemático frente al cual leer sus contenidos.

I

Habrá que considerar, inicialmente, cómo podemos entender el sistema jurídico y cual es su relación inicial con lo político: los modelos

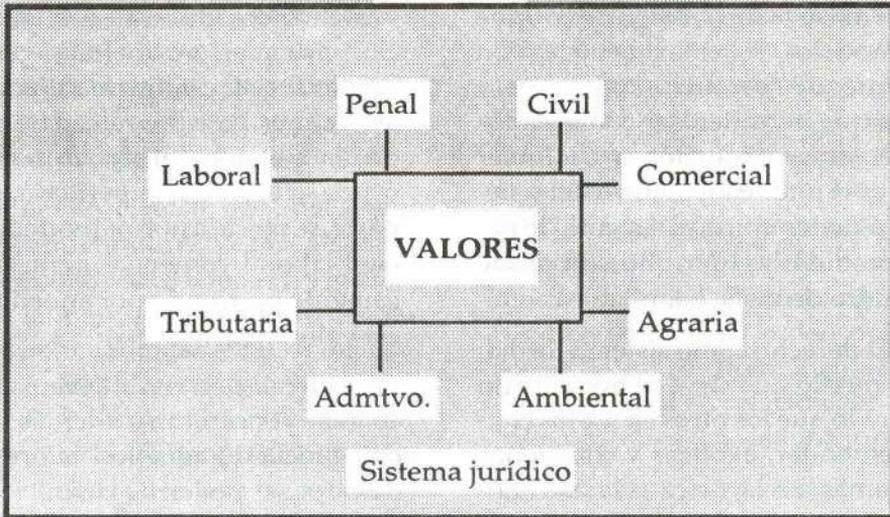
jurídicos, es decir, los sistemas de derecho, no son otra cosa, desde el mero punto de vista jurídico-positivo¹, que eso: modelos, sistemas formales. Un conjunto de fórmulas, conceptos y reglas que permiten ser combinados y que ofrecen solución a cualquier problema planteado dentro del sistema. La matemática, el sistema de pesas y medidas y el derecho, son, desde ese punto de vista, asimilables.

El derecho como sistema formal es un medio que sirve al hombre, no ya para lo que los otros ejemplos citados -entender, explicar y solucionar problemas de la física o la astronomía-, sino para regular relaciones. Es -o debería ser- un instrumento que posibilita el intercambio entre los hombres y entre ellos y su gobierno. Los axiomas fundamentales del sistema son Valores puestos en el centro del mismo y en torno de los cuales circulan formulas -normas- de protección y consolidación. El sistema es, digamos metafóricamente, la forma de la copa en que será vaciado el vino.

En el centro de ese sistema se ubican valores, principios, fines y derechos² como pluralismo, democracia, participación, libertad, igualdad, estado social, estado de derecho. Tales valores constituyen, para seguir con la metáfora, el tipo de vino que ocupa la copa. En la periferia, por su parte, se ubica la normatividad penal, civil, laboral, comercial, agraria, **lógicamente** permeada por aquella esencia valorativa.

En relación con el sistema jurídico debe considerarse además, que la escogencia de aquellos valores y no de otros, el poder de definición y el método como se definen los valores del sistema, el contenido de las normas que protegen el valor, la facultad para crear esas reglas, es decir, quién escoge el vino, cómo y cuando se bebe, constituyen, más allá de su representación jurídica, realidades políticas. El sistema aparece pues, formalmente, como lo representa el gráfico siguiente.

1. Aislar el ámbito jurídico para la explicación que intento, es una posibilidad apenas teórico metodológica, pues en la dinámica del mundo real resulta evidente lo inextricable de los ámbitos jurídico y político.
2. Aunque existe una diferencia muy importante entre los conceptos de principio, fin, derecho y valor, para el caso de lo que se pretende decir en este trabajo, hablaremos de **Valores**, entendiendo por tales los bienes prioritarios, el fundamento básico de la organización social impregnado en los principios, los valores y los derechos fundamentales. Esa diferenciación que evado, puede encontrarse por ejemplo en la sentencia de Tutela de la Corte Constitucional, T. 406, de junio 5 de 1992, con ponencia del magistrado Ciro Angarita Barón. "Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden. Los valores, en cambio, expresan fines jurídicos para el futuro; son la mira que jalona hacia el orden del mañana"



Hablar del sistema jurídico en relación con lo político, desborda el marco de lo lógico formal. La forma de la copa sirve a todos los vinos y los vinos que parecen ocuparla pueden no ser tales, o ser del color pero no del sabor declarados. Explicar formalmente el fenómeno jurídico permite entender el mundo del derecho, indagar por su relación con los contenidos, intenciones y manifestaciones, desmitificarlo. Es lo que ocurre cuando enfrentamos las declaraciones normativas subordinadas -leyes, decretos...-, al centro valorativo del sistema jurídico -la Constitución- y cuando tratamos de encontrar lo que media entre aquellas y éste.

Más que adelantar una búsqueda minuciosa de inconsistencias jurídicas -labor típica de la doctrina y la

jurisprudencia-, se trata aquí de presentar unas consideraciones generales sobre lo que, como se ha dicho, arroja un resultado desconcertante en la confrontación de un modelo jurídico-político que se presenta de una manera, pero se despliega y comporta de otra.

II

Una larga tradición formalmente modernizadora y el afán de soluciones simbólicas que reporten al estado rentabilidad política en términos de legitimidad o, por lo menos, de fortalecimiento rápido de imágenes institucionales, han puesto en el centro de nuestro sistema, es decir en la Constitución Política de Colombia, el más generoso cargamento dogmático

de valores. Un vino que bebería cualquiera.

Ahora no contamos con la mera garantía formal de los derechos civiles y políticos, sino que tenemos la oferta de los derechos sociales, económicos y culturales; aún más, los derechos colectivos o "del futuro" son ya nuestros. En fin, todas las declaraciones universales y continentales de derechos humanos, han sido recogidas por nuestra Constitución.

Pero si bien pueden adivinarse definiciones constitucionales o valores centrales generosos, ello no significa que tales bienes estén permeando la práctica jurídica y política. Algunos de los fenómenos que, de principio, implican dificultades en ese tránsito "del dicho al hecho" son: la consideración de la constitución como proyecto, la textura abierta de las normas constitucionales, el sometimiento de las disposiciones constitucionales al desarrollo legal y, las condiciones políticas y económicas del país y la estrategia reformista.

A. *La Constitución como proyecto.*

La huida al derecho para moldear comportamientos y resolver problemas, no obstante los resultados adversos de tal práctica, parece haber conducido, paradójicamente, a una especie de idolatría en relación con lo

jurídico; es decir, que se sigue confiando en el poder mágico de la norma. Pero si bien la eficacia de la norma no depende de su mera formulación, tampoco ello es apenas un ejercicio literario. Allí hay símbolos, efectos, fuerzas y voluntades -visibles e invisibles- que producen reacciones importantes en relación con la aplicación de la norma y los fines -declarados o no- que buscó o busca su promulgación.

Se hacen normas en busca de que su aplicación afecte algunas prácticas, pero también se producen normas para afectar algunas prácticas sin recurrir a su aplicación. En el caso de las constituciones ocurre algo parecido: algunas constituciones pretenden, sin ser aplicadas -es decir, con su mero efecto simbólico-, incidir sobre la realidad presente con la oferta de una realidad futura ideal; otras, rigen más o menos de manera plena, sin muchos condicionamientos y con imágenes o categorías más próximas.³ Las discusiones sobre el carácter normativo o imperativo de ciertas prescripciones constitucionales, suelen encontrar solución en este argumento.

En relación con lo anterior, dice Fabio Giraldo Jiménez, que

"Conviene [diferenciar] dos tipos de constituciones: las que son elaboradas con un criterio proyectivo o futurista, para ser

3. Un desarrollo excepcional sobre el particular, puede encontrarse en Mauricio García Villegas. *Derecho y eficacia simbólica*. Bogotá, Universidad de los Andes, 1994.

aplicadas a una sociedad determinada; son una especie de modelo de desarrollo, expresado jurídicamente, con el fin de moldear una sociedad; un ejemplo de este tipo es la constitución de 1863; y las que son elaboradas como expresiones propias del grupo social al que se aplican como la constitución de 1886. Estas tienen un carácter más reductivo que proyectivo y son, para decirlo metafóricamente, moldes extraídos de la realidad social en tanto que las del primer tipo son moldes propuestos o impuestos a la sociedad."⁴

La constitución de 1991 podría aparecer como un **proyecto**, en tanto no sólo los fines que ella presenta gozan de una naturaleza tal, sino que los derechos civiles y políticos y, con mayor razón, los económicos, sociales y culturales, aparecen entre nosotros apenas como una aspiración. Para verificar que los primeros son eso -un proyecto- bastaría con la consulta, en cualquier fuente, de los índices de desapariciones o de homicidios por razones políticas, o de los índices de criminalidad en relación con delitos

contra la vida y la integridad personal, entre otros; para hacerlo con los segundos podríamos proceder de la misma manera, o verificar la ausencia de mecanismos jurídicos para su protección o, inclusive, consultar la doctrina, la jurisprudencia o el derecho internacional, que los supeditan a las posibilidades económicas de un país. Así, ha dicho la Corte constitucional, que los derechos sociales, económicos y culturales "*encuentran su eficacia en el grado que corresponde a los niveles de desarrollo económico y social*. En un país avanzado, derechos como la salud o la educación son de manera concreta exigibles, por existir condiciones reales para ello."⁵

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por su parte, dice en el artículo 2º, que "*cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas [...], especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos*."⁶

Es de esperarse, entonces, que la reglamentación de disposiciones

4 Giraldo, Fabio Humberto. "Constituciones y Cultura Política 1863-1886". *Estudios Políticos*. No. 1. Medellín, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, 1992.

5. Corte Constitucional. Tutela T. 08 de mayo 18 de 1992.

6. Naciones Unidas. Recopilación de Instrumentos Internacionales. Nueva York, Naciones Unidas, 1988. p. 8.

constitucionales y su interpretación, estén matizadas por el carácter de proyecto político y no de mandato jurídico del texto fundamental.

B. La textura abierta de las normas constitucionales.

Una segunda dificultad para que **vivamos** lo que el constituyente ha escrito, es que no es él quien lo lee y, mucho menos, quien lo aplica o traduce. Eso, desde luego, obedece a la dinámica operativa democrática y, además, a la garantía fundamental que representa la división de poderes.

Mas allá de los vicios -deliberados o no- puestos en la norma por quien la hace o por quien la lee es una condición consustancial al derecho, no presentar formulas para todas las situaciones, sino contemplar generalidades:

“La complejidad del sistema, tanto en lo que se refiere a los hechos objeto de la regulación como a la regulación misma, hace infructuosa la pretensión racionalista [formalista] que consiste en prever todos los conflictos sociales posibles para luego asignar a cada uno de ellos la solución normativa co-

rrespondiente. En el sistema jurídico del estado social de derecho se acentúa de manera dramática el problema [...] de la necesidad de adaptar, corregir, acondicionar la aplicación de la norma por medio de la intervención del juez.”⁷

El gran riesgo, y lo que precisamente aporta la diferencia entre las palabras originales de la constitución y las de la ley, consiste en que el redactor de una constitución suele matizar su trabajo con lo que nuestro legislador ordinario, eventualmente, dirige el suyo: vaguedad o indeterminación. En el ámbito del derecho penal, por ejemplo, es bien conocida la arbitrariedad oculta tras la imprecisión con que son redactadas las normas que proscriben una conducta. Es lo que allí se conoce como “tipo abierto.”⁸

El primer ejemplo de esa condición difusa y relativa de las normas constitucionales y de la infinidad de posibilidades de interpretación jurídico política, puede encontrarse en la fórmula que define -o pretende definir- nuestro modelo jurídico político como *estado social de derecho*. A comentar con alguna intensidad este ejemplo, por considerarlo ilustrativo de lo

-
7. Corte Constitucional. Sentencia número T. 406 de junio 5 de 1992. Cfr. H. L. A. Hart. *El Concepto de Derecho*. Traducción de Genaro R. Carrio. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990. Particularmente el capítulo referido a “la textura abierta del derecho”, p. 153.
 8. Resulta paradigmático el delito de terrorismo y las conductas relacionadas con él, pues, las preguntas, dudas y opiniones en la calificación de un comportamiento son tantas como las que puedan llegar a la imaginación del juzgador.

que pretendo decir en relación con la dificultad para que el dicho constitucional sea el hecho normativo y práctico, dedicaré los siguientes apuntes.

Aún reconociendo que el modelo de Estado-el Estado Social de Derecho- por el cual nuestra Constitución política opta, se encuentra suficientemente caracterizado y localizado por la literatura especializada, debe admitirse que a la hora de su desdoblamiento en acciones jurídicas y políticas, plantea un verdadero problema dialéctico. Plantea un conflicto permanente entre el espíritu individual-Liberal-y el espíritu de grupo-Social. Un conflicto que, en el plano de lo concreto, se revela permanentemente en el debate sobre la prevalencia de derechos: del grupo o del individuo, las garantías individuales o el "interés general", los derechos civiles y políticos o los económicos sociales y culturales. En otras palabras y ejemplificando: el Derecho a la intimidad o el Derecho a la información.

Con referencia en esos dos polos -individuo y sociedad- que inspiran el régimen, se mueven instancias diversas de decisión jurídica, política y jurisdiccional. En el estado de cosas actual, caracterizado por la tendencia hacia el control de todas las instancias de decisión por la gubernamental ejecutiva, es de gran interés destacar el papel que ocupa el criterio "social y democrático" en la gestión de esta agencia.

Para ejemplificar el fenómeno de la relativización de la formulación

constitucional que habla de un modelo de Estado determinado, conviene aludir al comportamiento en materia de política criminal y al significado que en esa materia parece estar otorgando al "nuevo" carácter social del "extinto" Estado de Derecho.

La "moderna política criminal" en Colombia, que se manifiesta en los contenidos de la ley penal e indirectamente en los fallos judiciales, parece haber optado, en el plano de la dicotomía inicialmente planteada en este apartado -individuo Vs. sociedad-, por el extremo de lo social.

Existe, evidentemente, una contradicción entre actitudes políticas. Una incoherencia manifiesta: de un lado la opción por el Derecho Liberal Burgués en materia de política económica y, de otro, la opción por el Estado Social en materia de política criminal. Y, claro, podría ser otra la combinación, o podría no haber combinación alguna. La condición "abierta" de la fórmula lo permitiría.

Para ilustrar el espíritu social inspirador de la normatividad penal podría servirnos la ley 40 de 1993 y sus artículos 9 y 10. La consagración de los tipos de "omisión de informes" y "omisión de aviso", tienen un justificante que se aferra fundamentalmente del principio constitucional de la solidaridad y de la carta de deberes ciudadanos (C.N. arts. 1, 2 inc. final y 95): principio de pura estirpe social. El principio no es, por él mismo, nocivo; pero nada introduce más confusión y peligro en un ordena-

miento social, que un principio manipulado o sobrepuesto. No se hace más que fomentar lo opuesto a la solidaridad cuando ella es instrumentalizada y forzada.

La ley 40 de 1993 o estatuto antisequestro sacrifica el Estado garantista liberal (negando beneficios y subrogados y estableciendo penas desproporcionadas y excesivas) en favor del Estado Social (consagración de las figuras anunciadas).

Pero nuestro derecho penal, en atención a una constitución repleta de derechos civiles y políticos, debería ser *cuando menos* garantista en el sentido liberal del término y, en consecuencia, no debería renunciar a su carácter individualista. Un sistema podría exigir algunos comportamientos de convivencia que aparecieran como inspirados por la prevalencia del grupo sobre el individuo (delación, denuncia, señalamientos, colaboración...), en tanto haya protegido al individuo, reconocido su condición de miembro y acompañado con garantías y oportunidades. Es decir: cuando el rasgo social de un modelo político sea tangible, ese mis-

mo rasgo podrá, justa y racionalmente, matizar todas las relaciones e instituciones del grupo. *Entre tanto, preferimos otros riesgos; los riesgos del derecho penal liberal.*

En resumen, el sistema penal debiera, por la precariedad de nuestra formación social, en materia penal, atender la particularidad antes que el universo; privilegiar al individuo, protegerlo, antes que a "la sociedad" que, entre otras cosas, para la agencia criminalizadora, no es más que el segmento de población institucionalizado, formalizado, establecido. La sociedad que inspira protección, la que criminaliza, no coincide aquí con "lo social" que son "los otros", los criminalizados (disidentes, marginados, desempleados...)."9

Mientras el espíritu social de la fórmula constitucional debiera mediar en las relaciones económicas, el liberal -de derecho- debiera hacerlo en relación con el poder punitivo del Estado. Lo que ha ocurrido en Colombia es todo lo contrario. Proponer, como lo hago aquí, un tipo de intercambio distinto de la fórmula consti-

9. Dice Benjamín Arditi, al respecto, que la **sociedad** designa "la conquista de un espacio en el cual se han cristalizado institucionalmente las relaciones de poder de un proyecto ordenador, de una voluntad que articula lo fáctico con lo normativo para conformar un dominio codificado y gobernable. [Lo social, por su parte, es] el vasto territorio de fenómenos, identidades y «formas de vida» poco institucionalizadas y «nomádicas», que rebasan, eluden o desafían los esfuerzos desplegados por el «buen orden» para codificarlos y someterlos [...] La sociedad es el producto del conflicto -su resultante-, lo social es el lugar del conflicto". Benjamín Arditi. "Una gramática posmoderna para entender lo social". En: Norbert Lechner (Comp.). *Cultura política y democratización*. Santiago de Chile, FLASCO, CLACSO, ICI, 1987, p. 181.

tucional, es una muestra de lo que permite la textura abierta de la norma constitucional. Somos propietarios de un texto pero no de su sentido. Sobre este último, sin embargo, tendremos siempre una potencial propiedad.

C. *El constante sometimiento de las disposiciones constitucionales al desarrollo legal.*

Son múltiples los ejemplos de normas constitucionales -derechos, garantías y prescripciones orgánicas-supeditadas, con gran riesgo, al desarrollo legal. Un ejemplo de ellas lo presenta el artículo 15: "La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, *en los casos y con las formalidades que establezca la ley*".

Además, no son pocos los casos en que este sometimiento de la constitución a la ley, está acompañado de formulaciones de las denominadas abiertas. Es lo que ocurre cada vez que, tras mencionar un concepto difuso, el texto constitucional autoriza a la ley para definir instrumentos y mecanismos propios de ese concepto, por ejemplo, el artículo 21 dice que "se garantiza el *derecho a la honra. La ley señalará la forma de su protección*".

El compromiso social y estatal que refleja -o que pretende reflejar- la constitución, no parece compatible con todas las cláusulas de fuga que aparecen en el documento. La proliferación de ejemplos como los citados y de expresiones como , "la moral so-

cial", "con las limitaciones que establezca la ley...", "la ley podrá...", "el estado apoyará...", "el estado adelantará...", "el estado ampliará progresivamente...", "el estado fijará...", "salvo en lo definido por el legislador", "el estado promoverá...", "es deber del estado promover el acceso progresivo a...", no se compadecen con la certeza propia de un estado de derecho y permiten un acomodo de políticas y legislaciones tan diversas, que finalmente la constitución, como dicen algunos, "dirá mucho y no dirá nada".

Esta condición del sometimiento extremo de la constitución a la ley presenta, por cierto, alguna similitud con el tema de la textura abierta. La diferencia radica en que la norma sometida a desarrollo, condición y definición legal, *desde el texto constitucional*, autoriza un margen de interpretación legislativa muy amplio, cuyo control se torna más difícil por el juez, y que puede terminar -ese margen llenándose de contenidos coyunturales y parcializados, en favor de una mayoría eventual y no del régimen, digamos, "pactado" en la Constitución. Seguramente el juez de constitucionalidad hubiese encontrado enormes obstáculos a la hora de revisar la norma que penalizaba el consumo de "dosis personal", si en la norma constitucional sobre libre desarrollo de la personalidad pudiera leerse algo como "la ley determinará las limitaciones al libre desarrollo de la personalidad"; y el legislador, por su parte, tendría muchas, políticas y peligro-

sas, posibilidades de interpretación, a la hora de elaborar el estatuto de limitaciones.

Otros ejemplos de cómo ese "comodín" finalmente somete la constitución a la ley y no ésta a aquélla, relativizando el sentido que habíamos advertido en el texto constitucional, y de como, igualmente, termina interfiriendo negativamente en la relación entre los valores declarados del sistema y la normatividad que dice defenderlos y acatarlos, se encuentran en los derechos y garantías de inviolabilidad de correspondencia, libertad de circulación y residencia, y libertad personal e inviolabilidad de domicilio: "la correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, *en los casos y con las formalidades que establezca la ley*" (art 15); "*Todo Colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional...*" (art. 24); "Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente..." (art. 28).

Una prueba entonces de la modificación de sentido en razón de la cláusula de desarrollo legal, es que la ley 137 de 1994 o ley estatutaria de estados de excepción, al establecer - en la intención de reglamentar los tres eventos que se acaban de citar- las

formalidades y limitaciones autorizadas por la constitución y, haciendo uso del comodín, dijo: "cuando existan circunstancias de urgencia insuperables y sea necesario proteger un derecho fundamental en grave e inminente peligro, la autorización judicial previamente escrita *podrá ser comunicada verbalmente*". Pero, "Cuando las circunstancias [de urgencia] se presenten y sea imposible requerir la autorización judicial, *podrá actuarse sin orden del funcionario judicial*" (artículo 38, literales e, f y n).

Estamos hablando, recuérdese, de detención preventiva de personas, inspecciones o registros domiciliarios y de interceptación o registro de comunicaciones; es decir, de afecciones a los puros derechos civiles que dicen soportar el espíritu liberal del modelo.

En refuerzo de todo ese fenómeno de relativización constitucional acude siempre, por supuesto, la doctrina justificadora; la cual, para el caso, ha esgrimido la teoría del núcleo fundamental o contenido esencial de los derechos creando un margen de actividad restrictiva del derecho. Es decir, mientras no se afecte la esencia del derecho, mientras no se toque su núcleo, el derecho puede ser limitado. Aquí, nuevamente, es el legislador primero y luego el juez quienes cuentan con la tecnología microscópica para observar ese organismo nuclear y compuesto en que se ha convertido el derecho fundamental. Que sean ellos, es apenas procedente; que sea esa la justificación para su actividad,

es lo que, otra vez, sorprende al ciudadano.

Esta teoría del núcleo fundamental, se encuentra ya plasmada, y vestida de garantía, en los textos de la ley: "Durante el Estado de Conmoción Interior el Gobierno tendrá además la facultad de [...]: a) restringir, *sin que se afecte su núcleo esencial*, el derecho de circulación y residencia.[...]. Igualmente podrá exigir a personas determinadas que comuniquen, con una antelación de dos días, todo desplazamiento fuera de la localidad en que tengan su residencia habitual" (Artículo 38, ley 137 de 1994).

Vale la pena, para terminar este apartado, apenas mencionar otra puerta de salida con que contó el interprete de la constitución. Se trata de los artículos transitorios que dieron lugar a la formación del llamado "congresito" y que permitieron hacer permanentes, medidas de puro contenido excepcional y de dudosa esencia constitucional. Basta, para el caso, consultar toda la legislación de Orden Público o Regional, en concordancia con los artículos transitorios 5 al 8, de la Constitución.

Una constitución entonces cuyo sentido, además de ser abierto por naturaleza, lo es por autorización constitucional y por vía de la ley, no tiene posibilidad alguna de contar con

un sentido más o menos unificado, sólido o consensual en favor siempre, claro está, de quienes no cuentan con el poder de definición e interpretación, de quienes cuentan apenas con su "opinión" en el marco de lo que creyeron haber pactado: un estado social de derecho, pluralista, democrático y participativo.

D. Las condiciones políticas y económicas en el país y la estrategia reformista.

El estado de crisis en que vive el país y el proyecto jurídico y político modernizador, forman, históricamente, un par recurrente. Ante la aceptación formal de la presencia de lo primero, aparece siempre la respuesta "terapéutica" de lo segundo. Al respecto, dice Manuel Alberto Alonso, que

"El tema de la modernización de las instituciones no es nuevo en el país. Históricamente aparece en los períodos de crisis como el instrumento que sustenta, en lo simbólico y real, las consignas del reformismo y del cambio. En este sentido, la modernización de las instituciones es una de las consignas utilizadas por los diferentes gobiernos para afrontar los problemas de la gobernabilidad"¹⁰.

Es como si la normativa pretendiese, cada vez con mayor insistencia,

10. Manuel Alberto Alonso Espinal. "La modernización de las instituciones. Neoliberalismo y democratización". *Estudios Políticos*. No. 3. Medellín, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, enero-junio de 1993. p. 29.

hacer moderna una sociedad que, en términos políticos y económicos, responde apenas a una realidad premoderna.

No sin razón se ha dicho que toda la moderna ingeniería política se adivina como un proyecto del siglo XXII para una sociedad del siglo XVIII.

Si bien resulta innegable la aparición de canales jurídicos de participación y de pretensiones democráticas formales, no es menos cierto que la persistencia y aún el fortalecimiento de un régimen económico excluyente, que se apoya ahora en los errores del estado asistencial, no parecen posibilitar una salida en favor de la igualdad real pregonada por el modelo. El sueño del "nuevo país" resulta interrumpido por la vieja práctica política y el retorno económico a la fe en el mercado. Retorno que, sin embargo, refuerza la imagen externa de un país económicamente sólido y la realidad de una sociedad con profundas desigualdades. Los titulares de los análisis económicos y políticos siguen creando un desconcierto que, sin embargo, no tiene por que confundirnos: "A la economía le va bien pero al país le va mal".

La burda instrumentalización entonces de lo jurídico, en favor de intereses ajenos al mejoramiento real -y no apenas simbólico- de las condiciones sociales, y la persistencia no sólo de la crisis, sino también de la terapia tradicional, permite que al

examinar la relación entre constitución y normativa reglamentaria, o lo que es lo mismo, entre valores declarados en la constitución y bienes perseguidos y obtenidos por la ley, se adivine fácilmente la distancia de que venimos hablando. De la relación de esos dos niveles con los hechos, al parecer, no es siquiera pertinente encargarnos.

III

La aspiración de ver el proyecto constitucional reflejado en los textos legales, y unos y otros en los hechos, cuenta con la tarea de vencer la intermediación problemática de factores como los que aquí se han presentado. Entre tanto, seguir acudiendo a los elementos del sistema, a las relaciones lógico formales y a los contenidos definidos positivamente, en busca de los valores fundamentales vigentes en el grupo social, constituye un camino errado y frustrante. Allí encontraremos sólo los valores declarados o nominales. Por ello, cobran alguna vigencia las palabras de Ferdinand Lassalle: "Los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de *derecho*, sino de *poder*; la verdadera Constitución de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen [...]"¹¹

La averiguación por los verdaderos valores constitucionales, o si se prefiere, su desmantelamiento, debe

11. Ferdinand Lassalle. *¿Qué es una Constitución?*. Barcelona, Ariel, 1989. p. 119

adelantarse, no en el centro del sistema jurídico, sino en el ámbito de la legislación, de la jurisprudencia y en el de la llamada "puesta en obra" de las normas.¹² Esos valores serán, claro está, los valores constitucionales *reales*. En otras palabras, democracia, participación, dignidad, pluralismo, son la materia de nuestra *constitución* política en la misma medida que ellos salgan del texto constitucional para plasmarse, ya operativamente y sin perder su original sentido, en el texto legal y en el mundo de los hechos.

Al parecer pues, tratándose de una constitución, la disputa en torno a las palabras que pondremos en ella es de menor importancia, si se advierte que lo determinante radica en el sentido que esas mismas palabras adquieren.

A una constitución que casi naturalmente se abre a infinidad de sentidos y frente a los cuales aparece como primer intérprete un legislador ordinario lleno de vicios, o uno excepcional y guerrero, como el nuestro, sólo le queda la alternativa del juez.

Alternativa eso sí, que sólo será tal hasta que ese órgano sea, más que un vigilante pasivo del compromiso **simbólico** constitucional, un canal de ejecución y cumplimiento **material** de ese compromiso. Y para ello obviamente se requiere, ante todo, un juez más constitucional que legal; pues como dice Claudio Souto:

"El buen juez, el juez honesto, el juez cultor de las teorías puramente formales sobre el derecho, el juez imparcial, el juez severamente virtuoso por tener los ojos vendados para todo lo que no fuese lícito o legal, *el seguro servidor de la ley*, se torna [...], por una cruel paradoja, en servidor fiel -frecuentemente inconsciente de ello- de los intereses de los dueños del poder económico y del poder político. *La opción del juez por la ley*, imposibilita [...] cualquier opción fundamental por los que estuviesen al margen de los beneficios económicos y políticos..."¹³

-
12. A este concepto de "puesta en obra" de las normas se refiere Mauricio García Villegas en su trabajo sobre "derecho Constitucional y estrategia política". *Estudios Políticos*. No. 1. Medellín, Instituto de Estudios políticos, Universidad de Antioquia, 1992. p. 35. "[...] una constitución no sólo se reforma para que cambien las prácticas jurídicas, sino también para que mejoren las relaciones políticas entre gobernantes y gobernados; el objetivo de la creación de una nueva constitución no esta primordialmente en la búsqueda de nuevos comportamientos a través de la aplicación [puesta en obra] de nuevas normas, sino en la creación de ciertas representaciones colectivas a través de la promulgación de nuevos derechos. El poder de la constitución -de todas las constituciones- es fundamentalmente simbólico y no jurídico".
 13. Claudio Souto. "Magistratura Brasileira e ideología formalista". *Sequencia. Estudos Jurídicos e Políticos*. No. 19. Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, Dezembro, 1989. p.11. El subrayado no pertenecen al texto original.

Ese juez, para que pueda mediar en la sociedad y entre el grupo y su gobierno, en la definición de sentidos y solución de conflictos, también "requiere de independencia [...] para ser imparcial, es decir, para poder ser un tercero sobre las partes[...]. Pero por regla general esta imparcialidad tampoco es bien comprendida, pues suele identificársela con una imagen estereotipada del juez concebido como una persona sin ideas y desvinculada de los problemas de su comunidad, es decir, lo que alguna vez hemos llamado el "juez aséptico" y que algún autor ha satirizado como el "juez eunuco".¹⁴

IV

El panorama, en términos generales, no es alentador para quienes han creído en la capacidad reguladora de la constitución o para quienes aún ven poderes mágicos en la ley fundamental. Pero existe un ámbito normativo en el que ese panorama se encuentra especialmente nublado: el ámbito del derecho penal.

En esta agencia jurídica, desentrañar el espíritu constitucional resulta especialmente difícil, por cuanto ella es, entre nosotros, la primera vía de control social; un mecanismo de emergencia para una sociedad en

crisis. Un instrumento que, por tanto, cuenta con un especial control de constitucionalidad. Un control flexible por supuesto. No uno más rígido, como debiera de esperarse en un estado de derecho.

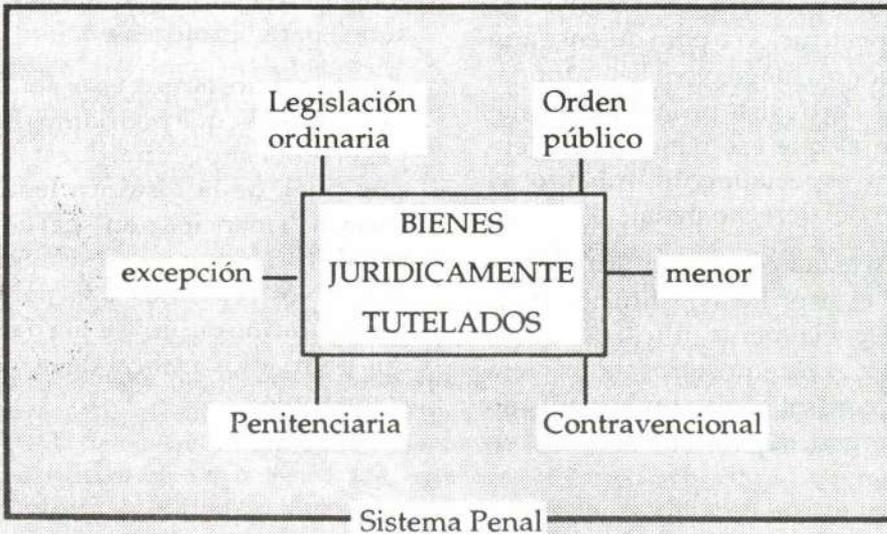
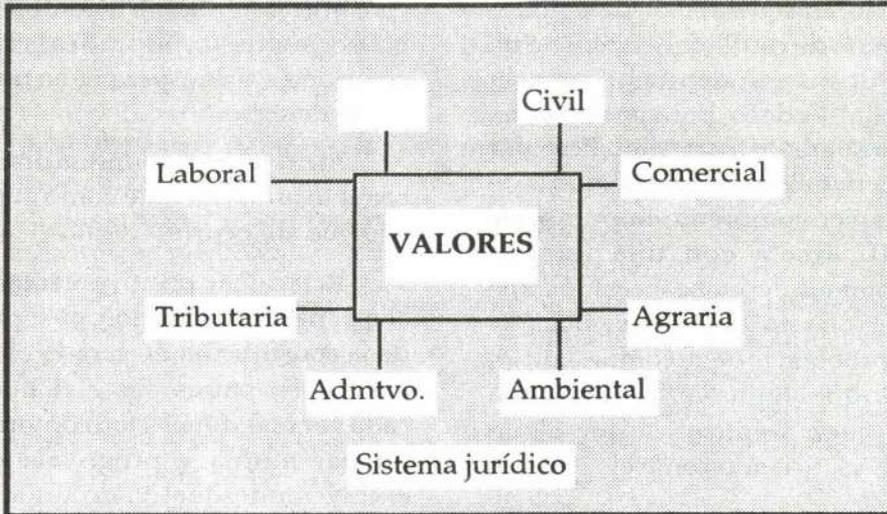
Me referiré a continuación, más como insinuación que como análisis, a lo que allí ocurre.

Relacionar positivamente derecho penal y constitución, en términos de la constitución declarada o nominal, es, en países como el nuestro, cada vez más difícil. Han conformado un par mutua y progresivamente excluyente desde el crudo autoritarismo de otros tiempos hasta el inefable efficientismo judicial moderno. Son un par, sin embargo, en el que se adivina una relación utilitaria: coyunturalmente el derecho penal se hace de la constitución para legitimarse; esta de aquel, para "protegerse".

Entre nosotros existe tal divorcio entre ellos, que podríamos hablar, y es el propósito central de esta anotación final, de la histórica tendencia hacia la "emancipación" del derecho penal en relación con el sistema jurídico. Nos referimos a la paulatina configuración de un sistema paralelo, que podríamos graficar de la manera como sigue.

14. Eugenio Raúl Zaffaroni. "Dimensión política de un Poder Judicial democrático (II)". *Perfiles Liberales*. No. 34. Bogotá, Fundación Friedrich Naumann, 1994

Política



No es el objeto de este trabajo justificar un modelo penal determinado, ni siquiera tal vez un modelo penal -suficientes han sido los aportes del "abolucionismo"¹⁵ como para no suponer que tal intención requeriría de un debate muy amplio y cuidadoso-; lo único que pretende es mostrar cómo, por obra de la falta de correspondencia entre constitución y ley, un supuesto y declarado sistema penal garantista y liberal como el delineado en nuestra constitución, aparece desfigurado en su desarrollo legal y prestando su atención a intereses no declarados jurídicamente. Ello permite, de paso, obtener algunas pistas sobre el verdadero sentido del instrumento jurídico y el valor real de las declaraciones y los contenidos políticos del sistema.

Los valores constitucionales no son precisamente los bienes tutelados por el derecho penal. Un trabajo extenso que acate la vía que aquí se sugiere, podría, con alguna autoridad dogmática-

ca y procesal, presentar una minuciosa relación entre las figuras constitucionales que orgullosamente muestran un derecho penal liberal y las categorías penales que tristemente configuran un "modelo" represivo acaso digno de tiempos de inquisición. Y cuando digo modelo lo hago para que se sepa de que hablo, pues realmente el término resulta forzado por cuanto alude a una sistematización de cosas, a una mínima organización de conceptos, que en el mundo de nuestra producción penal no es fácil encontrar. Tenemos un modelo que dice que no hay modelo alguno. Un modelo que podríamos llamar **de emergencia**. No en el mero sentido de la excepción, sino en el sentido de la única permanencia adivinable.

Quisiera, sin embargo, proponer, rápidamente, en el cuadro que sigue, algunos problemas que ilustran la difícil viabilidad de un discurso al que se llame, positivamente, derecho penal y constitución.



Instituto de Estudios Políticos
Unidad de Documentación

-
15. El pensamiento abolicionista se presenta con la mayor radicalidad, pero también de la manera más clara, en las palabras de Louk Hulsman. Para consultarlo, puede verse su entrevista con J. Bernat de Celis. *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: hacia una alternativa*. Barcelona, Ariel, 1984.

Lo que dice la constitución	Lo que dice el derecho penal
<ul style="list-style-type: none"> - Juez natural o legal, igualdad - No dilaciones injustificadas - Proceso público y derecho de defensa - Presunción de inocencia - Democracia, pluralismo, tolerancia, autonomía local... - No tratos crueles - No cadena perpetua - Intimidad, libertad de locomoción 	<ul style="list-style-type: none"> - Tribunales especiales, fuero militar. - Términos exagerados, ausencia de términos y prorrogas excepcionales - Jueces sin rostro, testigos y pruebas secretas. - Detención preventiva y decisión en instrucción sobre libertad. - Criminalización antidemocrática, expropiación de conflictos. - Penas de 60 años y prisiones "incómodas"* - Poderes excepcionales con moción interior

La evidente distancia entre constitución y reglamentación, en materia penal, obedece a que **el derecho penal no es una fórmula de protección de valores constitucionales declarados; es una fórmula de protección de valores constitucionales no declarados**; es también, un instrumento de guerra de un Estado que no ha podido ser superior-acasoni siquiera ética-

mente- a su enemigo. Y, téngase presente, aquí no hemos hablado de la maquina penal en acción, sólo de ella en reposo.

Una cosa es adivinar la disfunción y el peligro teóricos, eso causa tristeza académica; pero otra, que no causa tristeza académica sino que suele costar vidas, es verificar esa disfunción, y otras, donde ellas se concretan.

* Existe una mayor sensatez en el uso de la expresión "prisiones incómodas" que en el de "prisiones inhumanas". Resulta tan difícil pensar una prisión para lo humano como una jaula para la libertad.