

CORRUPCIÓN, VIOLENCIA Y DERECHO PENAL*

*Farid Samir Benavides Vanegas***

I

1. En mi intervención me ocuparé de establecer algunos vínculos entre la justicia penal y la corrupción. No quiere esto decir que me vaya a centrar en la corrupción de la justicia penal, cuestión sostenida por Boaventura De Sousa al mostrar que la única preocupación que surge cuando en el Tercer Mundo se habla de la corrupción y de la administración de justicia tiene que ver con la corrupción de la administración de justicia. Mi pretensión es diferente, pues busca relacionar los temas del título de esta conferencia y mirarlos desde la perspectiva de una sociología de la censura social¹, esto es, desde una sociología que se pregunta no sólo por las causas de los actos des-

* Ponencia presentada en las XXII Jornadas Internacionales de Derecho Penal, realizadas en la Universidad Externado de Colombia, del 23 al 25 de agosto de 2000. Las opiniones expresadas en este artículo sólo comprometen a su autor y no a las instituciones para las cuales trabaja. Las diferentes versiones de este texto fueron discutidas con Erika Márquez Montaña, con quien tengo una deuda enorme de gratitud por sus invaluable comentarios.

** Abogado doctrinante en el área de derecho penal.

1. Colin Sumner (ed). *Censure, politics and Criminal Justice*. Open University Press/Milton Keynes. Philadelphia, 1990; *Sociology of deviance: An Obituary*. Open University Press. Buckingham, 1994; "Censure, crime and state", en Mike Maguire, et al. (eds.). *The Oxford Handbook of Criminology*. 2th ed., Clarendon Press. Oxford, 1997 y *Repensar la desviación: hacia una sociología de la censura social* (trad. de Encarna Bodelón). Multicopiado, 1997. Original en inglés en Colin Sumner (ed). *Censure, politics and Criminal Justice*. Open University Press/Milton Keynes. Philadelphia, 1990.

viados y las razones estructurales de la definición², sino por la forma en la que ciertas categorías operan para calificar a algunos sujetos como desviados³.

2. Dentro de los nuevos objetos y sujetos de censura se encuentran los actos de corrupción y los corruptos. Como ustedes saben, hoy en día la corrupción parece haberse convertido en la preocupación central de los colombianos, al punto de que todos los días somos informados acerca de investigaciones en contra de funcionarios estatales o de nuevos casos de corrupción que se descubren en las diferentes entidades del Estado. Parece como si la corrupción fuera nueva en Colombia o como si se hubiesen superado lo que algún expresidente denominaba los índices tolerables de corrupción –obviamente sin que con ello estuviera haciendo una afirmación desde una perspectiva Durkheimiana–.

El aumento de la información acerca de la corrupción no es el producto –o al menos no solamente– de un incremento en la comisión de actos de esta naturaleza, sino que responde a una mayor percepción de la ciudadanía acerca de su ocurrencia⁴. Esto puede ser el resultado de una mayor actividad de los productores de moral, que se encargan de informar continuamente al público sobre los últimos acontecimientos, pero que a la vez se ocupan en crear opinión pública con miras a proteger ciertos intereses y así construir la verdad sobre determinados hechos⁵. En la reciente discusión sobre la revocación del mandato de los miembros del Parlamento, los medios de comunicación estuvieron bastante activos en aplicar el calificativo corrupto/a a ciertos personajes, pues tal designación servía para descalificar moralmente al contradictor y así persuadir a la opinión pública de las propias ideas⁶. No es casual que el reciente destape de la corrupción gubernamental se haya dado dentro de este marco de confrontación política⁷.

-
2. María José Añón, Roberto Bergalli, Manuel Calvo y Pompeu Casanovas, (coords.). *Derecho y sociedad*. Valencia, Tirant lo Blanch Libros, 1998.
 3. Es de anotar que el concepto de desviación, recogido por la sociología y por el derecho penal, es uno construido inicialmente por Parsons como un concepto que denota simplemente una diferencia con las valoraciones de la sociedad, desviado es simplemente quien se aparta de la norma. Posteriormente y por las necesidades del control se fue convirtiendo en una categoría negativa para ser aplicada sobre ciertos sujetos.
 4. Alessandro Baratta. "Problemi Sociali e Percezione della Criminalità. Dei Delitti e Delle Penne". *Rivista di Studi Sociali, Storici e Giuridice sulla Questione Criminale*. Gennaio, aprile 1983, anno 1 nro. 1, 1983.
 5. Josef Thesing y Wilhelm Hofmeister (eds.). *Medios de comunicación, democracia y poder*. Buenos Aires, CIEDLA/Konrad Adenauer, 1995.
 6. Jesús Martín Barbero. *De los medios a las mediaciones. Comunicación, cultura y hegemonía*. Barcelona Ediciones Gustavo Gili, 1987. Robert Park, Ernest Burgess and Roderick D. McKenzie with a bibliography by Louis Wirth. *The city*. Chicago-Illinois, The University of Chicago Press, 1925 y Colin Sumner. "Censure, crime and state", en Mike Maguire et al. (eds.). *The Oxford Handbook of Criminology*. 2th ed., Clarendon Press. Oxford, 1997.
 7. Peter Berger y Thomas Luckman. *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires, Amorrortu Ediciones, 1968.

El sistema penal tampoco ha sido ajeno a este enfrentamiento de los poderes públicos. Olvidando su papel de tercero neutral en la solución de los conflictos, propio de un Estado Liberal de Derecho, y renunciando a la solución de representación que ha caracterizado a la justicia de un Estado Social de Derecho, nuestra justicia penal se ha limitado a reaccionar ante los escándalos públicos propiciados por las luchas entre las instancias políticas, y de ello no se sigue que exista una verdadera política estatal para eliminar la corrupción *del* Estado colombiano y *en el* Estado colombiano. Frente a esa ausencia de acción estatal, hemos asistido a una función teatral en donde la corrupción ha terminado por ser el crimen por excelencia, por encima, incluso, de las violaciones a los derechos humanos, cuya frecuencia ha agotado los sentidos y ha propiciado que pasen a ocupar el peligroso papel de lo normal⁸.

3. La corrupción es de hecho un verdadero problema social, en sí misma constitutiva de violencia en contra de los ciudadanos, al impedir, mediante la apropiación de los dineros públicos, por ejemplo, que éstos puedan ver realizadas sus potencialidades y que puedan obtener bienestar. Sin embargo, la repuesta que se le ha dado constituye también un acto de violencia, pues oculta el conflicto y se limita a valerse del sistema penal como un mecanismo que aparenta que se están haciendo las cosas bien, que se está dando solución a este problema y que, por fin, los dineros públicos y las reglas del juego de la esfera privada encontrarán su cauce normal. Mediante el uso de las censuras sociales⁹, valga decir corrupto/a, el sistema penal termina legitimado y presentado como la única respuesta a los problemas sociales, con la consecuente deslegitimación de otras soluciones más efectivas y menos violentas, pero que no generan una opinión pública favorable o mayores réditos burocráticos.

4. Hasta este punto me he referido a la expresión corrupto/a como una categoría propia de una censura social. Antes de pasar a explicar cuál es mi visión de la corrupción, quisiera detenerme un poco a presentar una breve explicación de qué es una censura social y qué función cumple ésta en una sociedad como la nuestra.

Como lo ha anotado el sociólogo inglés Colin Sumner, una sociología de la censura social sirve para poner el puente entre lo micro y lo macrosocial¹⁰. El concepto de

8. Sobre el papel de los medios de comunicación en la normalización de la violencia. Cfr. Yves Michaud. *La violencia*. Barcelona, Edit. Acento, 1998.

9. El uso de las censuras se vale de un lenguaje guerrillero, como es el de *lucha contra la corrupción, combatir la corrupción, atacar los corruptos, etc.* No es casual que el estatuto para ocuparse de la corrupción se llame Estatuto Anticorrupción y que su parte más importante sea la penal (debo esta referencia al doctor Leonardo Cruz Bolívar). Este lenguaje apunta al uso de categorías de discriminación y sobre todo a propiciar una violencia generadora de derecho. Cfr. Walter Benjamín. "Para una crítica de la violencia", en *Para una crítica de la violencia y otros ensayos*. Madrid, Taurus Ediciones, 1991. Peter Fitzpatrick. *The mythology of modern law*. London and New York y Papke, Routledge, 1992. David Ray. *Framing the criminal. Crime, cultural work and the loss of critical perspective, 1830-1900*. Hamden, Conneticut, Archon Books, 1987.

10. Colin Sumner. *Censure, crime and state, Cit.*, p. 504.

censura permite establecer la percepción que el grupo mayoritario —o controlador— tiene del grupo objeto de control y, a su vez, sirve de instrumento para que esos mecanismos de control sean efectivos.

En palabras de Sumner:

Las censuras sobre la desviación se constituyen a partir de un conjunto de elementos de los discursos de dominación, a partir del despliegue de intervenciones sobre lo que se especifica como desviado o disidente. Aunque a menudo las censuras son presentadas en términos legales, técnicos o universales como meras descripciones, son calificaciones valorativas sobre lo que esencialmente es un conflicto político o moral. Por ello, es imprescindible estudiar el uso, desarrollo y sanción de tales censuras en relación a las redes de la “disciplina”, y el “tutelaje, así como su aplicación práctica a casos particulares por las agencias estatales de higiene moral y política y, por supuesto, el tipo de sector social al que se le aplica la censura¹¹.

Estas censuras han cumplido un papel crucial en el desarrollo de la sociología del delito y del derecho, pero lo que me interesa destacar es lo que anota Sumner respecto a cómo ellas *dotan de significado al acto, denunciándolo y regulándolo, pero no explicándolo*¹². A su vez estas censuras pueden ser comprendidas también en el sentido de sancionar al actor y su situación, esto es, de limitar la posibilidad de que el actor defina la situación en términos favorables para él, pues ya la censura ha provisto de una serie de información que lo hace un sujeto estigmatizable. Como anota Sumner, estas censuras al representar simbólicamente

la corrección y el mérito frente a la equivocación y el peligro, son a la vez una justificación para las actuaciones represivas contra el infractor y un intento de educarlo en los hábitos o formas de vidas deseadas. El hecho de estar frecuentemente vinculadas a principios morales les concede a estos un potencial político en relación a la lucha por la hegemonía¹³.

Son estas censuras sociales las que hacen que un determinado modelo cultural cognitivo¹⁴ se haga aceptable y, por tanto, ellas son el instrumento con el que el grupo hegemónico logra convertir su esquema de comprensión de la realidad en un esquema mayoritario. Si aceptamos que las censuras no se presentan como una ideología en el

11. Colin Sumner. *Repensar la desviación: hacia una sociología de la censura social*. Cit., p. 3.

12. *Ibid.*

13. *Ibid.*, p. 14.

14. Sobre el concepto de modelo cultural cognitivo ver Naomí Quinn and Dorothy Holland. “Culture and Cognition”, en Naomí Quinn and Dorothy Holland (eds.). *Cultural models in language and thought*. Cambridge University Press. London/New York/New Rochelle/Melbourne/Sydney, 1987. Farid Samir Benavides Vanegas. *Narraciones y estructuras. La construcción del concepto de nación en el Londres victoriano*, Barcelona, Universidad de Barcelona, 1998, p. 34.

del grupo en el poder, sino que se valen de valores o principios morales aceptados incluso por aquellos que son objeto de la censura, entonces es posible sostener que ellas no son sino un instrumento de convencimiento y de implantación de ese modelo cultural bajo la forma de un sentido común (llámese moral, religioso, etc.).

En efecto, si por censura social se entiende *el proceso práctico de desaprobación y de estigmatización que surge frecuentemente en situaciones de conflicto relacional*¹⁵, se podrá ver con toda facilidad de qué manera el sistema penal busca fortalecerse para poder conservar su poder de fijar las censuras sociales, pues *las censuras sociales han sido parte integral de los procesos de la formación de los estados, del mantenimiento del orden y del gobierno*¹⁶. Ellas son parte de nuestra constitución como estados y de la identidad que poseemos como Estado y como individuos, forman parte de nuestra percepción cotidiana de la realidad y aparecen descritas como parte de las gafas con que miramos esa realidad¹⁷. Las censuras que se establecen desde diversos sectores se convierten en sociales por la capacidad que ciertos lugares de poder poseen para desplegarlas, de modo que se produzcan sus efectos socializantes y en ese sentido en que cumple un papel importante el Estado y, en nuestro caso, el sistema penal¹⁸.

El calificativo de corrupto/a, ya sea legal o meramente social, implica no solo la calificación negativa de ciertos actos como lesivos de bienes jurídicos, sino que supone una forma de control de un grupo determinado y una estrategia de afianzamiento del grupo censor. La censura sirve para presentar al grupo censor como el grupo bueno en la relación y permite generar una opinión positiva en su favor. El sistema penal contribuye a ello al reaccionar ante cada escándalo como si solo pudiera actuar gracias a las denuncias de los medios de comunicación o de los altos funcionarios del Estado. Dada la debilidad de la sociedad civil colombiana, su capacidad para extender el calificativo de corrupto a ciertos actos es mínimo. Ese poder reside en unos pocos y responde a intereses que no son mayoritarios.

II

1. Cuando se habla de la corrupción, es normal referirse a ella en su matriz penal, haciendo siempre mención de la pérdida de los dineros del Estado, de los contratos ilegales, etc. Otros actos de corrupción que carecen de connotación penal, como el nombramiento de personas manifiestamente inidóneas para desempeñar su función o la persecución de funcionarios públicos, por diversas razones, no son considerados

15. Sumner, 1998, p. 499.

16. *Ibid.*

17. *Cfr.* Clifford Geertz. *Conocimiento local. Ensayo sobre la interpretación de las culturas*. Madrid, Gedisa y Geertz, 1995. Clifford. *La interpretación de las culturas*, México, Gedisa, 1987.

18. Sumner, 1998, p. 508.

como corrupción por parte de los ciudadanos, simple y llanamente por que sobre ellos no ha operado una censura social y por tanto no son merecedores de control.

Existe un relativo consenso acerca del hecho de que la corrupción afecta a la democracia y que mina la confianza de los ciudadanos en sus instituciones, representando un mal ejemplo para la ciudadanía que comienza a aprender que la forma de adquirir los bienes no es aquella conforme a las reglas del juego sino, más bien, que existe mayor ganancia en violar las reglas e, incluso, mientras mayores reglas sea necesario violar, mayor será la ganancia obtenida. No obstante, pocos autores se han ocupado de establecer los problemas que representa la corrupción desde el punto de vista de la vulneración de los límites entre la esfera pública y la privada. Tal perspectiva nos permitiría calificar como corrupción actos que hoy aparecen como naturales y evitar que sea una censura social la que determine en qué casos calificar un acto como corrupto o no.

2. Una de las consecuencias de la modernidad es la separación entre lo público y lo privado. En donde lo privado es el espacio reservado para los sujetos sin intervención del Estado y lo público en ese espacio en donde los ciudadanos se relacionan con el Estado. Dentro de esa esfera pública se ubica la esfera de los intercambios comerciales, pues se sujeta a reglas aplicables para todos¹⁹.

El concepto de lo público puede ser comprendido desde un punto de vista pragmático. Así, para Dewey lo público se basa en una comprensión de la comunidad como un lugar moral. Esta idea tiene fundamento en la discusión pragmatista acerca de la identidad del yo, pues, desde su punto de vista, los individuos desarrollan un sentido de autoconciencia a través de las comunidades en que viven y no sólo en ellas. Los grupos no son necesarios para llegar a ser humanos²⁰.

La presencia de esta comunidad también es importante para el desarrollo de nuestros valores, pues mientras formamos los yoes, recibimos nuestros amigos y nuestros enemigos, nuestros objetivos y nuestros tabúes. Es por ello que el desarrollo del individuo sólo se puede dar en comunidad, no obstante, ello no implica que no se pueda modificar por obra de una crítica que sea realizada de manera democrática. El Estado, por tanto, en opinión de Dewey, se subordina a la comunidad, a al cual debe garantizar su pluralidad²¹.

En consecuencia, es a esta esfera pública de ciudadanos a la que se refiere Dewey cuando efectúa el análisis del tema en su libro clásico acerca del público y sus

19. Jürgen Habermas. *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, Barcelona, Gustavo Gili, 1980.

20. James Campbell. "Dewey's Conception of Community", en Larry Hickman (ed.). *Reading Dewey Interpretations for a Postmodern generation*. Bloomington e Indianápolis, Indiana University Press, 1998, p. 24.

21. *Ibid.*, p. 34.

problemas²². La cuestión que se propone resolver es en dónde termina la esfera privada y en dónde comienza la esfera pública. La diferencia entre lo público y lo privado la encuentra en aquello que afecta directamente a las personas involucradas en una transacción y lo que afecta a personas más allá de las directamente concernidas. El público será aquel afectado por las consecuencias indirectas de una transacción y los oficiales son los encargados de velar porque ello no ocurra, esto es, de cuidar de los intereses del público²³.

Como lo muestra Melossi²⁴, la confusión que se presentó fue la de considerar al Estado como una persona moral, esto es, como un sujeto frente a los individuos y no como el cuerpo de personas encargadas de la representación de los intereses de los ciudadanos. Por tanto la labor del público es hacerse oír del Estado a través de sus representantes, o, como lo señala Dewey,

un público articulado y operando a través de representantes oficiales en el Estado; no hay Estado sin gobierno, pero tampoco hay Estado sin público. Un Estado corrupto –un gobierno corrupto– sólo se modifica cambiando el público²⁵.

El público es organizado y hecho efectivo por medio de la elección de representantes que cuidan de sus intereses con métodos tendientes a regular las acciones conjuntas de los individuos y de los grupos. Así, el Estado no es otra cosa que el equipamiento del público con representantes oficiales para cuidar de sus intereses. Pero este Estado debe existir como un Estado democrático, evitando otorgarle realidad independiente del público, pues lo que significa gobierno representativo es la presencia del público organizado para asegurar su dominio.

Dewey muestra la necesidad de que se establezcan comunidades pequeñas en las cuales los representantes sean controlables por la opinión pública, pero como esto no es posible en una sociedad de masas como la actual, lo que busca es la creación de una Gran Comunidad a través de una comunicación libre. La comunicación, en una época de fuerte influencia de los medios de comunicación, era la única salida para hacer la presencia del público realmente operativa²⁶.

3. Sobre la base de lo sostenido anteriormente, podemos decir que la corrupción es la intromisión de la lógica privada en la esfera pública, es decir, que todo acto en la cual

22. Cfr. John Dewey. *The public and its problems*. London, George Allen and Unwitu Ltd., 1927. Dario Melossi. *El Estado del control social*, Cit.

23. John Dewey. *The public and its problems*, Cit., p. 15.

24. Dario Melossi. *El Estado del control social*, Madrid, Siglo XXI Editores, 1992.

25. *Ibid.*, p. 67.

26. Robert Park. "The Natural History of the Newspaper", en *The City*. Chicago, University of Chicago Press, 1925, pp. 80 y ss.

primen los intereses particulares sobre los intereses generales debe ser considerado un acto de corrupción, si los oficiales, o sea los agentes estatales, no se ocupan del cuidado de los intereses del público sino que acuden a la protección de sus intereses particulares, realizan un acto de corrupción.

Esto implica que no podemos referir la corrupción solamente a los actos calificados penalmente como tal –llámese peculado, cohecho, interés ilícito en la celebración de contratos, etc.– sino que debemos incluir dentro de ese calificativo muchos actos que a nosotros no parecen indiferentes y aceptados socialmente, así no tengan prevista una respuesta penal o no valga la pena prever una respuesta de una naturaleza.

Recientemente se ha reconocido que la corrupción privada también genera pérdidas para los estados y que puede ser un factor distorsionador de los sistemas económicos y estatales. Al no existir un mecanismo de censura, ni un interés en ella, tales actos pasan desapercibidos para la ciudadanía y para los propios medios de comunicación. A continuación quiero mostrar cómo un ambiente democrático es un factor generador de corrupción, pero también cómo la solución a la corrupción, pero también como la solución a la corrupción, sólo puede darse acudiendo a vías democráticas. Esta paradoja de la democracia, como la Epiménides el mentiroso tiene solución.

4. La corrupción sólo es posible en circunstancias en las cuales hay una persona que toma decisiones (*decision-maker*), guiada por reglas y criterios generales, con el poder de desviarse de esas reglas y, en principio, responsable frente a otra autoridad por la validez de su decisión²⁷. Por ello puede afirmarse que la corrupción sólo es posible en contextos en los cuales exista la regulación de la conducta por medio de reglas y en donde exista también la posibilidad de deducir responsabilidad a los agentes calificados como corruptos. Como es notorio, la democracia, en donde tales condiciones se dan, resulta un espacio propicio para la corrupción²⁸.

La corrupción puede ser considerada como una característica de un sistema social o como una condición natural de los sujetos. También puede ser concebida como una forma de interacción social, determinada por la influencia de una lógica privatista en el desempeño dentro de la esfera pública. Por ello Van Duyne²⁹ nos habla de varias categorías de interacción social que pueden conducir a actos de corrupción y que resume en diversas relaciones que se presentan así: entre personas pertenecientes al sector público; entre personas del sector público y del sector privado, que es tal vez la forma más común de corrupción; entre agentes estatales y miembros de la clase política;

27. Matti Joutsen. *Five Issues in European Criminal Justice*. Hensinski, HEUNI, 1999, p. 2.

28. Esto no quiere decir que no se reconozca, desde un punto de vista externo, la corrupción en los regímenes totalitarios. Sin embargo, desde un punto de vista interno, se tratará sólo de un acto de disposición de lo que es propio.

29. Van Duyne, 1999, pp. 25 y ss.

entre miembros del sector político; entre el sector político; y el sector privado; y entre agentes particulares entre sí.

La corrupción es concebida como una *top-down disease*, un fenómeno que se caracteriza por la paradoja del líder exitoso, o sea de aquella persona que entre más éxito posee, mayor credibilidad logra y por tanto mayores posibilidades tiene de no ser descubierto y que se condensa en la máxima *el buen líder merece siempre lo mejor*. Este tipo de racionalizaciones obviamente conduce a lo que se ha denominado la actitud de Calígula, o sea la actitud tendiente a designar personas sin capacidades o a realizar favores sin cumplimiento de las mínimas exigencias de la función pública o de los beneficios propios del mercado.

Al calificar a la corrupción como el producto de interrelaciones entre los diversos sectores, debemos determinar cuál sector es el que posee mayor fortaleza para que sus actos sean calificados como corruptos y cómo su posición en la relación determinará la censura que se le aplica. De este modo, es fácil comprender por qué el funcionario inferior no está en capacidad de calificar a su jefe como corrupto, pero sí lo puede hacer el miembro de otra institución más poderosa. En una concepción democrática de lo público, todos los ciudadanos deberían estar en capacidad de determinar cuándo la esfera pública ha sido distorsionada por intereses particulares y poder actuar en consecuencia.

5. La respuesta tradicional que se ha dado en Colombia para combatir la corrupción ha sido la de acudir al sistema penal. No obstante, en un país con altos índices de corrupción, y de corrupción mafiosa similar a los de Colombia, como es Italia³⁰, en donde la corrupción llega a unos niveles que la vuelven sistemática, las sanciones penales no sólo se han revelado inefectivas sino que han producido efectos no deseados³¹. el fracaso del sistema penal responde a la lógica del hongo, pues lo que uno ve no es toda la corrupción y en tanto el sistema penal se ocupa sólo de lo evidente, con facilidad deja el problema sin solución. Dada esa ineficiencia de los sistemas penales, con frecuencia se acude en las democracias a mecanismos democráticos como el principio de transparencia, propio del respeto a una esfera pública abierta a todos los ciudadanos, y el principio del primer servidor (*first servant principle*), que implica la ausencia de privilegios para los servidores públicos, tales como los que se derivan de instancias especiales de juzgamiento que apuntan, sobre un manto de justificaciones débiles, a señalar que el servidor público merece efectivamente lo mejor³².

30. Sabrina Adamoli. *Combating Corruption*, en Matti Joutsen, *Five Issues in European Criminal Justice*. Hensinski, HEUNI, 1999, p. 61.

31. Así, por ejemplo, la corrupción en Hungría es el producto de la carencia de capital, de la privatización de las empresas y de una legislación insuficiente y/o inapropiada.

32. Las cárceles y los jueces especiales son una buena muestra de estas formas corruptas de ejercicio de la justicia penal. Van Duyne define el principio del primer servidor diciendo que puede ser llamado

Tal vez una de las peores consecuencias de la corrupción es la generación de una cultura de la corrupción. Es ya un hecho conocido la exoneración de impuestos que reciben algunas compañías escandinavas cuando colocan dentro de su rubro de gastos los actos de soborno transnacional. Ese tipo de permisiones conduce a que se piense que forma parte de los costos de transacción el pago de las *coimas* o de los *chanchullos*, sin detenerse a pensar los efectos sobre la estabilidad del sistema.

Para acabar con esta cultura de la corrupción, es preciso contar con los productores de moral, pues son ellos los que intervienen en la formación de la opinión pública, cuando no los encargados de crearla. Debe recordarse el caso de Betty la fea, que fuera criticada por recibir un soborno, pero no por realizar maniobras para salvar a los jefes. En ese caso lo relevante para la censura no fue traicionar los intereses de Ecomoda, la empresa para la cual trabajaba, sino traicionar los intereses de Don Armando Mendoza.

Por eso es importante resaltar el papel de los medios de comunicación en la generación de un control realizado por una opinión pública informada y democráticamente constituida. Así se sostiene en una reciente investigación del Instituto Europeo para la prevención y control del delito:

...los medios y los “productores de moralidad” tiene un papel importante en cambiar la percepción de la aceptabilidad de la corrupción y promover la actitud de que los recursos estatales y municipales son parte del “bien común” y por tanto no es algo que sea la “propiedad” de un servidor público, que pueda ser negociado para su beneficio personal³³.

El sistema penal no contribuye a crear ese ambiente favorable en contra de la corrupción, se limita a servir como obstáculo y como un costo adicional, pero no soluciona el problema central que es la generación de corrupción por doquier³⁴.

A continuación me ocuparé de la última parte de mi intervención, destinada a mostrar el carácter doblemente violento de la respuesta penal.

también la regla de la no excepción de uno mismo, esto es, nadie está por encima de las reglas que regulan su conducta. Las consecuencias que la aplicación de esta regla trajo para Edward Coke son conocidas.

33. Joutsen, 1999, p. 5.

34. Habermas lo refleja en esta cita: “La personalización de lo que es público constituye el cemento para las rupturas de una sociedad relativamente bien integrada, manteniendo los conflictos en las áreas de la psicología social. En tal ámbito, las rupturas sociales son absorbidas por categorías de comportamiento desviado: como conflictos privados, enfermedades y delito. Actualmente estos contenedores están desbordados”. Cfr. Jürgen Habermas. *Toward a rational society*. London, Heinemann, 1971, pp. 42 y 43.

III

1. Todos reconocemos que el derecho penal es un mecanismo violento para dar respuesta a ciertos conflictos sociales y que por esa naturaleza violenta del sistema penal es que se exige su uso como un instrumento aplicable sólo cuando los otros subsistemas del sistema jurídico o del sistema social no son capaces de dar solución racional al conflicto³⁵. Tal naturaleza justifica también que el monopolio de esa violencia se encuentre en manos del Estado y, por ello, que se sustraiga a los particulares de su ejercicio a través de la aplicación justa de la pena³⁶.

Pese al acuerdo casi generalizado que existe frente a la naturaleza violenta del derecho y, en particular, del derecho penal, no existe claridad acerca de qué significa afirmar que el derecho es violento o que la pena implica imponer violencia sobre las personas. Aún más, no existe justificación alguna, salvo la intentada por Ferrajoli desde una perspectiva utilitarista, para aceptar que la violencia que implica la corrupción pueda ser justificada por la violencia del sistema penal. No es mi intención siquiera intentar una justificación de esta naturaleza, pues ello supondría adentrarnos en una teoría acerca de la función de los sistemas normativos en una sociedad en crisis de legitimidad y no es este el lugar para una tarea de esta naturaleza. Lo que quiero demostrar es el carácter violento de la corrupción y cómo la huida al derecho penal implica, por una parte, una construcción social del problema y, por otra, un mayor ejercicio de violencia sobre los ciudadanos al optar por un mero uso simbólico del derecho penal y renunciar a la solución del conflicto.

2. La violencia puede ser definida de diversas maneras. Para algunos, como Yves Michaud³⁷, la violencia puede definirse como *el uso de la fuerza al margen de la legitimidad o ilegitimidad de esta fuerza*. El uso de la fuerza en un mundo que está continuamente en un proceso civilizatorio tiende a volverse común y pasar desapercibido para los ciudadanos, de modo que los menos adaptables al sistema son excluidos de él y convertidos en meras audiencias de los discursos públicos³⁸. Como lo anota Michaud, uno de los retos a los que se enfrenta una sociedad democrática tiene que ver con la capacidad de incluir a los sujetos que no pueden adaptarse a las exigencias del sistema. El uso de la violencia tiende a excluir los sujetos y a permitir que los detentadores de esa violencia la sigan poseyendo y ejerciendo contra los más débiles para así poder conservar sus posiciones en la sociedad.

El uso de la violencia, en el sentido que lo venimos trabajando, normalmente requiere de organización y cálculo, lo que excluye la posibilidad de un uso espontáneo de ella

35. Claus Roxin. *Problemas básicos del Derecho Penal*. Barcelona, Edit. Reus, 1975, p. 21.

36. Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón*, Madrid, Edit. Trotta, 1997.

37. Michaud, 1998, p. 7.

38. Para una distinción entre audiencia y público, desde una perspectiva Deweyana, ver Farid Samir Benavides Vanegas, 1998.

a la manera reconocida por Walter Benjamín y es por ello que la violencia que nos ha tocado presenciar en los últimos años es una violencia de este tipo y, sobre todo, una violencia expresiva y sangrienta.

Al ubicar espacialmente este ejercicio de la fuerza vemos cómo el fenómeno de la globalización no le resulta indiferente, pues *ella se inscribe en el sistema del mundo, se deslocaliza en este sistema y se encuentra mundialmente presente en nuestra percepción*³⁹. Los conflictos de ese modo dejan de ser sólo locales para pasar a ser locales y globales a la vez, esto es, se convierten en conflictos *globales*. Un ejemplo claro de este tipo de *globalización* es el que tiene que ver con las recientes guerras en Yugoslavia y los disturbios raciales en Francia, que pese a ser conflictos localizados nos afectan a todos por completo, en aspectos como las políticas migratorias o la estabilidad de nuestras monedas. Esta *globalización* de la violencia la ha hecho invisible a muchas personas, de modo que sólo cuando puede ser convertida en espectáculo es que aparece nuevamente planteando sus exigencias, pero “a pesar de toda la fuerza que tiene el espectáculo, no vemos la violencia, pues nuestras sociedades están perfeccionadas y muy bien equipadas para tratarla y disimularla”⁴⁰.

Esta ocultación de la violencia se logra a través de las instituciones del Estado, de modo que el individuo se ve perdido en una maraña de instituciones y ve cómo el derecho la organiza para ocultar la violencia y hacerla ver como algo manejable e incluso natural. Esta desorganización social permite que las identidades se pierdan, que los sujetos estén en proceso de continuo cambio, por ello es tan fácil olvidar el pasado, por eso todos los días los medios se ven obligados a presentar hechos cada vez más graves, para poder construir una nueva noticia, pues en esta época de olvidos los hechos terminan convirtiéndose en normales y por ello requieren ser continuamente recordados.

3. Este uso desestructurador de la violencia afecta las normas y produce pérdida de atractivo de todo lo legítimo, pues la desestructuración de las identidades impide que los sujetos se ubiquen en un espacio y realicen un proyecto común. Esto ha dado paso a lo que ha sido denominado la pornopolítica, o sea el ejercicio cínico del poder, el uso de las múltiples formas de violencia para conservar la situación de privilegio. Esta situación impide que la sociedad se reconstruya, que los ciudadanos alberguen nuevas expectativas acerca de las acciones de los otros. Por eso Michaud ha sostenido que:

hay violencia cuando las expectativas son inciertas, cuando puede suceder cualquier cosa, cuando entran en crisis las reglas que hacen previsibles los comportamientos y fundamentan las expectativas de reciprocidad en las

39. Michaud, 1998, p. 21.

40. Michaud, 1998, p. 50.

interacciones. Y nada es más difícil que construir costumbres de confianza mutua. Quizá sólo hace falta tener la paciencia suficiente para esperar a que las viejas generaciones desaparezcan y se lleven consigo sus rencores, sus recuerdos de masacres, de venganzas y de represalias sin fin⁴¹.

La presencia de la violencia no impide que el derecho la oculte y la haga aparecer como legítima, al precio de negar la solución a la situación generadora de violencia y, por decirlo de alguna manera, llegar a cancelarla. No es casual que en las naciones subdesarrolladas y dependientes, como la nuestra, el derecho cumple un papel importante en la sociedad. La injusticia de los intercambios internacionales lleva a que en estas naciones la única especialización posible sea aquella que permite una venta favorable de las materias primas, de modo que en tanto en los países desarrollados se cuenta con especialistas en producción de objetos, en el Tercer Mundo se producen abogados, por la necesidad de lograr un buen precio en el intercambio⁴².

Las consecuencias del uso del derecho para controlar la violencia pueden ser múltiples y van desde la solución pacífica del conflicto a través del uso de la forma jurídica⁴³ hasta la generación de una nueva violencia por la ausencia de solución y por su ocultamiento generador de resentimiento⁴⁴. Esta violencia se encuentra presente cuando “los seres humanos se ven influidos de tal manera que sus realizaciones somáticas y mentales están por debajo de sus realizaciones potenciales”⁴⁵. De este modo la diferencia entre lo efectivo y lo potencial es lo que constituye la violencia⁴⁶, esto es, la violencia se puede entender como aquello que impide que lo potencial llegue a ser efectivo o que obstaculice el decrecimiento de esa distancia. Galtung se refiere a este tipo de violencia en los siguientes términos:

(...) el nivel potencial de realización es aquello que es posible con un nivel dado de conocimientos y recursos. Si el conocimiento y/o los recursos están monopolizados por un grupo o una clase, o si se utilizan para otros propósitos, entonces el nivel efectivo cae por debajo del nivel potencial, y existe violencia en el sistema.

41. Michaud, 1998, p. 77. Discutiendo el punto con Leonardo Cruz, me hizo caer en la cuenta de la posición de Luhmann acerca de la doble contingencia y de la función del derecho para reducir la complejidad. La corrupción afecta las expectativas de la sociedad acerca de sus funcionarios y se convierte en un obstáculo para la construcción de la sociedad.

42. Cfr. Johann Galtung. “Una teoría estructural del imperialismo”, en *Investigaciones teóricas. Sociedad y Cultura contemporáneas*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 355 y ss.

43. Así lo cree Habermas. Cfr. Jürgen Habermas. *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.

44. Peter Strawson. *Freedom and resentment*. Londres, Multicopiado, 1974.

45. Johan Galtung. “Violencia, paz e investigación sobre la paz”, en *Investigaciones teóricas, Sociedad y cultura contemporáneas*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 314.

46. Galtung, 1995, p. 314 y Alessandro Baratta. *Política criminal. Entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos*, Memorias Foro de Política Criminal. Bogotá, D. C., Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 47.

Hay violencia indirecta cuando el conocimiento y los recursos son apartados de los esfuerzos constructivos orientados a acercar lo efectivo a lo potencial⁴⁷. Cualquier acto que prive a los ciudadanos o a los estados de sus potencialidades debe ser calificado como violencia. Por esa razón podemos sostener que la corrupción y su respuesta penal son violencia, pues la primera priva de potencialidades a los ciudadanos y el segundo, al ocultar el conflicto y no solucionarlo, les priva de una salida a sus problemas sociales.

4. Cuando la corrupción priva a un pueblo de dineros que podrían ser utilizados en el desarrollo de tareas conducentes al bienestar de los ciudadanos, se convierte en una forma de violencia en su contra, de manera que los priva de potencialidades que a otros sí reconoce.

Frente a este tipo de violencia responde el sistema penal ejerciendo su propia violencia⁴⁸, en el primer sentido expresado por Michaud. No obstante, si observamos las cifras de eficacia del sistema penal en la solución de los casos de corrupción –y obviamente de muchos otros casos– notamos que no dejan de ser aterradoras. El sistema penal colombiano se revela como una fuerza –o sea una violencia– inútil para dar respuesta a los conflictos de los ciudadanos. Para apaciguar esa violencia que ejercen los corruptos se acude a un mecanismo que sólo se ocupa de atacar la cabeza del hongo, o sea a las cabezas más visibles de esos actos de corrupción. Sin embargo, la utilización privada de los recursos públicos o la vulneración de las reglas de juego en la esfera pública se sigue presentando. Ante esta ineficacia del sistema y ante ese propiciamiento, por su omisión en solucionar el conflicto, no podemos menos que concluir que los ciudadanos colombianos nos vemos expuestos a un doble tipo de violencia, aquella que proviene de la corrupción y aquella que surge de la ineficiencia de un sistema último que se toma para sí la facultad de dar solución al problema sin realmente poder hacerlo.

47. Galtung, 1995, p. 315.

48. El derecho ha estado relacionado desde tiempo atrás con la violencia. Desde el punto de vista de Benjamín, por ejemplo, la violencia puede ser conservadora o fundadora de un nuevo derecho. Señala Benjamín que el orden legal “insiste, en todos los ámbitos en que fines personales puedan satisfacerse mediante la violencia, en establecer fines de derecho que, sólo a su manera, puedan ser consumados usando violencia legal”. Benjamín lo sustenta en una máxima; “todo fin natural de las personas individuales colisionará necesariamente con fines de derecho, si su satisfacción requiere la utilización, en mayor o en menor medida de la violencia”. De esta máxima se deduce que el derecho considera que la violencia es peligrosa en manos individuales. Pero es claro para Benjamín que lo que se busca no es proteger los fines de derecho sino al derecho mismo y por ello en la violencia que se ejerce en contra de quienes buscan sus fines naturales a través de la violencia se encuentra el temor del derecho de perder su poder de fijar los fines de derecho, o sea de crear y sostener su propio derecho. Por ello se sostiene por parte de este autor que la “fundación de derecho equivale a fundación de poder y es, por ende, un acto de manifestación inmediata de la violencia. Justicia es el principio de toda fundación divina de fines; poder, es el principio de toda fundación mítica de derecho”. De este modo la violencia de que se vale el sistema penal se explica como parte de una fundación o de una conservación de poder, del poder de definir lo permitido y lo prohibido, pero, sobre todo, del poder de señalar cuáles son los objetos de censura. *Cfr.* Benjamín, 1991, p. 26.

Esta ineficacia lo que nos muestra es la inidoneidad característica del sistema penal para dar respuesta a los problemas sociales de mayor importancia. El riesgo de confusión entre lo político y lo judicial es bastante grande y a ello nos hemos visto enfrentados en muchas ocasiones. Por ello, si se quiere solucionar verdaderamente el problema de la corrupción en Colombia se tendrá que empezar a dar respuestas verdaderamente eficaces. Las teorías de la transparencia de la función pública, que deriva en un control ciudadano, la del primer servidor y la de conformación de condiciones de respeto de las leyes a través de los denominados productores de moral (*moral producers*) como la escuela o los medios de comunicación, se revelan como mecanismos más aptos para conseguir el objetivo deseado.

La corrupción puede ser manejada por la vía de las censuras, como se ha venido haciendo, pero los riesgos de que los mismos hechos se repitan una y otra vez son altos. La única salida posible es construir una esfera pública democrática y controlar desde ella todos los actos del Estado, hacer que el servicio público verdaderamente sirva al público. Sobre la base de una adecuada definición de lo público debemos atacar toda distorsión privatista de la esfera pública. Muchos son los mecanismos posibles para dar salida a esta crisis de legitimidad del Estado colombiano, en todo caso el menos apto de ellos es el sistema penal. Para terminar sólo quiero decir que una democracia débil como la nuestra no se fortalece de manera autoritaria⁴⁹, pues la democracia sólo puede protegerse con más democracia.

49. La corrupción en la justicia sin rostro es una clara muestra de cómo las respuestas autoritarias sólo son generadoras de mayor corrupción. *Cfr.* Sergio Moccia. *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*. Prefazione di Alessandro Baratta. 2ª ed., Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 1997. Jesús María Silva Sánchez. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid, Cuadernos Civitas, 1999. Este último se refiere a los riesgos que se presentan frente a la expansión del Derecho Penal y cómo éste ha dado respuesta a los conflictos sociales de los últimos años.

