

# Justicia penal, derechos fundamentales e independencia judicial

---

MAURICIO MARTÍNEZ\*

## 1. LA ENSEÑANZA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN MATERIA PENAL

A partir de la Constitución Política de 1991, todos los ámbitos de intervención del Estado han sido influenciados por la temática de los derechos fundamentales. En el área de la justicia penal, la necesidad es mucho más apremiante, debido a las acusaciones que frente a este sistema de justicia se hacen por intervenir violando, paradójicamente, aquellos bienes y derechos programados para su protección. Además, Colombia es parte del desconocimiento sistemático de ellos practicado en la región, tal como se evidenciara en la investigación realizada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos desde 1986. En esta investigación y en otras en las que personalmente he participado, se formulan objeciones serias al sistema penal y a su política criminal, tanto por defecto como por exceso.

En efecto, cuando los Estados dejan exclusivamente en manos de la justicia penal la protección de bienes jurídicos y derechos fundamentales, mediante la amenaza del castigo, los niveles de impunidad son elevadísimos; los derechos de las víctimas reales y potenciales de las infracciones quedan desprotegidas, pues ellas se practican independientemente del sistema de justicia. Los niveles de impunidad demuestran entonces que utilizar el castigo como única medida frente a la trasgresión de derechos es insuficiente, pero además, en muchas situaciones, contraproducente; o sea, se dejan de implementar otro tipo de mecanismos más eficaces.

---

\* Profesor de la Universidad Nacional de Colombia y del doctorado en Derecho de la Universidad Externado de Colombia; Doctor en Derecho de la Universidad de Roma; Magíster en Política Criminal de la Universidad del Saarland-Alemania. Una versión ampliada de las tesis defendidas en este artículo se encuentran en su libro *La crisis de la Justicia penal en Colombia*, Bogotá: Ed. Temis, 1999. Sobre el funcionalismo-teoría de la imputación objetiva, puede verse su libro *La necesidad de pena en el derecho penal alemán*. Bogotá: Ed. Ibáñez, 2002. *Obras completas*. Madrid: Alianza Editorial, 1990.

Igualmente las acusaciones por exceso residen en la inobservancia de principios y derechos cuando el sistema penal selecciona sólo algunos implicados y entonces esta selectividad es compensada con un tratamiento desconocedor de los mismos derechos de quienes son procesados.

La materia de derecho penal fundamental representa un instrumento de formación esencial en el respeto de los derechos fundamentales: inicia a los estudiantes a interesarse en este sistema de justicia; es la primera en el p $\acute$ ns $\acute$ sum y es de car $\acute$ cter obligatorio en las facultades de derecho. Es ella por excelencia la asignatura de los principios de dignidad humana, del debido proceso, de lesividad, de presunci $\acute$ n de inocencia, de culpabilidad, etc., y en consecuencia, por excelencia, una asignatura de los Derechos Humanos, si tenemos en cuenta que, siguiendo al filosofo norteamericano Ronald Dworkin (1985), “los principios son proposiciones que describen derechos”.

Es Dworkin quien al defender las constituciones modernas como Cartas de Derechos frente al Estado y la sociedad, inspira al denominado Derecho Penal de la Constituci $\acute$ n o Derecho Penal de los derechos humanos, para definirse a favor de la dimensi $\acute$ n democr $\acute$ tica de los Estados constitucionales contempor $\acute$ neos, aun a costa de la dimensi $\acute$ n social de los mismos. Precisamente desde el pensamiento liberal y democr $\acute$ tico de fil $\acute$ sofos del derecho como Dworkin, ha seguido desarroll $\acute$ ndose el llamado Derecho Penal de los Derechos Humanos que se ha erigido, en palabras de unos de los m $\acute$ s brillantes representantes en Europa, Ferrajoli (1999), con base en lo siguiente: “Ninguna mayor $\acute$ a, ni siquiera unanimidad, puede leg $\acute$ timamente decidir la violaci $\acute$ n de un derecho de libertad o no decidir la satisfacci $\acute$ n de un derecho social. Los derechos fundamentales, precisamente porque est $\acute$ an igualmente garantizados para todos y sus- tra $\acute$ idos de la disponibilidad del mercado y de la pol $\acute$ tica, forman la esfera de lo indecible que

s $\acute$  y de lo indecible que no...”. El mismo rol est $\acute$ a desempe $\acute$ ando, o debe desempe $\acute$ arse, en la formaci $\acute$ n de abogados en la materia de criminolog $\acute$ a y/o pol $\acute$ tica criminal: en efecto, en los  $\acute$ ltimos veinte a $\acute$ os esta disciplina ha dejado de ser una simple t $\acute$ cnic $\acute$ a de descripci $\acute$ n de factores y anomal $\acute$ as personales de los criminalizados para erigirse en una instancia de control del sistema de justicia penal, de denuncia y promoci $\acute$ n de los derechos de las v $\acute$ ctimas y de los procesados (Mart $\acute$ nez, 1999a).

Tal vez para explicar esta forma de concebir el derecho penal y la pol $\acute$ tica criminal en torno a los derechos humanos y la forma de ense $\acute$ arlo, sea necesario precisar mejor su desarrollo epistemol $\acute$ gico. Para lograr esto, individualizaremos las necesidades en el campo colombiano.

## **2. LA POL $\acute$ TICA CRIMINAL COMO PARTE DE LAS POL $\acute$ TICAS P $\acute$ Blicas DEL ESTADO COLOMBIANO**

La Corte Constitucional colombiana (Sent. 466 de 1995) ha considerado la mayor parte de manifestaciones delictivas nuestras como “patolog $\acute$ as sociales”, no obstante que frente a eventos como la guerrilla y el narcotr $\acute$ fico haya prevalecido, en las decisiones del organismo de control, un bien jur $\acute$ dico como el “orden p $\acute$ blico”. Por el contrario, en las decisiones oficiales del ejecutivo y el legislativo, la respuesta a la “cuesti $\acute$ n criminal” ha tendido generalmente a individualizar responsabilidades, excluyendo los acontecimientos del contexto sociopol $\acute$ tico. Este tipo de tratamiento del problema ha hecho que la violencia estructural y la violencia punitiva se confundan y se alimenten rec $\acute$ procamente, produciendo resultados crecientes de reincidencia, impunidad, justicia privada, etc., colocando al pa $\acute$ s dentro de los m $\acute$ s violentos del planeta.

La necesidad de tratar los temas de pol $\acute$ tica criminal como pol $\acute$ tica p $\acute$ blica-social para proteger de-

rechos fundamentales no es nueva en el ámbito de las ciencias penales, pero las frustraciones ante dicha aspiración desde Von Liszt en Alemania (1890), pasando por Ferri en Italia (1930), hasta las adecuaciones colombianas con el ex presidente de la Corte Suprema Alfonso Reyes (1980), hacen vigente la reorientación del tema, las investigaciones y el tratamiento estatal.

Para la intervención del Estado en dicho sentido, se requieren investigaciones científicas serias y de formación en el respeto de los derechos fundamentales, que traten de individualizar los condicionamientos de las conductas definidas o no como delictivas, pero todas perjudiciales de bienes y derechos.

La definición del comportamiento como delictivo por parte del sistema penal puede ser independiente de un daño efectivo sobre aquellos; por esto, las disciplinas contemporáneas que se dedican al tema prefieren, para un programa de intervención de este género, comenzar identificando tipos penales inocuos a través de lo que en la materia se defiende como principio de lesividad. Realizada esta fase de estudio analítico-dogmático, que corresponde ante todo a los centros de estudio, se toma luego en consideración la intervención del sistema penal, orientado por principios como el de idoneidad, efectividad, subsidiaridad, etc., para determinar en dónde puede finalizar la política social y en dónde comenzar la más dolorosa de la política penal (Baratta, 1998).

La investigación realizada por parte de la Universidad Nacional sobre la violencia en Colombia (1987) representa un gran antecedente para utilizar en otras áreas. Sin embargo, una variable que diferencia cualquier intervención en la política criminal es, por ejemplo, que no todos los "actos criminales" son violentos, o incluso que el mismo sistema que los trata es parte de la violencia que es necesario reducir. Para apartar, entonces, a la política criminal de muchas rela-

ciones sociales y actos individuales, es necesario redefinir categorías conceptuales utilizadas por el derecho penal (gravedad, peligrosidad, etc.) acordes con nuestros parámetros antropológicos, adecuarlos al mundo de valores contemporáneo y a la pluralidad étnico-cultural, siempre con la perspectiva de limitar la intervención de lo penal.

### **3. FALSEABILIDAD DE LA "UNIDAD ONTOLÓGICA" DE LOS DELITOS**

La criminología y la política criminal contemporáneas han demostrado que no hay nada en la naturaleza ontológica de los delitos que los unifique para plantear una fórmula mágica única que "combata la criminalidad" como falsamente se pregona. Lo único que los unifica es la intervención de la política criminal a través de la política penal, gracias a la cual todos asumen la categoría de "delito".

Por el contrario, si revisamos los diferentes capítulos y títulos de los catálogos penales, nos damos cuenta que cada uno está relacionado con una parte de las políticas públicas: por ejemplo, la invasión de tierras con la política agraria, el lavado de activos con la política monetaria o internacional, etc., lo cual nos demuestra la falsedad de las fórmulas únicas para erradicarlos, como se pretende con la política criminal de penas.

Por el contrario, una política sincera de erradicación de delitos exige afrontarlos en cada área con que se relaciona. Todo esto nos demuestra que el primer paso para proponer en una investigación científica una intervención estatal más eficaz y oportuna sobre el problema criminal es dejar la perspectiva tecno-penalista y recuperar o promocionar la político-social. De esta manera, debe ser confrontado el sistema de justicia penal con la Carta Política para exigir las dimensiones de derecho, social y democrática que ésta pregona para todo el Estado.

#### 4. VIOLENCIA PENAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

La investigación realizada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos sobre sistemas penales en Latinoamérica (Zaffaroni, 1986) demuestra que en todos los países del área la ilusión de combatir la delincuencia sólo por medio de la violencia penal produce efectos catastróficos, pues, por el contrario, la reproduce.

De allí la necesidad de atender sus propuestas finales para los centros académicos y de decisión política, para que el eje de la política criminal, como de toda política pública, sean los derechos fundamentales, o sea, el hombre mismo.

Con el *eficientismo penal* implementado en los estados de excepción o con el *funcionalismo (teoría de la imputación objetiva)*, que guía a dogmáticos desorientados y desconocedores del “estado del arte” en Alemania, se viene respondiendo a la desilusión generada por la falta de eficacia real de la justicia en esta área; las funciones instrumentales (incidencia efectiva sobre la realidad) ceden a las funciones simbólicas; la justicia penal se convierte sólo en técnica de creación de percepciones favorables para la política, dejando desprotegidas a las víctimas de los delitos, pero también a las víctimas de la intervención penal (prisioneros y procesados). Con dicha forma de “legitimación”, el derecho penal es convertido en un instrumento de guerra, violador de derechos humanos, todo “delincuente” en enemigo interno y, por lo tanto, “no hay” espacio para el derecho humanitario.

La defensa de un derecho penal tiene sentido si él es diferente a la violencia que representa su ausencia, o sea, la justicia privada; ese derecho penal adquiere la forma de barrera de protección de los derechos fundamentales de las víctimas de los delitos actuales o potenciales, pero también de las víctimas de la violencia punitiva.

Es lo que en los Estados constitucionales se viene defendiendo como Garantismo Penal (Ferrajoli, 1999)

En Colombia es necesario asumirlo para compatibilizar nuestra justicia penal con la nueva Carta Política, pervertida por los intolerantes (limpieza social extrajudicial) ante su disfuncionalidad estructural o por los “eficientistas” (limpieza legal) ante la pérdida de consenso social. La ciencia penal adquiere así su doble rol de crítica y construcción, pues la constante en Colombia ha sido su distanciamiento respecto de los centros de decisión.

#### 5. MECANISMOS LEGALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MATERIA PENAL

No existe aún en nuestro medio un desarrollo del derecho y de la jurisprudencia que permita recurrir a los nuevos mecanismos legales de protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la política criminal. Los organismos oficiales de control, Procuraduría y Defensoría del Pueblo, reportan anualmente que el derecho fundamental al debido proceso y a la dignidad humana en la justicia penal es de los más vulnerados; frente a esta situación, la acción constitucional de tutela es un gran mecanismo para pacificar los conflictos entre operadores de la justicia y procesados.

Pero al mismo tiempo, ante la necesidad de mediar en los conflictos entre sectores sociales marginados y Estado (por cuya ausencia la violencia estructural adquiere la forma de delito), es preciso que la ciencia desarrolle criterios para utilizar mecanismos, como la acción de cumplimiento o las acciones populares. Ésta es una manera de defender la concepción de la política criminal contemporánea fundada en los derechos humanos, en el sentido de que la cuestión criminal no es un problema de técnicos, sino ante

todo de sus víctimas, así como que la participación popular frente al tema no puede ser necesariamente punitiva, es decir la reproducción del dolor y la violencia.

Según múltiples investigaciones, los derechos humanos en materia carcelaria representan el cuadro de violencia más trágico en el subsistema: así lo demostró la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que visitó al país en 1997, o la Comisión Interinstitucional dirigida por el Congreso de la República en el mismo año. Por ello, la práctica y enseñanza de estos mecanismos de protección son urgentes en materia penal: sólo ellos han logrado pacificar los conflictos, por ejemplo, entre el Estado y los prisioneros. Paradigmas de intervención oportuna fueron las acciones de tutela que ordenaron el cierre del Anexo Psiquiátrico de La Picota o la que ordenó un plan para deshacinar las cárceles y declaró el “estado de cosas inconstitucional” en dichos centros; igualmente la acción de cumplimiento ordenada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que ordenó al INPEC la implementación del sistema progresivo en la cárcel de La Picota (Martínez, 1999b).

## 6. DELITO, MEDIOS DE COMUNICACIÓN E INDEPENDENCIA JUDICIAL

Por el contrario, el derecho *penal bélico o de enemigo* se sustenta en una “opinión pública” reconstruida mediante la exacerbación de los sentimientos de venganza, la clasificación de los ciudadanos en buenos y malos, etc.; por esto, cuando se recurre a la “participación ciudadana” en materia penal, se hace con la perspectiva de endurecer las respuestas punitivas.

A la manipulación de la “opinión pública” se ha recurrido para poner en tela de juicio la actuación de la Corte Constitucional en muchas decisiones; casos de revisión de tutela de derechos

fundamentales nos demuestran que el temor frente al delito puede ser canalizado para desconocer derechos y condiciones de funcionamiento del Estado de derecho. El sensacionalismo de los medios de comunicación frente al tema de la delincuencia viene siendo un gran obstáculo para el funcionamiento del Estado constitucional. En efecto, dichas campañas se encaminan a incentivar en sus respuestas y en su selectividad al sistema penal, violando derechos y garantías como la tranquilidad ciudadana, pues aumentan el miedo objetivo, pero también y sobre todo la independencia judicial, tal como lo pusiera en evidencia el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Precisamente esta condición imprescindible para la operatividad de la justicia penal es desconocida por la presión que ejerce sobre los funcionarios judiciales el manejo de la llamada crónica roja -la página social de los pobres-, pues los medios, sin conocer el estado de las investigaciones, exigen medidas restrictivas, inmediatas, etc., legitimando respuestas informales y violando derechos constitucionales de los procesados.

Sin independencia judicial no hay Estado de derecho, pues las decisiones no se fundamentan en la verdad procesal, sino en la “relación de fuerzas” como en los poderes de mayorías, el ejecutivo y el legislativo. Sólo una justicia independiente adquiere legitimidad entre sus destinatarios; sólo así es reconocida por el ciudadano común y corriente como el árbitro imparcial de sus controversias y el protector de sus Derechos Humanos. Es el llamado principio de estricta jurisdiccionalidad, según el cual el funcionario judicial debe decidir sólo de acuerdo con los hechos comprobados y en relación sólo con normas materialmente válidas, independientemente de voluntades externas al proceso judicial por mayoritarias que sean (Ferrajoli, 1998). La independencia judicial así concebida, derivada del principio constitucional de autonomía, debe ser

entonces objeto principal de protección por parte de la jurisdicción disciplinaria.

Cuando el derecho penal sea aprendido como sistema de garantías y de derechos, pero al mismo tiempo cuando el Estado sólo niegue derechos permitidos como respuesta a la violación de los mismos, el derecho será reconocido como el mecanismo regulador de las conductas, típico de los Estados constitucionales. Y cuando nuestro Estado actúa exclusivamente en los ámbitos para los que está programado, pero igualmente que lo haga de manera real en aquellos en los que está obligado, se habrán rescatado para Colombia los Derechos Humanos, no sólo para enseñarlos en los centros de estudio, sino para practicarlos en la vida cotidiana. Para que el Estado sea legítimo en materia de política criminal, debemos reconstruirlo en consonancia con el derecho de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario; ello sucederá cuando compatibilicemos el sistema penal con los preceptos de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los prisioneros, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero a la vez cuando enseñemos, practiquemos el derecho y controlemos el ejercicio de la judicatura de conformidad con estas preceptivas.

## BIBLIOGRAFÍA

BARATTA, Alessandro. "La politica criminale e il diritto penale della costituzione". En: *Dei delitti e delle pene*, n. 3 de 1998.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Nueva York, 1985.

FERRAJOLI, Luigi. "Giurisdizione e democrazia". En: *Democrazia e diritto*, n. 3 de 1998.

\_\_\_\_\_. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid, 1999.

MARTÍNEZ, Mauricio. "El estado actual de la criminología y de la política criminal". En: *Criminología del siglo XXI*. Buenos Aires: C.Elbert, 1999a.

\_\_\_\_\_. *La crisis de la justicia penal en Colombia*. Bogotá, 1999b.

SMAUS, Gerlinda. *Das Strafrecht und die gesellschaftliche Differenzierung*, Saarbrücken, 1998.

ZAFFARONI, Raúl. *Sistemas penales y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1986.