

Seminario Internacional de Alternatividad Penal en Procesos de Paz

Parlament de Catalunya, Barcelona, 27 y 28 de febrero 2004

Transcripción de la presentación del Sr:

Carlos Gaviria Díaz, Senador y expresidente de la Corte Constitucional de Colombia

Bueno, en primer lugar, muchas gracias al departamento de cultura para la paz de la Universidad Autónoma de Barcelona, a Vicenç Fisas y a los organizadores de este evento por haberme formulado la invitación a compartir con ustedes algunas reflexiones.

En primer lugar, le quiero aclarar a mi amigo Hernando Valencia que yo no vine a divertirme. A mí no me parece divertido ni leer un texto ni hablar sin texto, ¿no? Me gusta provocar, estimular el pensamiento del auditorio, y por eso no improviso, sino que ordinariamente sin texto, o con unas pocas anotaciones, propongo generalmente dudas o perplejidades, porque tengo más dudas que certezas en materias de esta naturaleza, pero sobre problemas que he pensado creo que durante toda mi vida consciente.

He escuchado muchas intervenciones muy buenas sobre lo que pudiéramos llamar una «reflexión histórico-pragmática» sobre el perdón, sobre la amnistía, etcétera, pero yo me propongo más bien plantear alguna reflexión de carácter ético, o ustedes podrían llamarla también incluso metafísica, pero yo creo que la metafísica influye más en el mundo de lo que uno cree, o de lo que ordinariamente se cree. Y, por tanto, me propongo plantear problemas en un campo deontológico acerca no tanto de cuán eficaz resulta renunciar a la justicia para lograr la paz, sino cuán legítimo resulta renunciar a la justicia para lograr la paz.

La Constitución colombiana de 1991 es una carta de paz y es significativamente una carta de paz porque, por primera vez, desde muchos sectores de la opinión pública nacional se pedía o una reforma constitucional o la expedición de una nueva constitución, y eso parecía preocupante, sintomático; preocupante en el buen sentido de la palabra: ¿qué será lo que se quiere? Y, naturalmente, si uno explora ese deseo tan generalizado y tan reiterado, lo que encuentra muy posiblemente es un deseo de paz, porque los

colombianos estamos muy exacerbados y muy aburridos con la violencia inclemente a que venimos siendo sometidos.

Yo he pensado siempre que el constituyente colombiano de 1991 obró con un gran tino. ¿Por qué? Porque hizo un diagnóstico hobbesiano: «Estamos en un estado de naturaleza donde el hombre es lobo para el hombre.» Pero la propuesta no es una propuesta hobbesiana, sino una propuesta rousseauiana. ¿Cuál es la propuesta? La propuesta es que, para superar ese estado de anomia que el país ha vivido, el camino es la vigencia de las libertades, la vigencia de los derechos y la realización de la justicia, que está consagrada desde el artículo segundo de nuestra Constitución.

Y esa manera de proceder es una manera de proceder un tanto insólita entre nosotros, porque en Colombia es costumbre que cuando vivimos situaciones dramáticas, especialmente de violencia, como la que hemos vivido, se piensa que lo que se requiere es mano dura, dictadura, y si es militar, tal vez mejor, ¿no? Y el constituyente colombiano del 91 procedió a contramano de esa opinión tan reiterada bajo esa circunstancia de que les hablo. Dijo: «Ensayemos el camino que nunca hemos ensayado.» ¿Cuál es el camino que nunca se ha ensayado en Colombia? El camino de una democracia auténtica, de una democracia participativa, de vigencia de los derechos y de las libertades y de vigencia de la justicia, porque si acaso hay algo que en Colombia siempre se ha soslayado es, precisamente, la justicia.

Ayer preguntaba Natalia Springer, en su excelente exposición, decía: «¿Y será que la justicia es un obstáculo para lograr la paz?», porque muchas propuestas parecen eso. Si la justicia es un obstáculo para lograr la paz, entonces soslayemos la justicia, hagamos de lado la justicia, y yo soy más bien de la teoría... Aquí se han hecho ya ejercicios deontológicos muy importantes, los han hecho muchos de los expositores, pero recuerdo a Michael Frühling y Hernando Valencia Villa, en cuyos planteamientos se aborda el tema de hasta qué punto es legítimo sacrificar la justicia o cómo hay que tener presente la justicia para que la paz sea una paz más sólida y más duradera.

Partamos de esta consideración: el derecho penal no tiene bases racionales. ¿Qué significa que el derecho penal no tiene bases racionales? Que si ustedes se preguntan: ¿qué debe hacerse con una persona que tiene un bien ajeno y no lo devuelve?; obligarlo a que lo devuelva. Y la conclusión es eminentemente racional, basta considerar la circunstancia para extraer como corolario la consecuencia jurídica. O si uno se pregunta,

si una persona le ha ocasionado a otra un daño y la reparación de ese daño vale 1 millón, ¿qué se debería hacer con la persona que causó el daño por culpa o por dolo?; ordenarle que repare. Pero si una persona roba, ¿qué hay que hacer con ella? ¿Meterla en la cárcel?, ¿matarla? Y si es meterla en la cárcel, ¿cuántos años? Si una persona le da muerte a otra, ¿qué hay que hacer con esa persona? La sanción no se desprende lógicamente de la infracción como en los casos anteriores. Por eso, por ese fundamento irracional del derecho penal, es que las penas no se pueden aplicar por analogía, ni las conductas delictivas se pueden tipificar por analogía, porque lo racional se puede extender, pero lo irracional no.

Entonces, lo que uno puede preguntarse es esto, y me parece que la pregunta es pertinente: ¿para qué se sanciona? Y en torno a esa pregunta se han formado tradicionalmente o se han dado dos respuestas que se adscriben, como quien dice, a dos escuelas: una es la escuela retributiva, porque el delito exige la pena, y otra es la preventiva, es para disuadir a los demás o al mismo autor del delito de que vuelvan a incurrir en esas conductas que son socialmente indeseables. Pero, en realidad, no son dos escuelas, sino dos respuestas a dos preguntas distintas, porque la primera pregunta es: ¿por qué se sanciona? Y la respuesta obvia es: se sanciona porque se cometió un delito. Y la segunda es: ¿para qué se sanciona? Y la respuesta es: se sanciona con el objeto de disuadir a los demás miembros de la comunidad o al mismo miembro de la comunidad que delinquirió de que vuelva a delinquir. Desde Séneca se conocen esas dos respuestas. ¿Por qué se sanciona? Y entonces la respuesta es: «Quia peccatum est», porque se faltó. Y, en cambio, en la que llamamos «orientación preventiva», como lo dice el mismo Séneca, la respuesta sería: «Ne peccetur», para que no se vuelva a incurrir en una falta.

Entonces, uno se pregunta, ante propuestas como las que se hacen en la llamada Ley de Alternatividad Penal: ¿qué es lo que justifica que en un caso como los que trata ese Proyecto de Ley no se sancione? Porque todos los que hayan estudiado derecho conocen la existencia de los llamados subrogados penales, creados por la escuela positiva penal, que prescindían de aplicar la pena en determinadas circunstancias, pero en determinadas circunstancias en que se consideraba que la pena no era útil. ¿Por qué? Porque el delito no era muy grave, se había cometido bajo circunstancias que perfectamente lo explicaban y la personalidad del delincuente no parecía exigir esa medida tan drástica de la privación de la libertad.

Pero uno se pregunta en casos como éste: ¿Por qué se prescinde de aplicar la pena? Y, entonces, la respuesta puede ser: porque es la única manera de lograr que las personas que se han alzado en armas ilegítimamente depongan las armas, o sea, porque queremos la paz, y para lograr la paz estamos sacrificando la justicia. Y la pregunta mía es: ¿es eso legítimo?, ¿es legítimo amnistiar y no amnistiar de faltas leves o de delitos que, a juicio del positivismo penal, en los casos de los subrogados no tenían suficiente gravedad o los autores no exhibían especial peligrosidad, no eran personas especialmente peligrosas? Yo pregunto: ¿es éste el caso nuestro? No parece –no parece– que sea éste el caso, ni los delitos que se pretenden perdonar, aunque haya una retórica que está dispuesta para mostrar que no hay perdón, que sí hay castigo, pero, en el fondo, sabemos que la impunidad va a ser grande en caso de que una propuesta de éstas tenga éxito.

Entonces, lo que uno se pregunta es: ¿esos delitos son perdonables? Pero algo más, hay que plantear una pregunta adicional, y es la pregunta de: ¿quién perdona? Ustedes deben conocer, muchos, haber leído el libro tan hermoso de Simon Wiesenthal que se llama *Los límites del perdón*, donde cuenta un episodio muy bello que le ocurrió en su vida cuando estaba en un campo de concentración nazi padeciendo al borde de la muerte, y un día lo llevó una enfermera a la cámara de un moribundo, y este moribundo le dijo: «Yo pertenezco a la juventud nazi y he cometido crímenes terribles» –y le contó algunos de los crímenes que había cometido– «y, como ya me voy a morir, yo quiero que un judío me perdone.» Y le cogió la mano, y Wiesenthal, simplemente, se sacó de la mano que lo asía y se retiró sin decir una palabra. Y entonces le quedó la preocupación de conciencia de si habría obrado bien o mal, y entonces convocó una especie de seminario mundial a base de preguntas a teólogos, a moralistas, a políticos, a pensadores, a periodistas, a escritores, preguntándoles: «¿Hice bien o hice mal?» Y la respuesta mayoritaria era: «Hizo bien, porque usted no estaba autorizado para perdonar, y ¿va usted a perdonar en nombre de todas las víctimas que no le habían dado poder para que perdonara?»

Y en el caso del Estado colombiano, lo que uno se pregunta es: ¿quién va a perdonar?, ¿el Estado colombiano? ¿Al Estado colombiano no se le atribuye alguna complicidad con los crímenes de ciertos grupos alzados en armas? ¿No se ha dicho que, bien por omisión o definitivamente por compromiso, el Estado colombiano tiene que ver, ha conectado o ha sido connivente con este tipo de grupos? Y entonces uno pregunta: ¿y es el propio Estado el que va a perdonar? ¿Acaso el Estado es víctima? ¿No es el mismo Estado victimario?

Con eso dirán ustedes: «Bueno, pero, entonces, toda posibilidad está cerrada.» No, yo no lo creo.

Ayer..., me remito nuevamente tanto a las exposiciones de Natalia Springer como a la de Michael Frühling y a la de Hernando Valencia, donde se proponen medios, se proponen instrumentos que parecen legítimos para llegar a una solución adecuada que nos permita salir del estado lamentable en que vivimos, pero sin renunciar a la justicia. ¿Por qué? Porque la justicia entre nosotros siempre ha ocupado un lugar absolutamente secundario, completamente secundario. Nosotros, y especialmente nuestros gobiernos, hemos estimulado una cultura de las vías de hecho.

Ahora que veo por allí a José Noé Ríos, me acuerdo de una anécdota que –yo ya voy a terminar– les voy a contar para ilustrar lo que quiero decirles. Era yo presidente de la Corte Constitucional Colombiana cuando se declaró un paro en la rama judicial, los miembros de Asonal Judicial, y, por deferencia, el presidente de la Corte Suprema me dijo que quería que asistiera a alguna reunión con los miembros de Asonal Judicial, y José Noé Ríos en ese momento creo que trabajaba en el Ministerio de Trabajo, y había una diferencia grande entre el Gobierno y los miembros de Asonal Judicial. José Noé Ríos hizo una propuesta: «Yo propongo esto», y fue acogida por los miembros de Asonal Judicial, sí. Pero le preguntaron al ministro de Hacienda: «Ministro, ¿usted avala esa propuesta? –¿Cuánto vale? –Treinta mil millones de pesos.» Y dijo: «Ni riesgos, porque no hay con qué pagar.» Fuimos donde el presidente el doctor José Roberto Herrera, presidente de la Corte, y yo, y le dijimos: «Presidente, mire en qué estado están las cosas.» Y el presidente dijo: «¿Y qué dice el ministro? –El ministro dice que esa plata no existe. –Entonces no se puede, no se puede que estalle la huelga.» Le dije al presidente: «Presidente, me parecería gravísimo que después de quince de días de paro, de traumatismo, en la Administración de justicia, los 30.000 millones de pesos aparecieran.» Naturalmente, no fueron dos, sino tres semanas en paro judicial, y a las tres semanas el arreglo no costó 30.000 millones de pesos, sino 50.000 millones de pesos, pero los 50.000 millones de pesos aparecieron. ¿Por qué? Porque un reclamo justo no es atendido si detrás no existe la vía de hecho, y a eso nos han acostumbrado nuestros gobernantes.

Entonces, ahora –termino con esto– hagamos una mera consideración de este orden. La justicia penal es una justicia retributiva: a usted se le aplica tal pena porque cometió tal delito; pero a veces se nos olvida que también la justicia distributiva tiene que ver con la justicia penal. ¿Por qué? Porque yo pregunto: ¿cómo va a ser la situación de las personas

que están en la cárcel purgando una pena de ocho o diez años por haberse calado un vehículo y tienen que pagar la pena hasta el último día, mientras las personas indicadas de delitos de lesa humanidad no van a la cárcel? ¿Es ésa una justicia distributiva adecuada? ¿Es ésa una manera de realizar la justicia para lograr la paz o de, como decía Natalia Springer, de soslayar la justicia para lograr la paz?

Tengamos presente esto: la paz es un bien altamente deseable, pero la paz no es un fin en sí mismo; la paz no es deseable por sí misma, sino que la paz permite que tengan vigencia las libertades, que tengan vigencia los derechos y que pueda administrarse justicia como se debe administrar, porque eso, vigencia de libertades, de derechos y de justicia, que es lo que informa la Constitución colombiana de 1991, es la sustancia de la democracia.

Muchas gracias.