



Sin título
(de la serie: *Sujetos desde adentro*).
Acrílico sobre lienzo
70 x 50 cm
2000

***LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO:
ENTRE EL MIEDO Y EL OLVIDO***

El ideal de la libertad misma no parece un ideal muy razonable en una sociedad en la que domina el miedo a los riesgos.

Las sociedades de riesgo tienden a generalizar los peores casos para legitimar las violaciones a la libertad

Sebastián Scheerer

RESUMEN

El artículo pretende mostrar todos los peligros que engendran, para el estado de derecho y las garantías y libertades individuales, los instrumentos normativos que se han diseñado para combatir el terrorismo. La forma como esta lucha se articula con las llamadas sociedades de riesgo y finalmente, la gran utilidad, como fuente legitimadora de esta nueva normatividad, que ofrece la llamada dogmática moderna (funcionalismo radical).

Palabras clave: terrorismo, estatuto antiterrorista, miedo, sociedad del riesgo, funcionalismo radical, nueva dogmática.

THE STRUGGLE AGAINST TERRORISM: BETWEEN FEAR AND FORGETFULNESS

ABSTRACT

The article pretends to show all the dangers that the normative instruments that have been designed to fight against terrorism creates, for a Social Right State and for the guaranties and individual liberties. The way in which this struggle links the called risk societies and finally, the utility, as a legitimately source of this new normativity that offers the called modern dogmatic (radical functionalism).

Key words: terrorism, antiterrorism statute, fear, risk society, radical functionalism, new dogmatic.

LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO: ENTRE EL MIEDO Y EL OLVIDO

Cuando hablamos de normatividad antiterrorista, tenemos que hablar, por una necesidad que ya parece tanto lógica como histórica, de recortes básicos a la libertad y a otras garantías del individuo, y por lo tanto, de una degradación del Estado Liberal de Derecho.

Esta es una historia que entre nosotros nos evoca el viejo estado de sitio y que tiene un punto muy alto en el Estatuto de Seguridad de la época de Julio César Turbay Ayala (1978-1982). En Europa se produjeron legislaciones similares en los años setenta en medio de la lucha antiterrorista especialmente en Italia, Alemania, España, Francia e Inglaterra.

Este escrito tiene como pretexto examinar el proyecto de acto legislativo contra el terrorismo y los dos proyectos de ley sobre la misma materia. Y digo que tiene como pretexto esos proyectos porque lo que se pretende mostrar básicamente es: primero, que frente a estos proyectos resultan pertinentes casi todas las críticas y reflexiones que se han hecho sobre el Estatuto de Seguridad y demás normas de Orden Público producidas, por lo menos, durante los últimos veinticinco años; en segundo lugar, que estos proyectos ya no los podemos seguir leyendo *sólo* como el desvarío de unos estados autoritarios, sino que la teoría y sobre todo la dogmática penal “moderna”, han ido creando un espacio que les quita —a todas esas legislaciones— el carácter de insoportables y las hacen, inclusive, deseables. En consecuencia creo que no podemos seguir amparándonos sólo en el autoritarismo de nuestro Estado, sino que debemos examinar autocríticamente cuál ha sido el papel de nuestra ciudadanía, de nuestros operadores jurídicos y de nuestros académicos, en la construcción de estas medidas y en la creación de un ambiente cultural y político que ya las hace sentir tan naturales.

Para tratar de alcanzar esos objetivos, desarrollaré los siguientes aspectos:

1. El terrorismo y su inaprehensible contenido.
2. La constante monotonía de las normas excepcionales y de la legislación antiterrorista.
3. ¿Por qué no quedarnos como estábamos? O la utilidad de las normas antiterroristas.
4. La sociedad del riesgo.
5. La dogmática del riesgo o los riesgos de cierta clase de dogmática.

1. EL TERRORISMO Y SU INAPREHENSIBLE CONTENIDO

La primera dificultad que surge al comentar una normatividad antiterrorista, es la carencia de un referente material para enjuiciarla. Hace muchos años tenemos estatutos, leyes, decretos y medidas de toda clase *contra* el terrorismo; tratados y convenios internacionales *sobre* el terrorismo y, obviamente, sentencias y personas condenadas por terrorismo, pero aún no hemos podido saber qué es el terrorismo. Es cierto que tenemos algunas imágenes más o menos claras sobre un acto terrorista: dos aviones entrando en las Torres Gemelas, un carro bomba en un centro comercial, una carga de dinamita que explota contra desprevenidos transeúntes... Pero hay otras imágenes cuya clasificación como terroristas resulta demasiado complicada: paralizar el tránsito en una vía pública para protestar o abandonar los puestos de trabajo; pero sobre todo, es inaceptable que se califique como terrorismo o siquiera como complicidad con él, el hecho de expresar ciertas opiniones o de mostrar simpatía por algunas causas que moral o políticamente se han vuelto intocables para las mayorías. Sin embargo, casos se ven y se oyen.

Para desencanto de los *neos* que consideran que el mundo comenzó con ellos, el terrorismo no empezó con nosotros. A los anarquistas rusos del siglo XIX se les conoce, también, como terroristas. La Primera Guerra Mundial del siglo XX se desencadenó a raíz de un atentado, calificado como terrorista, contra el príncipe heredero del imperio austro-húngaro. Es probable entonces que el terrorismo como se concibe hoy no tenga nada de nuevo, y que lo novedoso sea la utilización que de él se hace: A partir del 11 de septiembre de 2001, ya ha servido para "justificar" la destrucción de dos países, poner en crisis a las Naciones Unidas y mantener en constante amenaza y autoamenaza, a varios estados. Casi todos los demás han tenido que modificar su legislación.

[...] el día 29 de septiembre de 2001 el Consejo de Seguridad de la ONU, en una decisión sin precedentes, a propuesta de EE.UU., aprobó una resolución que obliga a los 189 países miembros a "luchar contra el terrorismo". A pesar de afirmarse que "el terrorismo es uno de los mayores problemas del siglo XXI", y de no hacer diferencia entre terrorismo internacional y local, EL TEXTO NO DEFINE LO QUE ES TERRORISMO. La concreción se deja al arbitrio del Comité de Seguridad, creada dentro del propio Consejo; comité controlado por EE. UU. [...]

Poco a poco se va creando una red internacional de países que, de una forma u otra, apoyan la citada declaración de guerra. Países que mantienen regímenes que causan terror (Rusia en Chechenia; Israel en Palestina; China en el Tíbet y la región musulmana de Xinjiang; Indonesia en Timor Oriental; India en Cachemira; Asia Central... y la Unión Europea, por primera vez en la

historia no declaran la guerra a un Estado, ni a un pueblo. El enemigo es difuso, y lo que es más preocupante, el término está por definir.¹

Indudablemente que las palabras terrorismo y terrorista, tienen un discreto encanto. Al hecho innegable de que están de moda (*el terrorismo es uno de los mayores problemas del siglo XXI*, se nos repite sin tregua) hay que agregarle su inmensa capacidad para hacer más impactantes los titulares de prensa y su gran rendimiento como dispositivo sintético: nos permite englobar en un solo término aquellos hechos que un ejercicio analítico, un poco más tedioso, nos mostraría como simples delitos comunes, probablemente agravados: homicidios, lesiones personales, secuestro, constreñimientos ilegales, porte y tráfico de armas; es decir, modestas entidades contempladas en los códigos penales desde hace mucho tiempo.

Es decir, que si lo que se quiere es sancionar aquellos actos que, a veces con precisión y a veces con exageración y manipulación, llamamos terroristas, no es necesario establecer nuevas leyes, ni estatutos especiales porque los códigos penales se ocupan suficientemente de su proscripción y de su sanción... inclusive, del terrorismo.

2. LA CONSTANTE MONOTONÍA DE LAS NORMAS EXCEPCIONALES Y DE LA LEGISLACIÓN ANTITERRORISTAS

Ya estamos acostumbrados a que cuando nuestros legisladores ordinarios o extraordinarios dictan un estatuto penal, para proteger algo o para atacarlo, recorran un camino largamente conocido. Esa es la razón por la cual hoy, cuando se pretende expedir otra legislación antiterrorista, podemos citar, sin que se note el paso del tiempo, las palabras del ex vicefiscal Adolfo Salamanca Correa, cuando en 1991 caracterizaba la legislación de orden público de la siguiente manera:

1. Desde el punto de vista sustantivo, por la creación de numerosas figuras delictivas; por lo que suele ser más peligroso, por la extensión del tipo delictual a través de redacción vaga y defectuosa de la norma, por el aumento de penas; por la imposición de penas subsidiarias, por la eliminación de subrogados penales; por la disminución o supresión de circunstancias de atenuación y aumento o creación de las de agravación.

2. Desde el punto de vista del procedimiento, cuando se limitan los beneficios procesales, se restringen los recursos contra decisiones relativas a la

1 ZULUETA, Endika. "Se ha declarado la guerra al terrorismo, pero, ¿Qué es el terrorismo?". *Viejo Topo*, N.º 162, febrero de 2002, p. 32.

privación de la libertad y, en fin, cuando se limita el derecho de defensa, la actividad del apoderado o defensor, la contradicción de la prueba, etc.

3. Desde el punto de vista penitenciario, cuando se desmejoran las condiciones de vida en la reclusión, se dificulta el acceso al trabajo, al estudio o a la enseñanza; se incomunica al recluso por más tiempo del permisible; se le aísla de sus familiares o de los medios de cultura o recreación.

Baste a manera de ejemplo —añadía Salamanca Correa— la definición de terrorismo en nuestra legislación ordinaria, en los que a la vaguedad de los términos “ambientes de zozobra”, “perturbación de orden público”, “medios de destrucción colectiva” que tienden a convertir esta norma en un mecanismo genérico contra lo que se ha dado de denominar “subversión”.²

Pero tal vez la característica más importante de estas legislaciones extraordinarias es su gran ineficacia para combatir la delincuencia que le sirve como pretexto. Después de expedir la ley antisequestro en 1993, el delito de secuestro llegó a sus máximos topes históricos; desde 1996, cuando se expidió la primera ley sobre violencia intrafamiliar, estos delitos, en lugar de decrecer, hoy en día ocupan el primer lugar entre la delincuencia denunciada en el país. Podríamos multiplicar los ejemplos pero igualmente podríamos aducir contraejemplos: si como dice el gobierno en su balance del primer año de gestión, se ha producido una considerable disminución de la criminalidad, incluidos los actos terroristas —y esto sin haber aprobado aún los proyectos antiterroristas— ¿no será eso acaso prueba de la inutilidad de esos proyectos o de que simplemente los instrumentos legales que hoy existen bastan y hasta sobran para que el Estado cumpla sus funciones?

Pretender tomar esta última pregunta en serio sería tan ingenuo como creer que el derecho penal se utiliza (sólo) para combatir la delincuencia. Sabemos que el derecho penal tiene otras funciones más importantes que esas: “[...] la aprobación de la norma en sí y su publicación *son* la solución, evidentemente, aparente. Y aquí se muestran los supuestos de derecho penal “meramente simbólicos” como verdadera manifestación del *esprit du temps*”.³

Lo que sucede es que en realidad la denominación “derecho penal simbólico” no hace referencia a un grupo bien definido de infracciones penales caracterizadas por su inaplicación, por la falta de incidencia real en la “solución” en

2 SALAMANCA CORREA, Adolfo. “La legislación antiterrorista en Colombia” En: *Derecho penal, terrorismo y legislación*. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá, 1991, pp. 85-86.

3 CANCIO MELIÁ, Manuel. “Dogmática penal y política criminal en una teoría funcional del delito”. En MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coordinador). *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Gunther Jakobs*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Bogotá, 2003, p. 98.

términos instrumentales. Tan sólo identifica la especial importancia otorgada por el legislador a los aspectos de comunicación política a corto plazo en la aprobación de las correspondientes normas. Y estos efectos incluso pueden llegar a estar integrados en estrategias mercadotécnicas de conservación del poder político, llegando hasta la génesis consciente en la población de determinadas actitudes en relación con los fenómenos penales que después son “satisfechas” por las fuerzas políticas.⁴

En otras palabras, la persistencia en estos proyectos no se debe a la idea de que ahora sí se tendrían instrumentos para combatir el terrorismo, sino que, desde el punto de vista del gobierno y seguramente del Congreso, se podría decir que ahora sí se ha “solucionado” el problema. Otra vez, la magia de las normas. O para decirlo más crudamente: cuando no tenemos o no queremos buscar una solución, dictamos una ley.

3. ¿POR QUÉ NO QUEDARNOS COMO ESTÁBAMOS? O LA UTILIDAD DE LAS NORMAS ANTITERRORISTAS

El derecho penal simbólico explica, por lo menos en parte, la gran ineficacia de estas normas para reducir la criminalidad, entre otras cosas porque no es posible establecer ninguna correlación entre el aumento de la normatividad penal y la disminución de la criminalidad, como lo ha dicho el profesor Juan Fernández Carrasquilla:

La verdad es, sin embargo, algo paradójico: aumento de criminalidad e incremento o expansión del derecho penal se mueven regularmente en la misma línea del péndulo, sin depender causalmente uno del otro. En los últimos treinta años, en todo el mundo occidental han aumentado ambos parejamente. Esto indica que ni la mayor criminalidad es la causa de la intensificación del derecho penal, ni este aumento parece tener incidencia sobre los índices de criminalidad.⁵

Pero que las leyes penales, en general, y las antiterroristas en particular, no sirvan para disminuir la delincuencia o el terrorismo, no quiere decir que sean inútiles: son una respuesta muy adecuada a la demanda de seguridad basada en el miedo y una solución instantánea a ese reclamo.

4 *Ibidem*, p. 104.

5 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho penal liberal hoy. Introducción a una dogmática axiológica jurídico penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002, p. 205.

El miedo, cuando se trata del terrorismo, es irracional, amorfo; es un miedo a lo desconocido, a lo omnipresente, lo que puede llegar —o a lo que pueda llegar— desde cualquier lado. También es un miedo sin rostro y que se presenta como la amenaza de una fuerza absoluta contra unos seres indefensos. El terrorista es así visto como un ser de las tinieblas, sin rostro, sin razones; si se quiere, inclusive, inhumano. No es sorprendente por eso que Robert S. Gerstein haya tenido que hacerse, hace muchos años, la siguiente pregunta: ¿Tienen derechos los terroristas?⁶

El gran problema de plantear la lucha contra el terrorismo en esos términos, es que *el gran monstruo*, así temido y descalificado, no es extraterrestre. Se entiende que está entre nosotros: puede ser el compañero de trabajo, el vecino del barrio, el amigo de nuestra infancia, el presidente de la junta de padres de familia o la directora de las madres comunitarias. Por lo tanto, las medidas para combatir al monstruo se dirigen contra todos los ciudadanos y, como él, coparán todos los escenarios de la vida pública y privada.

El terrorismo es hoy en día, para decirlo en términos muy paisas, “la silleta emblemática” de la delincuencia: es un fin, son unas actividades, es un delito, puede confundirse y manifestarse en cualquier delito, es monstruoso, es irracional, omnipotente, ubicuo.

El delito y el delincuente son dispositivos históricamente utilizados para producir y explotar el miedo de la gente. Como lo señaló Michel Foucault:

¿Por qué siguen existiendo las prisiones a pesar de resultar contraproducentes? Yo respondería: precisamente porque producen delincuentes y la delincuencia tiene cierta utilidad económico-política en las sociedades que conocemos. Podemos desvelar fácilmente la utilidad económico-política de la delincuencia: primero, cuantos más delincuentes haya, más crímenes habrá, cuantos más crímenes haya, más miedo habrá en la población, y cuanto más miedo haya, más aceptable e incluso deseable será el sistema de control policial. La existencia de ese pequeño peligro interno permanente es una de las condiciones de aceptabilidad de este sistema de control, lo que explica por qué en los periódicos, en la radio, en la televisión, en todos los países del mundo sin excepción alguna, se dedica tanto espacio a la criminalidad, como si cada día se tratase de una novedad. Desde 1830, en todos los países del mundo se han desarrollado campañas sobre el tema del crecimiento de la delincuencia, hecho que no ha sido demostrado nunca; pero esta supuesta presencia, esta amenaza, este crecimiento de la delincuencia, es un factor de aceptación de los controles.⁷

6 GERSTEIN, Robert S. “¿Tienen derechos los terroristas?” En RAPOPORT, David C. *La moral del terrorismo*. Trad. Marta L. Guasavino y Salvador Biscarri, Ariel, Barcelona, 1985, pp. 95 ss.

7 FOUCAULT, Michel. “Las mallas del poder” En *Ética, estética y hermenéutica*. Trad. Ángel Gabilondo, Paidós, Barcelona, 1999, p. 247-248.

Ese miedo a la delincuencia parece ser más productivo cuando se logra condensarlo en una sola idea que concentre todas las amenazas y explique todos los peligros.

Entre la interesante pero no abundante literatura en ciencias sociales en torno a los miedos desde una perspectiva sociocultural, ha sido Lechner el que ha venido planteando un tema fundamental, por él llamado “**apropiación autoritaria de los miedos**”, que hace un énfasis en la manera en que las dictaduras militares del cono sur explotaron los miedos “naturales” de la sociedad para afirmar su dominio. El miedo al caos y al desorden social, representado en el período “glorioso” de las dictaduras, por los “comunistas” y la gente de “izquierda” principalmente, permitió en buena medida la impunidad con la que durante mucho tiempo operaron estos gobiernos militares con la complicidad de las clases poderosas y reducidos intelectuales. El aporte de Lechner, más allá de su estupendo análisis sobre las democracias modernas, es el volver visible la dimensión política del miedo.⁸

La reciente historia de América Latina nos permite ver este enemigo concentrado a través de tres imágenes: la subversión, el narcotráfico y el terrorismo. El profesor Emiro Sandoval Huertas, en su ya histórico trabajo, muestra la imagen de la subversión que se construyó desde la teoría de la Seguridad Nacional:

[...] no es necesariamente armada (la subversión), ya que se manifiesta en forma de movilizaciones, huelgas, *aplicación de ciencias sociales comprometidas*, infiltración en escuelas y universidades. Todos estos mecanismos se tornan cada vez más sutiles, y el peligro se cierne sobre nosotros y nuestros seres más queridos. Tenemos una grave responsabilidad sobre nuestros hombros, la de combatir contra un enemigo que no se puede reconocer ni saber cuándo dará su golpe. Por eso hay que estar prevenidos para contrarrestar sus acciones o tomar la ofensiva en caso necesario.⁹

Cuando el presidente de los Estados Unidos, Richard Nixon, en la década de los años setenta, definió las drogas como un problema de la seguridad nacional de los Estados Unidos y el presidente Reagan, una década más tarde, como una amenaza contra la humanidad, no estaban haciendo otra cosa que siguiendo esta lógica: un enemigo indefinible, proteico, que se expresa de mil maneras y al que hay que combatir en los más mínimos detalles y en los más amplios espacios. Esta misma lógica es la que permite, por ejemplo, que se pueda afirmar, sin ruborizarse, que quien se fuma un cigarrillo de marihuana está colaborando con el terrorismo.

8 REGUILLO, Rossana. “Los laberintos del miedo. Un recorrido para fin del siglo”. En *Revista de Estudios Sociales*. Facultad de Ciencias Sociales, Uniandes/Fundación Social, enero de 2000, p. 66.

9 SANDOVAL HUERTAS, Emiro. *Sistema Penal y Criminología Crítica*. Editorial Temis Librería, Bogotá, 1985, p. 91.

Esta lógica, como en el caso de las drogas, permite construir unos enemigos demasiado útiles como lo ha puntualizado Nils Christie:

Los buenos enemigos son *odiados* por la población, cuanto más odiados, son mejores. Eso une a la población.

Los buenos enemigos *lucen fuertes*. Eso moviliza.

Pero en realidad, el enemigo *debe ser* más bien débil, de manera que no represente un peligro real para los que están en el poder.

Los buenos enemigos *no están claramente definidos*. Eso permite mantener una guerra indefinidamente. Algunos de ellos pueden incluso ocultarse en la oscuridad.¹⁰

Si el concepto de subversión fue tan gaseoso y la lucha contra la droga tan contradictoria (se incluye la marihuana y se excluyen el tabaco y el alcohol), el gran atractivo del terrorismo es que permite hacer las mezclas más inverosímiles. El terrorismo se puede convertir en la fuente de todos los males y cualquiera de ellos, por insignificante que parezca, puede ser la causa de las mayores tragedias. No es gratuito que en los proyectos de ley antiterrorista que ha presentado el gobierno a estudio del Congreso, involucre delitos tan disímiles como: apoderamiento de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo, divulgación y empleo de documentos reservados, acceso abusivo a un sistema informático, hurto, daño en cosa ajena, lavado de activos, testaferrato, enriquecimiento ilícito de particulares, manejo ilícito de microorganismos, daños en los recursos naturales, invasión de áreas de especial importancia ecológica, concierto para delinquir, entrenamiento para actividades ilícitas, pertenencia a organización terrorista, entre otros. El terrorismo es todo y está en todas partes.

La utilidad de un enemigo al que se pueda designar con un nombre lo más genérico y amenazante posible aumenta en forma considerable: separa automáticamente la sociedad en buenos y malos, mediante una línea divisoria que no deja la menor duda. Se está a un lado o al otro, de una manera íntegra, sin contemplaciones, sin compromisos. Como lo ha señalado Rossana Reguillo:

En este fin de siglo —decía ella, y en este comienzo, habría que agregar—, que reedita (si alguna vez salieron de circulación) las luchas étnicas y religiosas, que asiste a la emergencia de “nuevos” enemigos, que parece necesitar, paradójicamente, el equilibrio tranquilizador de la guerra fría con su esquema de buenos y malos, *el miedo al otro*, adquiere, para el análisis, una relevancia

10 CHRISTIE, Nils. “El Derecho Penal y la Sociedad Civil. Peligros de la Sobrecriminalización”. En *XX Jornadas Internacionales de Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Penal, Bogotá, 1998. pp. 51-52.

fundamental. Un *otro* construido a imagen y semejanza del miedo, hay un otro al que se puede culpar de los miedos provocados por la biogenética, un otro al que puede culparse del deterioro ambiental; unos otros, responsables de la inseguridad y de la violencia creciente de la sociedad; un otro a quién atribuirle la culpa por la “pérdida de los valores” y por el deterioro moral de las sociedades.¹¹

El enemigo así diseñado cumple una función muy importante porque funge como control social y reemplaza a todos los demás. El miedo a ese enemigo permite suplantarse a todos los demás controles sociales porque la lucha contra el enemigo se enmascara en una batalla entre el bien y el mal y por lo tanto, tiende a reemplazar la moral y hasta la religión. El ciudadano tiene que ser reeducado en los nuevos valores, incluidos los familiares: es más importante vigilar, denunciar y delatar, que cualquier lealtad a los padres, los hijos, los maestros, los amigos, los amantes o los compañeros. Continuamente hay que estar aprendiendo técnicas y actitudes para defenderse del monstruo. Se imponen nuevos horarios, nuevas relaciones. Y esto vale tanto para la subversión, el narcotráfico como para el terrorismo.

Un valor importante que se estimula y resalta como arma contra el enemigo es la solidaridad, pero una solidaridad que tiene una forma vertical y un contenido espurio: se debe tener solidaridad con las autoridades y las instituciones, no con los iguales (siempre serán sospechosos de algo) y es una solidaridad para ayudar a atrapar, no para resolver los problemas de los demás. No es una solidaridad para establecer nexos sino para fomentar la traición.

4. LA SOCIEDAD DEL RIESGO

La “sociedad del riesgo” es un concepto que ha venido elaborando la sociología en los últimos años, especialmente por autores como Ulrich Beck y Antony Giddens sobre el piso teórico elaborado por Niklas Luhmann y que de acuerdo con Míriam Alfie Cohen y Luis H. Méndez B. consiste en que:

Los hombres deben entender su vida, desde ahora en adelante, como estando sometida a los más variados tipos de riesgos, los cuales tienen un alcance personal y global (Beck). Las decisiones personales son arriesgadas, porque no pueden seguir con los modelos establecidos, las diferentes acciones sociales vividas en roles tradicionales se convierten en riesgos, mientras que los peligros sociales (flexibilización del trabajo, relaciones laborales), técnicos (alimentos modificados, ingeniería genética) y globales (deforestación, agu-

11 REGUILLO, Rossana. *Op. cit.*, pp. 69-70.

jero de ozono) son soportados y distribuidos como condición existencial con todas sus contradicciones indisolubles.¹²

La imagen no puede ser más elocuente: el individuo es un ser peligroso del cual hay que prevenirse; la sociedad, la naturaleza, la técnica y la ciencia, son fatalidades a las cuales hay que resignarse.

Las consecuencias de esta forma de ver el mundo, no dejan de reflejarse en la sociedad y en el derecho penal. Los riesgos nos producen miedo y según Beck estamos en “una época en que la solidaridad surge por miedo y se convierte en fuerza política”.¹³ Y agrega Rossana Reguillo:

Se puede coincidir en que es la amenaza percibida la que ha dado forma a muchos de los llamados nuevos movimientos sociales, que se distinguen principalmente de los movimientos tradicionales por no estar interesados en una toma directa del poder, sino por propiciar otra forma de ejercicio del poder [...] No todos los miedos devienen movimientos sociales, pero todos devienen acción.¹⁴

Y las consecuencias en el derecho penal, las ha señalado el criminólogo alemán Sebastián Scheerer:

Incapaces de descubrir, de evaluar y reaccionar adecuadamente ante los riesgos, los políticos se acercan a una política simbólica. Puesto que el electorado quiere acción, los políticos responden a esta demanda con “*impresion management*” (Irving Goffman) a través de la acción simbólica. Y de todos los instrumentos de la política simbólica, adoptan el proceso de la legislación penal, en términos de satisfacer los deseos profundamente enraizados de la sociedad de masas para controlar causas y culpables. Como consecuencia, la transición de las tradiciones sociales modernas a las sociedades de riesgo posmodernas tiende a producir una legislación penal inflacionista. Por tanto, el análisis del derecho penal puede considerarse como el más sensible indicador de cambio en la sociedad.¹⁵

12 ALFIE COHEN, Míriam y MÉNDEZ M., Luis H. “La sociedad del riesgo: amenaza y promesa”. En *Sociológica*. División de Ciencias Sociales y Humanidades. Departamento de Sociología. Universidad Autónoma Metropolitana, Azcapotzalco, mayo-agosto de 2000. Año 15, N.º 43. p. 176.

13 Citado por REGILLO, Rossana. *Op. cit.*, p. 67.

14 *Ibidem*, p. 68.

15 SCHEERER, Sebastián. “Los derechos fundamentales y la sociedad del riesgo”. En RUJANA QUINTERO, Miguel. (Comp.). *Derecho penal contemporáneo*. Ediciones Jurídicas Ibáñez. Universidad Libre. Cátedra Gerardo Molina, Bogotá, 2002. p. 128.

“Las sociedades de riesgos tienden a tratar los derechos como meros permisos que pueden ser concedidos o retirados según la utilidad social”.¹⁶

Que hoy se considere que ese mayor riesgo es el terrorismo, no quiere decir que sea el único; se ha puesto de moda, por acontecimientos que todos conocemos pero igual, nos podrían haber limitado la libertad para garantizarnos un medio ambiente sano: en ese caso, los grandes delitos serían no separar adecuadamente las basuras; orinar, escupir o fumar en la calle; no recoger las heces de los perros, etc. O podrían salvarnos de la violencia intrafamiliar: en ese caso el Estado haría de nuestros hogares un recinto absolutamente transparente en el cual la autoridad pueda vigilar cada uno de nuestros gestos para garantizarle a nuestros hijos un ambiente familiar y una educación correcta. O podría ser nuestra seguridad: nos podrían sancionar por no ponernos el cinturón de seguridad, con lo cual ponemos en peligro nuestras vidas pero también las finanzas de las compañías aseguradoras; o nuestra salud: no salir en bicicleta de vez en cuando puede producirnos patologías cardíacas que nos pueden matar pero las cuales, sobre todo, le cuestan mucho dinero al sistema de seguridad social.

Cuando la libertad deja de ser un valor y se degrada inclusive como derecho, para convertirse sobre todo en un gran peligro, es obvio que el lenguaje del derecho penal va a cambiar fundamentalmente.

De aquellos tiempos de antaño en los que, en palabras de Francisco Carrara:

El programa de derecho criminal debía resumir, en la fórmula más sencilla, la verdad reguladora de toda esa ciencia, y contener en sí el germen de la resolución de todos los problemas que el criminalista tiene el deber de estudiar, y todos los preceptos que gobiernan la vida práctica de dicha ciencia, en los tres grandes temas que constituyen el objeto de ella, en cuento tiene por misión refrenar las aberraciones de la autoridad social en la *prohibición*, en la *represión* y en el *juicio*, para que esa autoridad se mantenga en las vías de la justicia y no degenerare en tiranía.¹⁷

De esos tiempos, digo, hemos pasado a una ciencia penal que parece preocupada básicamente por encontrar “insoportables lagunas de punibilidad”.¹⁸ Y esto se refleja en un derecho penal que:

16 *Ibidem*, p. 131.

17 CARRARA, Francisco. *Programa de derecho criminal. Parte general. Volumen I*. Trad. José J. Ortega Torres y José Guerrero. Reimpresión. Editorial Temis, Bogotá, 1983, p. 3.

18 Esta expresión es de uso frecuente en los manuales de derecho actuales. Véase MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría General del Delito*, 2.ª ed., Bogotá, 2002, p. 13; o véase también esta expresión: “lagunas que conduzcan a impunidades absurdas”. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. 5.ª ed. Bogotá, 2002. p.201.

Desde el punto de vista del principio de legalidad, se trata del tránsito de la comprensión de las leyes penales como programas condicionales, a su resignación como programas flexibles por objetivos, lo cual comporta el ablandamiento del texto legal y de las garantías contenidas en el principio de tipicidad. La tipicidad y la culpabilidad dejan de ser percibidas como dispositivos para fijar límites a la responsabilidad, y se instrumentalizan al servicio de bienes colectivos, interpretados como fines. Los programas por objetivos y la jurisprudencia libre del sopesamiento, propios del Estado Social, son terreno fértil para el despliegue desmadrado del principio de oportunidad.¹⁹

Supongo haber podido describir el ambiente social y político que permite crear este tipo de legislaciones, con la aprobación de la mayoría y con la oposición apenas de algunos académicos liberales gruñones; pero la dogmática también ha contribuido y no en poca medida a aclimatar, científicamente, esta legislación.

5. LA DOGMÁTICA DEL RIESGO O LOS RIESGOS DE CIERTA DOGMÁTICA

Los maestros fundadores del derecho penal moderno (Beccaria, Feuerbach, Carrara) entendieron que el derecho penal era un poderoso (y peligroso) instrumento que debía ser utilizado con máxima cautela para que el Estado no cayera en el autoritarismo y ese es el sentido que razonablemente habría que darle a los principios del derecho penal: no son los conceptos fundantes de un saber, sino los límites irrebables del poder punitivo: el Estado no puede sancionar sino aquellos actos externos del hombre, previamente definidos en una ley estricta y escrita; que sean socialmente dañinos; sobre los cuales su autor tenga el control y cuyas consecuencias (las sanciones) no pueden alcanzar sino a quien realizó el acto.

Estos principios son los que los penalistas liberales llaman “de la exterioridad” (con lo cual se quiere decir que el hombre sólo debe ser sancionado por lo que hace, no por lo que piensa o por lo que es); la legalidad (es el legislador el único que tiene legitimidad para establecer los delitos y las penas), la antijuricidad (el derecho penal está pensado para sancionar actos socialmente nocivos y no para rendirle culto a la ley ni para buscar la mejora moral de los ciudadanos), culpabilidad (nadie debe responder por aquellas cosas sobre las cuales no tiene capacidad de determinación autónoma) y personalidad o responsabilidad individual (sólo sobre quien actúa deben recaer las sanciones).

19 OROZCO ABAD, Iván. “Soberanía interior y garantismo sobre la guerra y el derecho en Colombia”. En *Derecho penal contemporáneo*. Op. cit., p. 62.

Estos principios que fueron elaborados y finalmente admitidos después de siglos de luchas y dolores, hoy en día retroceden, a veces en forma imperceptible y otras de una manera clara y brusca, porque, como lo justifica Jesús María Sánchez Silva,²⁰ estamos en una sociedad de riesgo; o, desde una perspectiva muy distinta, como lo señalan los profesores de Frankfurt, porque estamos en “la insostenible situación del derecho penal”.²¹

Lo que resulta más preocupante es que este “acomodo” que se está operando en el derecho penal, redefiniendo su fundamento, sus principios y sus principales postulados, no ha sido preparado por manos febriles de políticos ansiosos de acaparar la opinión pública para campañas de seguridad y de orden, sino que ha venido siendo elaborado, muy pacientemente y en nombre de la ciencia, por un amplio sector de la dogmática penal, agrupada, con todas las arbitrariedades que implican las etiquetas, en el llamado *funcionalismo radical* de Gunther Jakobs y que en nuestro país cuenta con numerosos epígonos en la Universidad Externado de Colombia, a la cabeza del hoy Presidente de la Corte Constitucional, Eduardo Montealegre Lynett.

El *funcionalismo radical* es una doctrina compleja y difícil. De acuerdo con Fernando Hinestrosa Forero, Rector de aquella Universidad, “A través de un planteamiento de la filosofía de Hegel, con base en la teoría de los sistemas de NIKLAS LUHMANN, entiende que la finalidad del derecho es la estabilización de expectativas sociales”.²²

A partir de esta premisa se hace una completa revaloración de lo que es el derecho penal, su fundamento, el delito, y de algunas de sus más importantes instituciones. Con el ánimo de visualizar algunas diferencias entre esta nueva forma de concebir el derecho penal y la visión liberal o “anacrónica”, como suele llamársela sin ocultar un gran desdén por esta,²³ voy a enunciar algunos de esos “nuevos postulados”.

20 SÁNCHEZ SILVA, Jesús María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Civitas, Madrid, 2001.

21 *La insostenible situación del derecho penal*. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt. Área de Derecho Penal de la Universidad de Pompeu Fabras (ed.). Granada, 2000.

22 HINESTROSA FORERO, Fernando. En MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.). *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Gunther Jakobs*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Bogotá, 2003. p. 10.

23 “A diferencia de lo que sucedía en el pasado, en donde sólo existía una visión de la ciencia jurídica informada por su racionalidad formal o por su deber ser, hoy asistimos a la probabilidad de que el derecho sirva como instrumento de transformación de los viejos principios que nos (sic) acompañan con la creación de sociedades pluralistas y democráticas”. MAYA VILLAZÓN, Edgardo. En *El funcionalismo en derecho penal*. Op. cit., pp. 17-18.

Según Jakobs, ya el derecho penal no se limita a sancionar aquellos hechos más perturbadores para la vida social, sino que “debe hacer posible la vida social en su conjunto”;²⁴ y se debe castigar “para mantener la confianza general en la norma, para ejercitar (al ciudadano) en el reconocimiento general de la norma”;²⁵ al individuo hay que desconocerle su autonomía y cualquier posibilidad de libertad “[...] pues el derecho no puede soportar en general el riesgo de que una formación de identidad no se lleva a cabo de conformidad a Derecho.”²⁶

Con este punto de partida es fácil intuir cómo debe concebirse lo demás.

A diferencia de los clásicos que entendían que la ciencia penal era un mecanismo de control al poder punitivo, hoy se dice que “[...] existe un consenso esencial en torno a la idea de que la dogmática no es una actividad limitada a la explicación del funcionamiento de un determinado sistema legal, sino que tiene siempre un componente creador del derecho”.²⁷

Y por lo tanto, “sería aconsejable que el legislador se abstuviera de establecer disposiciones legales que determinen todo el contenido del sistema del hecho punible; por tanto sería preferible que dejara constantemente *abierto* el sistema de la ley”.²⁸

Debemos acostumbrarnos a dejar de pensar que la antijuricidad tiene como sustento material el daño o por lo menos el peligro al bien jurídico tutelado, porque “el bien jurídico no es el daño naturalmente perceptible de cegarle la vida a una persona o de destruir su patrimonio, sino que es un concepto normativo: la vigencia de la norma”, escribe Montealegre Lynett.²⁹

Algunas consecuencias de lo anterior es que no deberíamos preocuparnos tanto por la diferencia entre tentativa y consumación “dado que —según Jakobs— tanto la tentativa como la consumación son un ataque a la validez de la norma, el autor de la tentativa, al igual que el de la consumación, debe poner de manifiesto que no se rige por la norma”.³⁰ Esto nos ahorra esas fatigantes discusiones acerca de la

24 JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S. A., Madrid, 1997, p. 73.

25 *Ibidem*, p. 581.

26 *Ibidem*, pp. 701-702.

27 CANCIO MELIÁ, Manuel. En *El funcionalismo en derecho penal*. *Op. cit.*, p. 108.

28 SANCINETTI, Marcelo A. “Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la parte general de los códigos penales”. En *El funcionalismo en el derecho penal*. *Ob. cit.*, p. 136.

29 MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. “Estudio introductorio a la obra de Gunther Jakobs”. En *El funcionalismo en derecho penal*. *Ob. cit.*, p. 26.

30 JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación objetiva*. *Ob. cit.*, p. 863.

diferencia entre un acto preparatorio, un acto ejecutivo y una consumación, porque como él mismo lo expone: “Así pues, el homicidio empleando una pistola no se inicia sólo al comenzar a apuntar, la estafa no comienza sólo (y no siempre) al comenzar el propio engaño, sino que el comienzo reside en cada caso en *disponerse a realizar estas acciones*.”³¹ O en otras palabras, “[...] estrictamente, el resultado ni siquiera debería incidir en la medición de la pena”.³²

Igualmente en nombre de esta nueva “ciencia” es necesario que empecemos a aceptar que no hay ninguna razón para distinguir entre complicidad y autoría o que, por lo menos, “[...] *de lege ferenda* debería reconocerse la posibilidad de una participación en un hecho no doloso”.³³ Y aún se nos recomienda más audacia para abandonar la vieja idea de que los delitos culposos no admiten la tentativa:

La tan extendida idea de que no hay tentativa en los delitos imprudentes, o bien constituye un uso, exclusivamente terminológico, de la denominación tentativa del delito doloso, o es incorrecta: Lo que se puede llevar a cabo también se puede comenzar, y lo que se puede llevar a cabo con éxito también se puede llevar a cabo sin éxito.³⁴

Pero tal vez el punto culminante de toda esta “evolución” dogmática es en la nueva concepción de la culpabilidad: “La culpabilidad se denominará en lo sucesivo como falta de fidelidad al derecho o, brevemente, como infidelidad al derecho”³⁵ y correlativamente “[...] no cabe considerar que el núcleo de todos los delitos sea la lesión de un bien jurídico. Tal conclusión se ha modificado en el sentido de que el núcleo de todos los delitos sólo se hallaría en el incumplimiento de un deber”.³⁶

No es de extrañar, entonces, que tengamos tanta urgencia en redefinir qué es el deber jurídico y en qué consisten los delitos de infracción al deber.³⁷

Lo más sorprendente de todo esto es la amnesia que rodea la formulación de esta “nueva dogmática”. Schaffstein, uno de los más sobresalientes autores de la llamada Escuela de Kiel, es decir, de la escuela penal del nacionalsocialismo, escribió en 1935:

31 *Ibidem*, p. 880.

32 SANCINETTI, Marcelo A. *Op. cit.*, p. 147.

33 JAKOBS, Gunther. Citado por SANCINETTI, Marcelo A. “Exigencias mínimas”. *Op. cit.*, p. 155.

34 JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación objetiva*. *Op. cit.*, p. 869.

35 *Ibidem*, p. 566.

36 *Ibidem*, p. 53.

37 Véase PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. “El concepto de deber jurídico” y “Delito de infracción de deber” En *El funcionalismo en el derecho penal*. *Op. cit.*, pp. 229 y 271.

En este sentido la concepción del delito como lesión del deber da al nuevo concepto de derecho penal de voluntad, ya a menudo mal entendido, su contenido propio. Del mismo modo como de la esencia de la lesión del deber resulta el contenido del delito, así también además la clase de deber y su lesión es línea directriz para la integración de los grupos de delitos individuales constituidos sobre ella”.³⁸

Juan Bustos Ramírez agregará:

[...] lo que Schaffstein propone es la supresión del concepto garantizador de bien jurídico por el de *deber*, que en verdad significa el deber del individuo con el Estado y, por eso, implica entonces llegar al sacrificio del individuo en aras de la comunidad. Con lo cual, evidentemente, se desmontaban las garantías fundamentales que se habían construido desde el Iluminismo para el reconocimiento y aseguramiento de los derechos del individuo frente al Estado, y por el contrario, quedaba completamente sometido al Estado a través de un “deber absoluto”, que lo comprometía personal y totalmente.³⁹

George Dahm, otro importante autor de la escuela de Kiel, definiría el delito, sintéticamente, como un acto de traición.⁴⁰

Esta era la concepción del derecho penal que tenía el nacionalsocialismo; parece que nos hemos olvidado de eso y sobre todo de sus terribles consecuencias. En las décadas de los cincuenta y sesenta, cuando las heridas del Holocausto todavía sangraban, el derecho penal se afanaba por encontrar aquellas categorías lógico-objetivas (Hans Welzel) que permitieran poner límites al legislador. Hoy, a una búsqueda de esas talanqueras u otras similares, que pretendan limitar el derecho punitivo, se les considera “[...] producto de una concepción animista del mundo, que no logra distinguir aún naturaleza de imputación”.⁴¹

Por eso creo que más importante que enfrascarnos en la discusión de los artículos e incisos de estos proyectos —lo que obviamente es necesario—, parece más urgente, por ahora, preguntarnos qué ha pasado para que hayamos ido a parar donde estamos y para que hoy toleremos ideas, proyectos y regulaciones que sólo hace unas décadas nos parecían insoportables... porque mirábamos con estupor el espejo de su plena realización en la Alemania nazi.

Mi contribución a esta reflexión se puede sintetizar en tres puntos: debemos ponernos en guardia ante una sensación de inseguridad debidamente creada, frente a una

38 Citado por BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al derecho penal*. 2.ª ed. Temis, Bogotá, p. 155.

39 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Op. cit.*, pp. 155-155.

40 Véase BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Op. cit.*

41 SANCINETTI, Marcelo A. En *El funcionalismo en el derecho penal*. *Op. cit.*, p. 139.

apropiación autoritaria del miedo y delante de la actitud de cierta dogmática penal que en su afán modernizante cae en el horror de olvidar... precisamente el horror.

Como lo ha dicho el maestro de tantos de nosotros, Fernando Meza Morales: “Reitero que la lucha implícita en las reformas penales de la hora, es la lucha por la *libertad*. Nuestros padres y abuelos tuvieron que darla y la creyeron concluida, hoy nos toca reemprenderla. Quizá porque la *libertad* nunca se gane porque no se deja aprisionar, es tarea irrenunciable de quienes la consideran un bien inestimable”.⁴²

Y, claro, no podríamos olvidar, también con el Maestro que “quien defiende la libertad del otro, defiende la propia; quien defiende la propia libertad, defiende la libertad”.⁴³

42 MEZA MORALES, Fernando. “¿Derecho penal de culpabilidad?”. En *Temas de Derecho penal*. N.º 14. Segunda época, 1981, pp. 21-32.

43 MEZA MORALES, Fernando. “Límites del Legislador Penal”. En *Revista Estudios de Derecho*. Año LI, segunda época, Medellín, marzo-septiembre de 1991. Vol. XLIX, N.º 117-118, p. 206.