

Delitos a la carta

Emiliano Rivas Arango

Desde la comodidad del Congreso, el legislador colombiano parece responder a cada crisis de inseguridad con la misma promesa: aumentar las penas reducirá los delitos. Esa promesa se repite tanto que se torna mantra, y el mantra se convierte en ecuación: más años de prisión, menos delincuencia. Sin embargo, esa misma ecuación, que no es más que la promesa inicial repetida en otro lenguaje, rara vez resiste el contraste con la realidad. Compromete al derecho penal, a la criminología y, sobre todo, a la política criminal colombiana.

En 2020, el Congreso reformó la Constitución para permitir la cadena perpetua contra quienes cometieran homicidio agravado o delitos graves contra la integridad y la formación sexual de niños, niñas y adolescentes. Según Ruiz López y Arenas Ávila (2022), el propio Consejo Superior de Política Criminal ya había advertido que el endurecimiento de las penas no había demostrado reducir estos delitos. Los autores también señalan que expertos penalistas calificaron la reforma de inviable e inconstitucional, pese a lo cual el Congreso decidió aprobarla. Este episodio constituye, para los autores, la primera de las tres presunciones del populismo punitivo: la creencia de que una pena más severa, por sí sola, permite reducir el delito (Ruiz López y Arenas Ávila, 2022).

No es un caso aislado: la misma promesa reaparece cada vez que estalla una crisis de inseguridad, convertida en reforma penal. Detrás de esa práctica persiste una idea antigua: que el Estado es el único capaz de ordenar la conducta social. Punto. Precisamente ahí comienza el problema. El pluralismo jurídico parte de una premisa distinta: junto al derecho estatal existen otros órdenes normativos que también gobiernan el comportamiento humano. La moral, la costumbre, el entorno familiar, el barrio o la comunidad ejercen una fuerza normativa que el legislador no crea ni controla.

La teoría clásica de la disuasión, heredera de Beccaria (1764/1993), supone un individuo que calcula racionalmente los costos y beneficios antes de actuar. Bajo esa lógica, aumentar la pena incrementa el costo esperado del delito y, por tanto, debería desincentivarlo. Mi tesis es distinta: el aumento de las penas no reduce necesariamente la delincuencia grave. En las conductas más lesivas, la decisión rara vez responde a un cálculo jurídico frío. Nadie ha visto jamás a un homicida detenerse, cuchillo en mano, para comprobar cuál es la pena aplicable. El criminal no revisa el Código Penal como quien revisa una lista de precios.

Paradójicamente, quien suele conocer con mayor detalle la legislación no es el ciudadano común, sino el estafador. Kantorowicz (1906/1949, pp. 325–327) ya había advertido esa ironía hace más de un siglo, en *La lucha por la ciencia del derecho*, donde distinguió entre el derecho estatal y el derecho libre, desarrollando las intuiciones de Eugen Ehrlich sobre el derecho vivo. Según explica, el industrial, el artista o el esposo obedecen innumerables normas sin conocerlas jurídicamente, guiados por otra brújula: la conciencia, las costumbres compartidas, la opinión de su entorno o los grupos sociales a los que pertenecen. A ese conjunto de reglas que operan sin depender del Estado lo denominó derecho libre.

La importancia de esa idea suele pasar inadvertida. Siguiendo a Kantorowicz (1906/1949), puede leerse que su crítica no se limitaba a discutir el monopolio estatal sobre la producción del

derecho: cuestionaba un presupuesto más profundo, la creencia de que la conducta humana se explica, principalmente, por las normas estatales. Si la mayoría de las personas organiza su vida conforme a órdenes normativos distintos del derecho positivo, resulta difícil sostener que un incremento de la pena pueda modificar, por sí solo, la decisión de cometer un delito grave.

Santos (1977) encontró esa intuición en la realidad. En una favela de Río de Janeiro que llamó Pasárgada, observó que la comunidad resolvía sus conflictos mediante un sistema normativo propio. El derecho estatal no había desaparecido, pero coexistía con otro orden jurídico que regulaba efectivamente la vida cotidiana. A esa convivencia entre distintos órdenes normativos la denominó interlegalidad.

Colombia conoce demasiado bien esa experiencia. Durante décadas, en amplias zonas del país, el Estado nunca consiguió ejercer una presencia efectiva. Allí, el orden normativo que regulaba la vida cotidiana no era el Código Penal, sino el impuesto por el grupo armado que ocupó ese vacío. La conducta no estaba gobernada por las normas estatales porque el Estado, sencillamente, nunca llegó a convertirse en la principal fuente de autoridad.

La reflexión de Zaffaroni (1998) ayuda a comprender esa realidad desde otra perspectiva. Si Kantorowicz (1906/1949) mostró que el derecho estatal no monopoliza la producción de normas y Santos (1977) documentó esa coexistencia en la práctica, Zaffaroni explica qué ocurre cuando el Estado comparece, sobre todo, mediante su poder punitivo. Allí donde nunca se construyeron escuelas, hospitales o instituciones capaces de generar legitimidad, tampoco se consiguió que la amenaza del castigo se convirtiera en una razón suficiente para obedecer la ley. Pretender corregir esa ausencia mediante el aumento de las penas supone atribuirle al Código Penal una eficacia que nunca tuvo.

Pawlik (2023) ofrece la pieza que falta para unir ambos hilos. Su teoría del derecho penal del ciudadano hace depender la legitimidad del reproche penal de una condición previa: que el Estado haya garantizado, no solo en el papel, un auténtico estado de libertades. Un Estado que de hecho deja zonas fuera del alcance del derecho, o que persigue el delito con extrema selectividad, puede exhibir un código penal impecable sobre el papel, pero, en sentido estricto, no logra ser lo que Pawlik llama un estado de libertades. La pena solo puede reprochar la infracción de un deber de cooperación a quien antes recibió, de ese mismo Estado, las condiciones reales para cooperar (Pawlik, 2023, pp. 19–20).

Pawlik dedica buena parte de su análisis a quienes llama los excluidos: personas que, sin estar jurídicamente privadas de derechos, viven de hecho fuera del alcance real de esas garantías, sin trabajo, sin acceso efectivo a la justicia, sin ningún vínculo con el Estado salvo el temor (Pawlik, 2023, pp. 23–24). Retomando a Ernst Fraenkel, advierte que un Estado que trata a los incluidos según normas y a los excluidos según puras medidas de fuerza se convierte en un Estado dual: garantista para unos, enemigo para otros (Pawlik, 2023, p. 27). Por eso no propone más pena para los excluidos. Propone algo más incómodo para el populismo punitivo: perseguir con dureza a quienes controlan las estructuras criminales, y tratar con indulgencia a sus miembros rasos (Pawlik, 2023, pp. 24–25). Nunca usar la exclusión social como pretexto para castigar más, ni tampoco como excusa para no castigar nada.

Colombia ya dio una respuesta institucional a este problema, aunque no por la vía que promete el populismo punitivo. La Corte Constitucional revisó la reforma de la cadena perpetua

en la Sentencia C-294 de 2021 (Corte Constitucional, Sala Plena, 2021). Encontró que sustituía elementos esenciales de la Constitución: el Congreso, como constituyente derivado, se había excedido en sus competencias. La Corte no llamó “populista” a la reforma. Pero sí reconoció, según reportan Ruiz López y Arenas Ávila (2022), la existencia de una política criminal populista en Colombia, y varias aclaraciones de voto en esa misma sentencia usaron la palabra sin rodeos. La cadena perpetua, que abrió esta entrada como promesa de mano dura, terminó cayendo por las mismas razones que aquí se han expuesto.

La hipótesis de partida era sencilla: más pena no garantiza menos delincuencia grave. Kantorowicz, Santos, Zaffaroni y Pawlik, cada uno desde un terreno distinto, convergen en la misma razón para sostenerla. El pluralismo jurídico no resuelve, por sí mismo, el problema de la inseguridad en Colombia. Pero cambia la pregunta que la política criminal insiste en evadir: ya no cuántos años más de prisión, sino si el país está dispuesto a ser, para sus ciudadanos excluidos, un Estado de normas, y no apenas un Estado de medidas disfrazado de código penal.

Referencias

- Beccaria, C. (1993). *De los delitos y las penas*. Heliasta. (Obra original publicada en 1764)
- Corte Constitucional, Sala Plena. (2 de septiembre de 2021). *Sentencia C-294 de 2021* [M.P: Pardo Schlesinger, C.].
- Kantorowicz, H. (1949). La lucha por la ciencia del derecho (W. Goldschmidt, Trad.). En *La ciencia del derecho* (pp. 325–327). Losada. (Obra original publicada en 1906)
- Pawlik, M. (2023). Presupuestos y límites del derecho penal del ciudadano (H. D. Orozco López, H. J. Sierra Olivieri y F. Fernández Perales, Trads.). *Revista Derecho Penal y Criminología*, 44(117), 11–30.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/8735>
- Ruiz López, C. E., y Arenas Ávila, R. (2022). Populismo punitivo: manifestación política vs. derecho penal. La cadena perpetua en Colombia. *Revista de Derecho*, 58, 218–252.
<https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/14584/214421446232>
- Santos, B. de S. (1977). The law of the oppressed: The construction and reproduction of legality in Pasargada. *Law & Society Review*, 12(1), 5–126.
- Zaffaroni, E. R., (1998). *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, Ediar.