

La corrupción: tensión entre lo político y lo jurídico

Andrés Botero Bernal*

RESUMEN

En las sociedades occidentales contemporáneas la corrupción presenta una profunda contradicción interna: la apropiación política del fenómeno en tanto funcional para el mantenimiento del sistema imperante, y la motivación jurídica que pretende modificar lo existente. Esto ha originado una tensión entre lo jurídico-judicial y lo político-legislativo-ejecutivo, la cual es posible poner de manifiesto en dos situaciones sociales específicas: el síndrome normativo y la eficacia simbólica. En estos dos eventos, el poder-decir jurídico pretende imponerse sobre el ejercicio político estricto, imponiendo no sólo su lógica sino también su escala de valores. Pero lo político estricto no soporta ataduras, máxime que el poder se llama a sí mismo, y es en estos escenarios donde lo político intenta la consecución de su principal fin: crecer, por medio de la sujeción del discurso que paradójicamente pretende controlarlo: el Derecho.

Este aparatoso y complejo proceso de interacción entre lo jurídico y lo político, en lo que a la corrupción se refiere, tratará de ser explicado en el presente artículo. Para este efecto será necesario explorar el sentido y el alcance de la corrupción en la contemporaneidad, así como de la eficacia simbólica y del síndrome normativo, para luego establecer las conexiones entre estos tres órdenes.

Palabras clave

Corrupción, síndrome normativo, eficacia simbólica, derecho anticorrupción, sistema político.

* Abogado y filósofo. Investigador de la Universidad de Medellín. Este escrito está fundado en una investigación cofinanciada por el Grupo de Bioantropología de la Universidad de Antioquia (1999-2000). Correo electrónico: anbotero@udem.edu.co

ABSTRACT

In the contemporary western societies corruption presents a deep internal contradiction: the political appropriation of the phenomenon because it ends to be functional for the maintenance of the system, and the juridic motivation that it tries to modify the status quo. This has created a tension between the law-judicial and the politic-legislative-executive. This tension is visible in two specific social situations: the normative syndrome and the symbolic effectiveness. In these two events, the law tries to prevail on the political praxis, imposing not only its logic but also its value system. But politics does not accept ties, since power reproduces itself; it's in these spaces when politics reaches it's main goal: to grow. This growth is paradoxically attained through the very same subject that it tries to control: the law This complex process of interaction between politics and law, in corruption, is the objective of this essay. Por this purpose will will be necessary to explore the meaning and the scope of corruption today, as well as the symbolic effectiveness and the normative syndrome, in order to try to establish the connections between these three concepts.

Key words

Corruption, normative syndrome, symbolic effectiveness, anticorruption law, political system.

INTRODUCCIÓN

La corrupción presenta en las sociedades occidentales contemporáneas una contradicción interna que la caracteriza: la apropiación política del fenómeno en tanto funcional para el mantenimiento del sistema imperante, y la motivación jurídica que pretende modificar lo existente. Esto ha originado que subsista de fondo una tensión entre lo jurídico-judicial y lo político-legislativo-ejecutivo, la cual es posible poner de manifiesto en varios hechos sociales concretos. Sin embargo, he escogido dos situaciones sociales específicas para poner en evidencia esta tensión y cómo en ellas lo jurídico en sentido estricto (a normativa) y en sentido organizacional (lo judicial) entra en conflicto con lo político¹, denotándose un ejercicio de poder-decir dónde y cómo se la juega la corrupción.

Estas situaciones específicas son el síndrome normativo y la eficacia simbólica. En estos escenarios, el poder-decir jurídico pretende imponerse sobre el ejercicio político estricto, no sólo imponiendo su lógica sino también su escala de valores. Pero lo político estricto no soporta ataduras, máxime que el poder se llama a sí mismo, y es en estos escenarios donde lo político intenta la consecución de su principal fin: crecer, por medio de la sujeción del discurso que paradójicamente pretende controlarlo: el Derecho.

La paradoja opera de la siguiente manera: lo jurídico pretende, con su poder, decir qué es, cómo opera y dónde se presenta la corrupción, limitando así el ejercicio de lo político estricto (como lo sería el ejercicio cotidiano del poder ejecutivo). Incluso esto se puede justificar y explicar bajo una lógica del discurso político (el Estado Democrático de Derecho). Pero lo político, y allí opera la tensión de fondo, intenta abrir nuevos frentes no regulados, o en los ya regulados sujetarse al Derecho para evadir una de las caras de toda norma jurídica: la motivación de una conducta.

Y es que el Derecho, aparte de describir conductas, las valora y con ello pretende motivarlas o desmotivarlas según el caso. Allí, en estos juicios motivacionales, muy dejados de lado por buena parte de la doctrina académica que ha centrado sus estudios en lo meramente descriptivo de la norma, se juega el futuro del Derecho anticorrupción, puesto que el poder objeto de control es capaz de sujetar la descripción de la norma para adecuarla a sus intereses (casos se han visto) pero no se motiva así la conducta deseada: la honestidad en el manejo de la cosa pública nacional o extranjera”.

Entonces observamos cómo los sistemas políticos hacen un uso del Derecho que parece más un abuso. Cuando el sistema político corrupto invade el mundo jurídico, atiborrándolo de normas anticorrupción, pero de manera tal que ellas simplemente rijan como un símbolo

funcional para el propio sistema (corrupto), se logra poner el frente descriptivo del Derecho al servicio de lo que pretende controlarse.

Así, en este trabajo, pretenderé poner en evidencia el discurso político-corrupto que abrocha al Derecho, mientras queda el sabor de que se le está respaldando, y cómo esa tensión Derecho-Política ha generado varias dinámicas que pondrán en tela de juicio la primera y fortalecerán la segunda, lográndose que el poder-decir qué es, cómo opera y dónde existe la corrupción sea decisión de intereses políticos y no por certezas judiciales.

Allí juega un papel crucial el jurista, en tanto que éste defenderá el Derecho como un control al ejercicio de los poderes públicos. Y aludo al jurista y no al abogado rescatando aquella histórica distinción¹. Ser jurista implica, de suyo, un ideal del abogado responsable. Entonces, al abogado que guía su acción por medio de una visión responsable y cosmopolita⁴, es a quien considero en este trabajo como jurista.

El orden de exposición del presente escrito será el siguiente. Luego de la introducción, haré una breve reseña crítica de la corrupción en la contemporaneidad. A reglón seguido mencionaré qué es la eficacia simbólica y explicaré cómo ella opera en cuanto al Derecho anticorrupción (en adelante DAC). Posteriormente haré este mismo ejercicio pero en relación con el síndrome normativo. Y terminará este escrito con las correspondientes conclusiones.

Para finalizar este acápite introductorio es menester indicar que se funda en una ponencia presentada en el VI Encuentro Internacional de Juristas, en el marco de la Feria Internacional del Libro de Guadalajara (México) y en una investigación realizada en el Grupo de Investigación de Bioantropología de la Universidad de Antioquia, denominada “Diagnóstico General de la Eficacia del Sistema Jurídico Colombiano”.

Ahora bien, una vez hechas estas precisiones introductorias, éntrese en materia.

1. Reseña crítica de la corrupción en la contemporaneidad

No pretenderé conceptuar la corrupción en este acápite, primero porque no sería suficiente un texto entero para ello y segundo porque el interés central de este escrito es poner de manifiesto el conflicto de fondo entre lo jurídico y lo político en dos fenómenos concretos (la eficacia simbólica y el síndrome normativo). Sin embargo, es necesario hacer algunas precisiones clarificadoras sobre la corrupción, las cuales servirán de marco teórico de los otros capítulos.

La corrupción tiene un núcleo duro y una zona de penumbra¹. Nadie dudará que ofrecerle dinero a un funcionario público para la realización de un trámite al cual no tengo derecho,

es un acto de corrupción. Pero hay una zona de penumbra: si se ofrecen elogios o se enaltece el ego del funcionario público, para con ello obtener una mejor posición en la reclamación justa de un derecho ¿será corrupción?

Con respecto a esto, la ley no hace ni puede pretender hacer claridad absoluta en todas las conductas posibles para señalar qué es corrupción y qué no lo es. En otras palabras, si es difícil hacer juicios morales certeros en las zonas de penumbra, en el Derecho las cosas no serán mejor. Entonces, no puedo dejar de prevenirlos de que en la corrupción, como en el lenguaje, hay conductas humanas que no ofrecen mayor dificultad para su juzgamiento, pero no siempre será así.

Incluso las tradicionales concepciones de corrupción presentan esta misma dificultad. Piénsese en la siguiente: corrupción es la desviación de poder con precio. Desde esta noción, el particular que da una dádiva pecuniaria (precio) a un funcionario público, para que éste deje de actuar como debe en un caso concreto estaría en un caso de corrupción. Allí no habría problema. Pero... si existe la dádiva pecuniaria sin que se constituya una desviación de poder (piénsese en el particular que ofrece dinero a un funcionario público porque éste hizo diligentemente su trabajo), las cosas se dificultan un poco⁶. Otro caso: desde esta noción en concreto, si hay desviación de poder pero sin un precio o con una dádiva de por medio pero no apreciable pecuniariamente, ¿qué pasaría allí?, ¿sería corrupción?

En consecuencia, cualquier noción que se traiga a colación, a lo sumo, podrá clarificar un mayor número de casos, ampliar la zona dura del significado, pero es difícil que no deje espacios de penumbra.

Claro está que hay algo de núcleo duro en cuanto a la corrupción, independientemente de la noción que se tome: es una amenaza para las sociedades democráticas contemporáneas.

Igualmente, otro aspecto que considero propio del núcleo duro del significado político de la corrupción, es que se ha señalado para donde no debe ser cuando de países corruptos se habla. Se señala con dedos inflexibles y sin atisbos de duda al Tercer Mundo cuando se habla de corrupción. ¿Pero qué pasa con la corrupción de los países del Primer Mundo? Son formas de corrupción diferentes, pues la supranacionalidad en Europa (UE) impuso unas maneras del ejercicio de lo político diferentes del Tercer Mundo. Súmese a lo anterior que el neoliberalismo ha traído como una funesta consecuencia el incremento de la corrupción y un énfasis en la internacionalización del fenómeno con un creciente poder sobre el mismo por parte de los centros hegemónicos mundiales. Y este panorama se presenta ante lo jurídico maniatado, puesto que la libre circulación de los bienes y los capitales no trajo consigo una libre circulación de los trámites judiciales (a lo sumo se ha

incrementado la suscripción de tratados de intercambio de pruebas judiciales). Es más: la corrupción va atrás en cuanto al principio de universalidad de la acción penal, que ya se predica en los crímenes de lesa humanidad.

Detrás de la corrupción del Tercer Mundo está un Primer Mundo corruptor. ¿Por qué en los listados internacionales de países corruptos no aparecen encabezándolos los países pioneros en ofrecer sobornos y prebendas a los gobernantes del Tercer Mundo? ¿Será acaso que para muchas instancias internacionales el núcleo duro de la corrupción es recibir el soborno y no su ofrecimiento? Si se equiparan, en cuanto valores, la corrupción de entrada (recibimiento) con la de salida (ofrecimiento), se tendrá que dichos listados estarían encabezados por otras naciones. ¿Acaso es válido sostener que mil millones de dólares en ofrecimientos en soborno (en sentido amplio) por parte de empresas y gobiernos del Primer Mundo son moral y jurídicamente menos lesivos que los mismos mil millones de dólares recibidos por los servidores públicos del Tercer Mundo? Entonces, ¿quién es más corrupto? Aquí igualmente, entran en consideración los países-paraísos fiscales, los cuales son, en muchos casos, centros de almacenamiento de dineros producto de la corrupción.

Otra cosa: la corrupción es causa y efecto de una manera de ver el mundo por parte del funcionario: considerar que lo público que está bajo su cuidado hace parte de su mundo privado. Así, confunde y, lo que es peor aún, justifica los manejos privados (apropiación de dineros estatales, sería un caso) de lo que es público. Y esta forma de ver el mundo por parte de varios funcionarios públicos, está en relación directa con un fenómeno que es el gran riesgo de las democracias occidentales: el marketing electoral.

Las democracias pueden degenerar en demagogias –ya lo señalaba Aristóteles en “La Política”–. Y esta demagogia en la contemporaneidad se reviste, entre otros ropajes, de marketing electoral. En las democracias occidentales un gran riesgo es que se elijan gobernantes y legisladores por sus bellos rostros, por sus excelentes imágenes publicitarias, etc. ¿Cómo atizar normas efectivas en lo real / cotidiano contra la corrupción cuando su discurso hace parte de la comedia electoral? Esto lo expondré con mayor ahínco cuando me refiera a la eficacia simbólica del Derecho.

Ahora bien, lo acabado de escribir me remite a un nuevo aspecto: las miradas cuando se trata de hablar de corruptos van hacia el sector oficial y a los países tercermundistas. Sobre esto último ya me referí, pero sobre lo primero es importante poner en evidencia el prejuicio que califica a lo privado como el modelo a seguir, cuando muchas iniciativas de corrupción provienen de allí. Es más, ya es hora de que empiece a hablarse de la corrupción derivada de decisiones políticas que son tomadas previa concertación privada

sobre el fondo de las mismas. Un ejemplo de esto último sería cuando un grupo económico importante toma una decisión, la cual se enmascara de decisión política, sabiendo todos quién es el “poder detrás del trono”⁷.

Bueno, quedaron muchas cosas por decir, pero sirven de reseña para lo que a continuación se indicará.

2. Eficacia simbólica

La palabra eficacia ha sido objeto de centenares de estudios, en su mayoría propios de la sociología organizacional y de la administración. Claro está que no han sido pocos los trabajos jurídicos que han indagado las turbias relaciones entre eficacia y validez de la norma, y si alguna presupone o requiere de la otra.

Para introducir este aspecto concreto debe indicarse lo siguiente:

- Tomaré por eficacia la conformidad de la conducta social con la conducta motivada por la norma. No se tendrá en cuenta la distinción entre eficacia, eficiencia y efectividad, y el núcleo duro de estos términos quedará comprendido dentro de lo que en este artículo se ha denominado como “eficacia”. La eficacia es diferente de la validez formal de la norma, y se presupone en este trabajo que las normas existentes del DAC son válidas formalmente (es decir, son parte integrante del ordenamiento jurídico internacional), pasando sólo a diagnosticar su conformidad o no con la conducta social relevante. Además, debe diferenciarse eficacia de legitimidad. Una norma legítima deberá ser, en principio, eficaz, pero no toda norma eficaz es legítima; piénsese en el caso de las normas que son cumplidas por el miedo a la sanción (facticidad del Derecho) y no por un “arrojamiento” legitimador de la misma. ¿Y cuál es la importancia de la indagación de la eficacia de un sistema jurídico? La respuesta la advierten incluso los defensores del formalismo jurídico: la eficacia general es condición de la validez de un orden jurídico. Un orden jurídico con alto nivel de ineficacia tiende a ser reemplazado (ejemplo: la revolución que instaura un nuevo poder político, o el desuso durante un período prolongado de una norma), independientemente de su validez formal. Estos aspectos serán desarrollados más adelante.
- El concepto de eficacia simbólica desborda lo jurídico. Es más, su esbozo se debe a la antropología y a la sociología. Sin embargo, la manera en que Lévi-Strauss⁸ toma este concepto no corresponde a la forma como aquí se asumirá. Igualmente, ya existen algunos trabajos jurídicos que parten de este concepto, en los cuales se apoya, parcialmente, el presente trabajo investigativo⁹.

- El tema de la eficacia, ha sido objeto de importantes estudios jurídicos. Recuérdese, sólo para mencionar un caso, cómo Kelsen, dentro de su teoría pura del Derecho, funda su explicación de la revolución y de la costumbre como elementos extra-sistemáticos incorporados en el interior de la pirámide a partir de juicios de eficacia. Es más, señala -quien fuera calificado como el jurista del siglo XX- que si la Norma Fundamental, que se presupone, no es eficaz, entonces toda la pirámide jurídica perderá su validez. Súmese a lo anterior la preocupación del positivismo en su vertiente realista en identificar la eficacia de la norma (frente al juez) con la validez de la misma, llegando a señalar en más de una oportunidad que la norma será tal si ésta previsiblemente será acatada por los jueces (en sentido amplio)¹⁰.

Entonces, no puede caerse ni en la posición extrema de identificar validez con eficacia, pues es indudable la existencia de postulados jurídicos ineficaces (como la norma recién creada y que apenas empieza a ser puesta en circulación social, o la norma que está camino a desuso, entre otros casos); pero tampoco puede aceptarse que la validez y la eficacia son términos sin ninguna relación entre sí, pues de afirmarse tal cosa caeríamos en una pedantería, la cual consistiría en creer que el Derecho se ocuparía de lo ideal (el sistema válido formalmente) independientemente de sus consecuencias sociales, cayendo de suyo en un ordenamiento de espaldas a la realidad. La norma ineficaz, en todo el sentido de la palabra, tiende a perder con el paso del tiempo su función social, e incluso su propia validez; súmese a esto que una norma jurídica, para regir en el campo del “deber ser”, requiere un “ser” (la ley, una existencia verificable en el mundo ontológico). Entonces, ¿cuál puede ser el camino de comunicación entre la validez y la eficacia? Son varios los trabajos que han propuesto soluciones interesantes”, pero adolecen de implementar un nuevo concepto que clarificaría varios momentos de comunicación entre la validez y la eficacia: la norma ineficaz en lo real / cotidiano, puede ser muy eficaz en tanto símbolo. Entonces, podría afirmarse que las normas buscan algún grado de eficacia (aunque no todas lo logren); lo que resulta objeto de sospecha es qué grado de eficacia.

- Parto de un prejuicio, como en todo: considero que la norma jurídica tiene vocación de eficacia. La vocación de eficacia no supone que sea eficaz en el mundo de la vida. Allí se juega el reto del jurista: estar en actitud crítica frente al DAC y la forma en que éste busca ser eficaz, pues hay normas jurídicas que son creadas con un ánimo simbólico cuando la visión responsable del jurista indicaría que ellas debe tener, además, una eficacia en lo real / cotidiano.

Ahora bien, como ya se dijo antes, sobre la eficacia del Derecho se ha escrito bastante, pero no es el interés de este texto arrojar como resultado un estado del arte sobre la eficacia y su relación con la validez de la norma, sino identificar aspectos -hechos concretos- donde la norma no es eficaz en lo real/cotidiano, independientemente de su validez formal, la cual se va a presuponer tal como ya se anotó. Igualmente, no indagaré por el efecto sobre la validez formal de una norma ineficaz.

Entonces, una vez delimitado el campo de este capítulo, debo indicar que una de las características propias del DAC contemporáneo es la relacionada con el profundo abismo entre validez y eficacia, esto es, el problema de la eficacia simbólica.

La eficacia simbólica ha sido un fenómeno que data de antiguo, y además supone, generalmente, un aparejamiento con otros fenómenos que se describirán en este trabajo (como el síndrome normativo). Un ejemplo histórico de una norma con un trasfondo simbólico que termina sustituyendo a la eficacia real / cotidiana de la misma es el siguiente: Fray Diego Bravo, en una obra titulada “Manual de Escribanos útil y necesario para los legados y escrituras tocantes a la Orden de San Francisco, de la regular observancia”, es explícito en condenar desde el derecho eclesiástico y desde la regla de la Orden la aceptación de herencias testamentarias por parte de algún franciscano, dado que heredar es suceder en el derecho del difunto, cosa que se opone al voto de pobreza del fraile pues éste los hace “incapaces de todo derecho civil”. Sin embargo el propio Fray Diego Bravo, a renglón seguido de la prohibición, propone todo un rodeo jurídico para que una herencia pueda ser aceptada por los franciscanos, sin menoscabo formal del cumplimiento de su regla, y de forma tal que el símbolo religioso permanezca incólume: “Cuando algún testador quiere mandar, y dejar toda su hacienda a los sobredichos frailes menores de la observancia, porque lo encomienden a Dios, o con alguna carga de Misas, u otros oficios, o porque tiene devoción de hacerles limosna graciosamente de ellas para bien de su alma, en este caso, para que sea válida la manda, en ninguna manera se ha de decir, ni se ha de escribir, que los deja por herederos, sino que instituye por heredera a su ánima en esta manera: que quiere, y es su voluntad, que se venda toda su hacienda por sus Albaceas, y testamentarios, o otras personas, y que la cantidad de maravedís que de ella resultare, se dé limosna a los Frailes menores de tal convento, o se les compre lo que tuvieren necesidad, es a saber, pan, vino, trigo, o aceite, etc., o materiales para la obra”¹². De esta manera, se testa a favor del ánima, para que los bienes puedan pasar a manos de la Orden, garantizando así parabienes al alma, muy necesarios en su tránsito de esta vida a la otra. Existen muchos otros ejemplos que pueden mencionarse, pero el interés del presente trabajo no es otro que llamar la atención sobre el uso que hoy día se le da a la norma, en cuanto su eficacia

simbólica que sustituye, en vez de reforzar, la eficacia que he denominado por oposición “real”.

Pues bien, sobre la eficacia simbólica de los preceptos jurídicos, se ha dicho que “los contratiempos que surgen en la etapa ejecutiva conducen con frecuencia a la ineficiencia de las normas; suele entonces atribuirse la responsabilidad de este fracaso a la falta de previsión de la realidad por parte del creador del texto jurídico o a la incapacidad de las instancias encargadas de la aplicación para llevar a buen término los objetivos propuestos en la norma o, incluso, a la falta de comunicación entre ambas instancias”¹³. Naturalmente, este fracaso es evidente en cualquier materia donde se ha querido responder a un problema social con la mera expedición de normas, pues, si algo está claro, es que el remedio a un mal no radica necesariamente en el incremento de la dureza del Derecho, sino, entre otras cosas, en la efectividad de las medidas que imponga, así como en el afianzamiento del constante respeto a la ley y a los derechos de los demás por parte de la población, cuestión que se logra a partir de diversos controles socio-culturales razonables.

Las diferentes normas internacionales y manifestaciones de voluntad política en contra de la corrupción son un buen ejemplo de hechos internacionales proclives a concretizarse en la instauración de un símbolo, muy importante desde el panorama político, pero sin que ello implique una real intención de luchar contra la corrupción. En este caso puede observarse claramente cómo se la juega en este fenómeno el síndrome normativo, que más adelante se explicará, y cómo opera el juego de poder que se ha cernido en torno a la creación y a la puesta en marcha del mismo¹⁴, un juego de poder que enfrenta el derecho a la realidad que viven los individuos y las organizaciones, la cual se resiste al cambio, pretendiendo que salga victoriosa la norma. ¿Y cómo se la juegan, en tanto eficacia simbólica, las normas internacionales y las declaraciones políticas en contra de la corrupción? Dichos postulados instauran un símbolo que circula en el ámbito internacional (el país que emite dicha declaración o ratifica un tratado internacional que crea instrumentos para la lucha contra la corrupción verá que crecerá con ello su simpatía mundial) y nacional (dicho Estado hará circular en cuanto medio comunicativo -formal o informal- el símbolo instaurado, para calmar presiones internas que pedían acciones concretas contra la corrupción); pero al momento de hacer cumplir los instrumentos anticorrupción, la máquina falla, algo sucede. Así la obligatoriedad de la norma internacional es objeto de manipulación por medio de su eficacia... simbólica, a la vez que así se reconfigura y se fortalece (por lo menos momentáneamente) el poder-decir que tras ella se encuentra. La eficacia simbólica en las normas jurídico internacionales resulta muy funcional entre los sistemas corruptos. Surge entonces una interesante paradoja: puede ser funcional para un hecho la emisión normativa en contra de éste; en otras palabras, un sistema político corrupto en ciertas circunstancias

optará por la suscripción de normas internacionales contra la corrupción, pues de esta manera se afianza el sistema corrupto, con tal que la eficiencia de dicha norma sea, tal como aquí se ha denominado, simbólica.

Otro ejemplo dará más ilustración al respecto: Es parcialmente funcional para un sistema corrupto poner en evidencia su corrupción. En tanto más circule socialmente la evidencia de la corrupción, el sistema corrupto podrá lograr mayor especialización, a la vez que el ciudadano común se alejará del sistema (abstención). Es algo así como cuando el niño escupe la sopa, logrando de tal manera que ésta quede sólo para él, pero para que se logre el efecto es necesario que los demás lo vean escupiendo o sepan de ello. La evidencia de la corrupción bajo los efectos de eficacia simbólica genera impunidad, abstencionismo electoral, especialización de la corrupción, disminución de los mecanismos de participación democrática, etc.

Con toda razón ha dicho García Villegas: “El problema fundamental no se limita entonces a la pregunta por las causas del fracaso del derecho, sino más bien a la cuestión de saber en qué medida dicho fracaso responde mejor a un juego de poder dentro del cual el derecho cumple una función determinante. De esta manera, el asunto no es que el derecho choque con la realidad que se resiste al cambio y por eso resulta ineficaz; es más bien que la realidad no cambia porque choca con la resistencia del derecho, el cual persigue por sí mismo la ineficacia”¹⁵ material.

Pero hay normas jurídicas que sólo buscan una eficacia simbólica y ello no es un reto para el jurista. Si por ejemplo el Alcalde de un municipio expide una norma que instauro un “día cívico” con ocasión de una efemérides, es obvio que dicho postulado busca una mera eficacia simbólica¹⁶. Otro ejemplo podría ser el siguiente: cuando en los estatutos de una organización internacional se estipula que ésta tenga el nombre de un líder, con el ánimo de dar un sentido homenaje al mismo y de publicitar sus valores esperando que sirvan de ejemplo, esta disposición de sus estatutos no tiene más efecto que la instauración del símbolo y no tiene más expectativa que dicho símbolo circule con la intención del emisor.

Lo que sí se constituye en reto para el jurista es estar siempre en actitud de sospecha sobre las intenciones sistémicas que buscan que las normas que no sólo tienen vocación de eficacia simbólica se agoten allí, solicitando entonces que éstas eyecten hacia la motivación de la conducta social.

Entonces, ante semejante estado de cosas, la reacción que debe afrontar la sociedad civil en un Estado democrático es la reivindicación de la fuerza de lo razonable, plasmada especialmente en sus normas jurídicas lo cual se logra, entre otros mecanismos, propug-

nando porque se le den las apropiadas interpretaciones a la normativa vigente, evitando, a cualquier costo, el síndrome normativo. Se debe, pues, contrarrestar la mera eficacia simbólica del derecho con procesos de eficacia material¹⁷, es decir, se deben crear normas que motiven la conducta socialmente relevante y que a su vez se constituyan en verdaderas gestadoras del desarrollo social, fuera de todo interés partidista y vengativo. Desde luego, estos procesos racionales que se le imponen a los abogados como solución a los graves problemas normativo-valorativos ya denunciados, exigen estudios profundos desde ópticas críticas, nunca bajo miradas ligeras y mediocres, siempre abiertas a la discusión y a la deliberación con argumentos claros y coherentes.

Así las cosas, los mecanismos de poder que propiciaron el surgimiento de un derecho no gestor del cambio social¹⁸, a pesar de aparentar que silo hace, ilusionan al ciudadano que con la sola emisión del discurso normativo (incremento de las penas a quien matare a otro, por ejemplo) se obtendrían resultados (fin de los homicidios), efectos que no han pasado de ser simbólicos. El derecho aparece, entonces, buscando el logro de una eficacia simbólica alejada de lo real / cotidiano.

Es, entonces, en la eficacia simbólica, donde puede ponerse en evidencia cómo el juego de lo político termina sujetando el discurso jurídico. El sistema que debía ser el controlado termina controlando al controlador, en tanto lo manifiesta, lo predica, lo exige, lo publicita, lo instauro como símbolo, pero no lo cumple en lo real / cotidiano. Grave sería que el Derecho no se diera cuenta de ello; y una vez éste se percate de este control al que ha sido sometido buscará una revancha, pues definitivamente el discurso jurídico también tiene algo de discurso político y, por tanto, no soporta ser segundo.

3. El síndrome normativo

Sin duda, el DAC está siendo invadido por un fenómeno que puede denominarse como el síndrome normativo, en virtud del cual la corrupción (como problema social-político) se enfrenta con la mera producción de normas jurídicas de todas las clases y en todos los niveles. Este fenómeno es perfectamente identificable en todos los ámbitos territoriales del Derecho y se asemeja, profundamente, a la inflación y a la devaluación, en la medida en que la gran expedición de normas jurídicas -al igual que la producción de mercaderías en serie- puede generar un notable descuido de la calidad en el proceso de creación de las mismas. De esta manera, al crecer su número, no logran cumplir ya su función: la certeza del derecho¹⁹. A veces, esta situación alcanza unos niveles tan desesperados que-casi con manifestaciones patológicas-quienes creen ciegamente en las normas piensan que, si el problema no se resuelve con ellas, debe acudir a una reforma normativa superior, es decir, se reafirma el fracaso normativo impulsando uno nuevo.

De esta forma, pueden oírse en los sitios más insospechados voces que claman por reformas al Derecho para superar el conflicto (como si éste pudiera ser eliminado de lo humano*), la corrupción, etc. Todo pareciera querer solucionarse con la mera promulgación de una norma, considerando que el Derecho es el único medio de control de la conducta humana.

Así las cosas, es evidente que la producción normativa se ha incrementado en los últimos tiempos. Por tanto, ante este estado de cosas, un reto del jurista sería el evitar que el incremento de la producción normativa no genere el síndrome normativo, y con él no pierda vigencia el viejo axioma según el cual la ley se presume conocida (*nemini jus ignorare licet*); por ello, urge replantear este principio jurídico, en la medida en que ni el más hábil jurisconsulto puede conocer ni siquiera una pequeña parte de la producción jurídica nacional e internacional²⁰. La norma, con el síndrome normativo, tiende a perder su majestad y a convertirse en un bien fungible, susceptible de ser manipulado en los juegos de poder, un elemento más en el comercio, algo que puede negociarse²¹. Así, las normas del DAC pueden caer en los juegos de la corrupción.

Pero, si bien es preocupante este uso desmesurado del derecho y la rapidez de cambio de la normativa, debe pensarse que no todas las normas obedecen a tiempos de permanencia similares en lo social. Para explicar lo anterior es necesario introducir el concepto de velocidad. El mundo contemporáneo trabaja bajo modelos de profunda aceleración, lo que supone que las esferas de lo humano sean tocadas por este cambio de la relación con el espacio y el tiempo. Las normas no son ajenas a esta dinámica. Por tanto, dentro del sistema jurídico, unas normas, más que otras, están bajo la mira de tiempo escaso o tiempo abundante. Esto es de antiguo: Tomás de Mercado, dominico del siglo XVI, sentenció que las normas que fijaban el precio de un bien debían estar cambiando constantemente, para evitar un precio injusto tanto para el comprador como para el vendedor²², pero en cuanto a las demás normas señala lo perniciosos que pueden significar los cambios constantes de las mismas. Así las cosas, la visión responsable del investigador, del operador jurídico, del político, etc., debe estar al tanto de las diferentes velocidades de las normas, pues no es lo mismo la durabilidad de la norma internacional que consagra derechos humanos, a la de la norma internacional que acuerda una tarifa arancelaria común para ciertos productos.

Además, se sabe que las normas no son la única arma para reducir la violencia y encauzar el conflicto.²³ De nada sirve el Derecho si no existe una verdadera intención social de reducir los bastiones de corrupción. La norma sola no puede cambiar una realidad que se resiste, puesto que la fuerza de lo real es mucho mayor que la majestad de la ley. Por ello, tiene razón el jurista alemán Überhofen cuando, al abordar la corrupción de los

servidores públicos, afirma tajantemente que éste no es un problema del Derecho penal sino de todo el entramado social, dentro del cual el Derecho es una de las tantas formas de expresarse esa totalidad²⁴.

Y como el Derecho es una forma de expresarse lo humano, debe tenerse en cuenta que no todo entra en el campo de regulación de lo jurídico, pues sostener tal cosa implicaría, de suyo, creer que el Derecho no hace parte de la totalidad sino que es la totalidad misma. Tomás de Mercado escribió hace ya varios cientos de años, al respecto: “Cosa que con todo conato procura el derecho, impedir y cercenar, tanto que por disminuirlos, permite a las veces algunos males, viendo que remediarlos todos por justicia, sería por ventura mayor mal. Porque como dice el adagio, querer guiar todos los negocios por razón, es carecer de razón, y enloquecer y guardar en todas las cosas el rigor de justicia es sumamente injusticia y crueldad... Así dice Santo Tomás, la ley civil no puede prohibir todas las obras viciosas”²⁵. Esto lleva a afirmar que el Derecho, al ser una parte y no la totalidad, establece un canal regulatorio no de todos los conflictos sociales posibles, sino de aquellos que logran una relevancia social²⁶.

Ahora bien, en términos económicos, la expresión estanflación se utiliza para designar la sumatoria de recesión, desempleo e inflación. Pues bien, parafraseando los análisis económicos, se está frente a una estanflación jurídica, en la medida en que existe una gran inflación normativa (aumento de la producción normativa sin la toma de controles socio-culturales paralelos), sumada a una devaluación del verdadero valor de la norma que conlleva a una profilaxis social (entendida como el intento de atacar los conflictos de la comunidad con todo tipo de normas²⁷), y una marcada ineficacia del derecho, lo que produce un Estado en crisis y deslegitimizado: recesión jurídica.

Se hace necesario, pues, reactivar el llamado en contra de la recesión jurídica, que desde diversos sectores se viene haciendo, como lo evidencian las siguientes palabras: “En los tiempos que corren, vuelve a ponerse de presente la necesidad de una sabia legislación como *conditio sine qua non de la prosperidad y el desarrollo económico de las naciones*”²⁸.

Entonces, si bien puede reconocerse cómo el síndrome normativo ha sido un factor generador de ineficacia en el campo del Derecho Penal²⁹, es posible afirmar que el DAC puede y debe aprender de esas lecciones históricas. Y la enseñanza sería tan profunda como simple su formulación: El Derecho es un medio de control socio-cultural, pero debe acompañarse de otros sistemas inmunológicos (en términos de Luhmann) para el efectivo cumplimiento de su misión: encauzamiento pacífico de los conflictos. Dichos controles paralelos son variados, tanto que enunciarlos puede ser una pretensión indebida, pero se tiene entre ellos la educación³⁰ posibilitando un desarrollo no solo cognitivo sino también

afectivo a partir del contexto inmediato en que se desenvuelve el sujeto, brindar espacios para el libre esparcimiento, garantizar el acceso al mercado laboral, abrir espacios culturales, crear una cultura jurídica responsable, posibilitar una mejor y más equitativa distribución de las riquezas, reconstruir armónicamente el contexto inmediato del individuo, entre otros. Pero estos controles socio-culturales no logran desarrollarse adecuadamente cuando se centra la atención en la penalización y en la represión³¹; estos controles son los que la sociedad democrática busca revalorar puesto que, como ya se señaló, toda campaña que intente frenar el aumento de la violencia a partir de estrategias diseñadas desde el miedo y el control policivo ha sido, históricamente hablando, un fracaso³².

Ahora bien, cabe hacerse esta cruda pregunta: ¿hay algún interés en la comunidad internacional para la implementación de controles socio-culturales que reduzcan a mínimos tolerables la corrupción? ¿Será acaso que ésta puede resultar ventajosa en el campo de la política internacional?

CONCLUSIONES

En el presente trabajo, se indagó por algunos fenómenos que se constituyen en retos para el jurista en cuanto a la corrupción se refiere. Se describieron entonces varios fenómenos sociales que, entrelazados en muchos casos, permiten dilucidar la separación entre el mandato normativo y lo acontecido en lo real / cotidiano.

Sin embargo, es importante recordar diversos aspectos:

- Se ha hecho común distinguir eficacia, eficiencia y efectividad. En este trabajo se ha hablado de ineficiencia, ineffectividad e ineficacia del Derecho. Es importante indicarle al lector que no se diferenciaron estos tres conceptos, por lo cual apuntan todos al mismo núcleo duro de significación, que no es otro que la creciente separación entre lo ordenado jurídicamente y lo realizado socialmente, separación que en ocasiones es fruto de juegos sistémicos de poder que buscan tal efecto.
- Es muy posible que varios de los fenómenos aquí descritos se apliquen a otros sistemas jurídicos, permitiendo explicar la separación entre la norma y el acontecer. Incluso, varios de estos fenómenos permiten comprender acciones y omisiones en otros sistemas diferentes del normativo jurídico. En una familia se juegan normas que son expedidas con el único ánimo de que circulen como símbolos y no que tengan una incidencia en el mundo de la vida (como la prohibición del padre al hijo de que se masturbe, o rituales legalistas que se conservan en el interior de las organizaciones religiosas, por solo citar dos casos). Es interesante seguir rastreando el síndrome normativo en otros órdenes

diferentes del derecho, tales como la moral, la etiqueta, etc.; pero esto se deja para otros trabajos y exposiciones.

- Los fenómenos que se describieron operan, en muchos casos, en estrecha relación con otros. Así, la eficacia simbólica y el síndrome normativo se encuentran íntimamente vinculados en cuanto a las normas internacionales anticorrupción se refiere. Igualmente, estos fenómenos descritos son parte de muchos otros que, al influir en un sistema complejo, generan un movimiento de lo social: la ineficacia del mandato normativo-jurídico. En conclusión, no se ha agotado el tema; incluso, es imposible hacerlo, pues la constante del movimiento es el movimiento mismo, por lo que nuevos fenómenos, nuevas conceptualizaciones, nuevas circulaciones en lo social seguirán acaeciendo y con ellos nuevos elementos perturbadores de la eficacia del sistema jurídico.

En estos fenómenos analizados se la juega el DAC contemporáneo. Y el juego es en lógicas propias de la política. ¿Podemos estar contentos por la abundante regulación en contra de la corrupción? Quien así lo haga, que sea optimista pero no ante la abundante regulación sino ante la eficacia material de la misma. Es decir, el meollo del asunto no se centra en el número de normas contra la corrupción, incluso, tal como pretendí exponerlo, en ciertas circunstancias el síndrome normativo y la eficacia simbólica son escenarios donde la corrupción se sirve de aquello que supuestamente le pondría límite.

Entonces, en estas situaciones específicas se pone en evidencia cómo lo político pretende superar el discurso de control jurídico. Pero lo hace de una manera bien diferente de como lo habría hecho en períodos históricos anteriores. Incluso, la forma de controlar políticamente el control jurídico es paradójica y en nada simple. Dilucidarla es el reto del jurista.

Para ir finalizando, es importante señalar que el derecho no es ninguna panacea. Tampoco se explica a sí mismo. Corresponde a un sistema, pero en constante acomodamiento con otros sistemas, en permanente comunicación con lo social. Cuando se intenta desvincular al Derecho de la realidad circundante, el resultado no es más que el afianzamiento de un sistema parásito (aunque el sistema parásito sí mantiene una vía de comunicación con el sistema anfitrión: la succión de lo vital). El Derecho, si se arroja como discurso totalizante, autosuficiente y salvífico (“solucionador” de los conflictos), se convierte en enfermedad de lo social e, incluso, de lo humano. Y aunque la enfermedad pueda ser útil para conservar la aspiración de relativa salud y mantener en movimiento el sistema inmunológico, cuando toma dimensiones insospechadas se está frente a una de dos cosas: un cambio social de fuertes dimensiones (que no necesariamente corresponde con el cambio “idealizado” por el Derecho) o una liquidación del sistema anfitrión y/o parásito.

Ahora bien, si un sistema jurídico pierde la convicción de efectividad que le rodea, es decir, se vuelve palpable su ineficacia, entonces resurgen métodos alternativos de encauzamiento del conflicto, tales como la autotutela privada o el hacerse “justicia” por su propia mano, entre otros. Aquí se encuentra otro reto más para el Derecho.

Queda así por formular una última pregunta: ¿qué hacer?

Pues bien, las respuestas son múltiples, pero no puede dejarse de mencionar que es necesaria la conciencia histórica del Derecho. Así, varios casos históricos permiten observar experiencias y juzgarlas por sus efectos. Entre estas lecciones para el Derecho, pueden extraerse estas experiencias motivadoras de la honestidad pública:

- Visión responsable del operador jurídico frente al DAC.
- Actitud crítica y siempre alerta de los ciudadanos.
- Pluralismo de empresas de información.
- Evitar las concentraciones de poder.
- Limitar por vía reglamentaria la actividad económica. El derecho a la libre empresa, si es tomado como un derecho absoluto y por tanto sin límites, es tan nocivo como la negación de la iniciativa privada.
- Fácil acceso al registro mercantil por parte de los medios de información así como de los jueces.
- Independencia real y efectiva del poder judicial. Delimitar lo jurisdiccional de lo discrecional administrativo.
- Normas jurídicas internacionales que le den a la corrupción el mismo tratamiento que reciben el tráfico de drogas o los delitos de lesa humanidad.

Pero... ¿cómo asumir estos retos antes planteados? Pues la visión responsable, que es una exigencia política y ética al jurista, dará luces al respecto. Entonces... ¿Podría solicitarse que, por vía coactiva, la visión responsable sea el medio de actuación de todo abogado en todos los hechos? Si bien el Derecho es un sistema de responsabilidad, no es posible ni defendible que el Derecho pretenda regular todas las conductas humanas. Además, la norma debe fijar únicamente unos marcos apropiados de conducta dejando al individuo el arbitrio de su comportamiento dentro-de dicho marco, y si la visión responsable es asumida por parte de un individuo por miedo a la sanción jurídica entonces no actúa con convicción ni bajo la fuerza de lo razonable-argumentable. Es en el asumir la responsabilidad de la conducta propia, en lo que podrá diferenciarse el jurista.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, Kai. Impunidad y Derecho Penal Internacional: un estudio empírico dogmático sobre Colombia, Bolivia, Perú, Chile y Argentina. Medellín: Diké, 1997. 514p.
- BARATTA, Alessandro. Criminología crítica y crítica del derecho penal. España: siglo veintiuno editores, 1998.
- BECCARIA, Cesare. De los delitos y de las penas. Bogotá: Temis, 1987.
- BERGALLI, Roberto. ¿De cual derecho y de que control social se habla? [en línea] En: www.ub.es/Denal/control.htm. Documento de 16 páginas, consultado el 12 de junio de 2001.
- BOTERO BERNAL, Andrés y MUÑOZ GAVIRIA, Diego Alejandro. Análisis socio-jurídico del proyecto de ley que crea el sistema de responsabilidad penal juvenil, [en línea]. En: Cuadernos Electrónicos de Doctrina Jurídica. No. 1 (2003); <http://www.filosofiaderecho.com/cedj/numerol.htm>
- BOTERO BERNAL, Andrés. El papel del intelectual: pasado, presente e inmediato futuro. Medellín: Editorial USB, 2002.
- BOTERO BERNAL, Andrés. La resolución de conflictos en el ámbito de la criminología. En: Revista de Derecho Penal. No. 32 (agosto - septiembre de 2002); p. 53-57.
- BOTERO BERNAL, Andrés. La teoría unificadora dialéctica de Roxin a la luz de Beccaria. En: Revista de Derecho Penal. No. 25 (Junio-julio de 2001); p. 99-102.
- BOTERO BERNAL, Andrés. La teoría unificadora dialéctica de Roxin a la luz de Beccaria [en línea]. En: Revista Telemática de Filosofía del Derecho. No. 5 (2001); www.filosofiaderecho.com
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal. Bogotá: Temis, 1982. 185p.
- CALDAS, Tito Livio: "Derecho escrito, derecho positivo. Codificaciones, desarrollo económico", En: Ámbito Jurídico. Bogotá, Periódico quincenal (14 al 27 de septiembre de 1998), Año 1, No. 17. p. 3.
- CARNELUTTI, Francesco: Cómo nace el derecho, monografías jurídicas No. 54. Bogotá : Temis, 1989.
- DESCARTES, Rene. Discurso del Método. Decimoséptima edición. Buenos Aires: Losada, 1994.
- ECO, Umberto: El nombre de la rosa. Barcelona: RBA, 1994.
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Madrid: Trotta, 1995.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Eficacia simbólica del Derecho: examen de situaciones colombianas. Bogotá: Uniandes. 1993. 308p.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. El derecho como instrumento de cambio social. En: Revista facultad de derecho y ciencias políticas: Universidad Pontificia Bolivariana. No. 86 (1989); p. 29-44.
- GARZÓN REAL, B. y MANJÓN CABEZA OLMEDA, A.: "La ley de seguridad ciudadana: ¿Solución o problema?", En: Claves de razón práctica^ No. 24, España, (1992). p. 4.
- GONZÁLEZ, Fernando. El derecho a no obedecer: una tesis. 2a ed. Medellín: Secretaría de Educación de Antioquia, 1989. 126 p.
- GUERRERO HERNÁNDEZ, Israel y MORENO RAMÍREZ, Mariela del Rosario. Bien jurídico y simbolismo. En: Alé Kumá, Revista Jurídica: Universidad Cooperativa de Colombia, (sept. 1997); p. 73.
- GUIBOURG, Ricardo A. Derecho, sistema y realidad. Buenos Aires: Astrea, 1986. 77 p.
- HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez. Madrid: Trotta, 1998. 689 p.
- HART, H.L.A. El concepto de Derecho. Trad. De Gernaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1998.

- JAKOBS, Günther. Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional. Madrid : Civitas, 1996.
- KANT, Prologómenos a Toda Metafísica del Porvenir. Observaciones Sobre El Sentimiento de lo Bello y lo Sublime. Crítica del Juicio, quinta edición. México : Porrúa, 1991. 406 p.
- LARA RODENAS, Manuel José de. Contrarreforma y bien morir: el discurso y la representación de la muerte en la Huelva del barroco. Huelva: Diputación Provincial de Huelva, 2001. 348 p.
- LASSALLE, Ferdinand: ¿Qué es una Constitución?. Santafé de Bogotá : Temis, 1992. 139p. (Monografías Jurídicas, número 79).
- LÉVI- STRAUSS, Claude. Antropología estructural,. Buenos Aires: Eudeba, 1968.
- LÉVI- STRAUSS, Claude. Mito y significado. Madrid: Alianza editorial, 1987. Libro negro sobre Colombia. Bogotá: Andina, 1985.
- LUHMANN, Niklas. Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998. 445p.
- MERCADO, Tomás de. Suma de Tratos y Contratos. Edición y estudio introductorio de Restituto Sierra Bravo. Madrid: Editora Nacional, 1975. 506 p.
- MORIN, Edgar. Ciencia con consciencia. Barcelona: Kairós, 1982.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al Derecho Penal. Barcelona: Casa Editorial Bosh, 1975. 192 p.
- OROZCO, Iván y GÓMEZ, Juan Gabriel: "Los Peligros del nuevo Constitucionalismo en Materia Criminal", En.: Análisis Político. No. 33, Universidad Nacional de Colombia, Santafé de Bogotá, (Ene-Abr. de 1998).
- PÁEZ DÍAZ DE LEÓN, Laura (editora). Vertientes contemporáneas del pensamiento francés: ensayos y textos. México: UNAM, 2002. 494 p.
- PATINO SANTA, Jaime: Apertura económica y justicia. Primera edición. Cali: Hojas de Papel, 1992. 213 p.
- QUINTERO, Octavio. Camino a la Estancación. En: El Espectador. Bogotá, Semana Económica (6 septiembre de 1998); p. 4-B.
- RESTREPO, Luis Carlos. El corazón del poder. En: Gaceta. No. 11 (agosto-septiembre de 1991).
- RESTREPO, Luis Carlos. Los riesgos de la libertad. En: Revista Universidad de Antioquia. No. 236 (1994); p. 86 y 92.
- RIAÑO ALCALÁ, Pilar. La memoria viva de las muertes. En: Análisis Político. No. 41 (Sep-Dic de 2000); p. 23-39.
- ROSS, Alf. El concepto de validez y otros ensayos. Trad. Genaro R. Carrió y Osvaldo Paschero. Buenos Aires: Centro Editor, 1969.
- ROSS, Alf. Sobre el derecho y la justicia. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Eudeba, 1963.
- SOUSA SANTOS, Boaventura y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. El Caleidoscopio de las justicias en Colombia, tomo I y II. Bogotá: Siglo del Hombre editores, 2001.
- UBERHOFEN, Michael: La corrupción en el derecho comparado. Buenos Aires: CIEDLA y Fundación Konrad Adenauer, 1997. 115 p.
- VASCO URIBE, Carlos Eduardo. Reflexiones sobre pedagogía y didáctica. Bogotá: Ministerio de Educación Nacional, 1990. Serie: Pedagogía y Currículo No. 4.
- VATTIMO, Gianni y otros. En torno a la posmodernidad. Barcelona : Anthropos, 1990.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal. Parte General. 1ª ed. Santafé de Bogotá: Temis, 1994. 750 p.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal: Parte General. 3ª ed. Santafé de Bogotá: Temis, 1997. 847 p.

VIDAL PRADO, Carlos. "Algunos límites del derecho a la libertad personal, controles de alcoholemia: legislación y jurisprudencia", En: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. No. 98, Medellín, (1998).

NOTAS

- ¹ Sobre lo político es importante dejar constancia de lo siguiente: escribo lo político, es decir, con artículo neutro, dado que es un hecho no susceptible de ser apropiado por algún género gramatical. Además, el término político es polivalente, pero el contexto le permitirá al lector entender a cuál acepción apunto cada vez que escribo dicha palabra.
- ² La honestidad no debe ser sólo ante la cosa pública propia (nacional) sino también frente a la extranjera, de tal suerte que corromper a un funcionario extranjero debe constituir -en sana lógica democrática- el mismo desprecio que origina la corrupción a un funcionario nacional.
- ³ Quien desee indagar sobre la diferencia entre abogado y jurista, remítase a: BOTERO BERNAL, Andrés. Breve historia de la profesión y del saber jurídico. Ejn: OSSA LONDOÑO, Jorge (editor). Parcelas y horizontes: un encuentro con las disciplinas. Medellín: Biogénesis Fondo Editorial, 2002. p. 19-36; igualmente, MOLIERAC, J. Iniciación de la abogacía. México: Porrúa, 1974. 235 p.
- ⁴ Sobre este concepto, véase la introducción de la siguiente obra: BOTERO BERNAL, Andrés. Papel del intelectual: pasado, presente y futuro. Medellín: Editorial USB, 2002. 220 p.
- ⁵ Hart ya había hecho un análisis del núcleo duro y de la zona de penumbra del lenguaje, para conceptualizar el Derecho. Así en: HART, H.L.A. El concepto de Derecho. Trad. De Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
- ⁶ No se está señalando que no haya una respuesta jurídica o moral ante estos casos, sino que la respuesta no brota de forma inmediata, que es un asunto que requiere análisis cuidadoso para ofrecer algún juicio.
- ⁷ Lassalle preferiría el término "factores reales de poder". En la contemporaneidad, el sector privado multinacional se constituye como un factor real de poder muy importante. Cfr. LASSALLE, Ferdinand: ¿Qué es una Constitución? Santafé de Bogotá: Temis, 1992. 139p. (Monografías Jurídicas, número 79).
- ⁸ Concepto presente en varias de sus obras: LÉVI- STRAUSS. Claude. Mito y significado. Madrid: Alianza editorial, 1987. Del mismo autor: Antropología estructural. Buenos Aires: Eudeba, 1968. Capítulo X. Un excelente acercamiento a este autor en: PÁEZ DÍAZ DE LEÓN, Laura (editora). Vertientes contemporáneas del pensamiento francés: ensayos y textos. México: UNAM, 2002. p. 199-257.
- ⁹ GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. El derecho como instrumento de cambio social. En: Revista facultad de derecho y ciencias políticas: Universidad Pontificia Bolivariana. No. 86 (1989); p. 29 - 44. GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Eficacia simbólica del Derecho: examen de situaciones colombianas. Bogotá: Uniandes, 1993. 308p. SOUSA SANTOS, Boaventura y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. El Caleidoscopio de las justicias en Colombia, tomo I y II. Bogotá: Siglo del Hombre editores, 2001.
- ¹⁰ Así, por ejemplo, ROSS, Alf. Sobre el derecho y la justicia. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Eudeba, 1963. p. 71 y 91. Igualmente, de este mismo autor: El concepto de validez y otros ensayos. Trad. Genaro R. Carrió y Osvaldo Paschero. Buenos Aires: Centro Editor, 1969.
- ¹¹ Entre estos trabajos, una especial mención requiere: GUIBOURG, Ricardo A. Derecho, sistema y realidad. Buenos Aires: Astrea, 1986. 77 p.
- ¹² La cita fue traducida a un castellano más moderno. Puede encontrarse la referencia a Fray Diego Bravo en: De LARA RODENAS, Manuel José. Contrarreforma y bien morir: el discurso y la representación de la muerte en la Huelva del barroco. Huelva: Diputación Provincial de Huelva, 2001. p. 119-120.
- ¹³ GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, El derecho como instrumento de cambio social, Op. cit, p. 37.
- ¹⁴ "El derecho debe ser entendido como un proceso de comunicación entre instancias dotadas de un poder que se ejerce a través de la interpretación y de la lucha por la imposición de una determinada representación de las palabras" Ibid, p. 37.

- ¹⁵ Ibid, p. 39.
- ¹⁶ No deseo entrar en la disputa si esto es o no una norma jurídica, puesto que ello no es el trasfondo de la problemática que expongo. Sólo deseo mencionar que hay normas (formalmente hablando) que no tienen otro interés que el de instaurar un símbolo, y la visión responsable no chocaría con ello, como es el ejemplo antes transcrito.
- ¹⁷ En otras palabras, como ha dicho un autor ya citado: “Esto no quiere decir, claro está, que basta idear y promover una nueva representación de los hechos para poder obtener un cambio social; el derecho no cuenta con el monopolio del poder simbólico; su incidencia puede estar neutralizada por otras prácticas y otros discursos; más aún, fuerzas en oposición a aquellas que poseen la posibilidad de fijar el sentido de las palabras del derecho, pueden apropiarse en ciertas coyunturas de los enunciados jurídicos para proponer o imponer una interpretación diferente de la prevista por las instancias oficiales” GARCÍA VILLEGAS, *El derecho como instrumento de cambio social*, Op. cit. p. 35.
- ¹⁸ Frente a los funcionarios de turno (amarrados a partidos políticos clientelistas y altamente propensos a la corrupción), que son, según ellos mismos, santos de oficio y hombres preocupados por la decadencia moral de la sociedad colombiana, que propiciaron la creación de las innumerables leyes que rigen bajo el lema de la “gestión social”, sólo cabe responder de la misma forma como lo hizo Guillermo de Baskerville (personaje central de la grandiosa novela de Eco) a su amigo Libertino: “Me faltó coraje para hurgar en las debilidades de los malvados, porque comprendí que son las mismas debilidades de los santos”. Cfr. ECO, Umberto. *El nombre de la rosa*. Barcelona: RBA, 1994. p. 58.
- ¹⁹ Así en CARNELUTTI, Francesco: *Cómo nace el derecho*, monografías jurídicas No. 54. Bogotá: Temis, 1989. p. 50-51.
- * El conflicto no podrá ser eliminado por el Derecho, dado que aquél pertenece a lo humano y lo constituye. De esto da cuenta Dahrendorf cuando señala que los procesos de plasmación de lo social y de lo cultural, distan mucho de las idealidades utópicas de los mismos, reconociendo con esto la existencia del conflicto en lo real / cotidiano, en cuanto disputa de realización, es decir, intento continuo por modificar lo existente desde la búsqueda de las promesas incumplidas o su rotundo desprecio. En esta teoría el orden social se edifica en las arenas movilizadas de las diferentes tensiones sociales que nunca desaparecen. Esto permite entender el cambio y el conflicto no ya como desviación de un sistema “normal” y equilibrado, sino como características normales y universales de toda sociedad. Al respecto véase: BOTERO BERNAL, Andrés y MUÑOZ GAVIRIA, Diego Alejandro. Análisis socio-jurídico del proyecto de ley que crea el sistema de responsabilidad penal juvenil, [en línea]. En: Cuadernos Electrónicos de Doctrina Jurídica. No. 1 (2003); <http://www.filosofiyderecho.com/cedj/numerol.htm>. Capítulo tercero y cuarto. Igualmente, BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. España: siglo veintiuno editores, 1998. p. 126.
- En Dahrendorf se encuentra la reivindicación del conflicto como connatural a la condición humana, aportando la trilogía cambio / conflicto / dominio para la comprensión de la desviación social. Según este enfoque sociológico para el estudio del conflicto, la integración social basada en consensos universales, es una reificación que opera como sofisma y por lo tanto, torna incomprensible la dinámica social existente, en este aspecto ayuda a la complementación o a la complejización de la propuesta estructural funcionalista, al relativizar el deber ser devenido del consensualismo.
- ²⁰ Con razón Descartes, el padre de la modernidad, dijo: “la multitud de leyes sirve a menudo de excusa para los vicios, de suerte que un Estado está mejor regido cuando, teniendo pocas, se observan estrictamente” DESCARTES, Rene. *Discurso del Método*. Decimoséptima edición. Buenos Aires: Losada, 1994. p. 47. Claro está que hay normas de las que se espera cambien más rápidamente que otras, cosa que se analizará más adelante.
- Ahora bien, la inseguridad jurídica, sumada a la delincuencia, hace que los costos de transacción sean altos. Como bien lo señalan Edgar Trujillo Ciro Y Martha Elena Babel, en un trabajo (sin publicar, hasta donde conozco) denominado “Los costos económicos de la criminalidad y la violencia en Colombia: 1991-1996”, la criminalidad y la inseguridad jurídica hacen que los comerciantes, al intercambiar bienes y servicios, asuman un riesgo que finalmente se traslada a los precios.
- ²¹ Recuérdese las palabras de Beccaria: “las leyes, que son, o debieran ser, pactos de hombres libres, no han sido por lo común más que el instrumento de las pasiones de unos pocos o nacieron de una fortuita y pasajera necesidad” BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Bogotá: Temis, 1987. p. 1.
- ²² Cfr. MERCADO, Tomás de. *Suma de Tratos y Contratos*. Edición y estudio introductorio de Restituto Sierra Bravo. Madrid: Editora Nacional, 1975. p. 174.
- ²³ Para Luhmann. las contradicciones “sirven a la reproducción del sistema mediante la necesaria reproducción de las inestabilidades, ya que las disposiciones del sistema de inmunidad pueden, pero no deben, ponerlas en marcha” (LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 334), con lo que atribuye así la teoría de

las contradicciones a una inmunología social. En este contexto aparece el derecho, cuya función está implicada en la complejidad del sistema de inmunidad. El sistema jurídico, entonces, se constituye como anticipación de posibles conflictos, desestimulador de apariciones violentas de los mismos y dador de formas adecuadas para su manejo. Ver: BOTERO BERNAL, Andrés. La resolución de conflictos en el ámbito de la criminología. En: Revista de Derecho Penal. No. 32 (agosto - septiembre de 2002): p. 53-57.

²⁴ Cfr. ÜBERHOFEN, Michael: La corrupción en el derecho comparado. Buenos Aires : CIEDLA y Fundación Konrad Adenauer, 1997. p. 102-103.

²⁵ MERCADO, Op. cit., p. 204 (parágrafos 235 y 236).

²⁶ Sin confundir conflicto y contradicción, debe dejarse claro que es ingenua toda teoría que niegue su existencia en la cotidianidad social. Incluso las tesis consensualistas remiten de un lado al ideal no conflictivo sin negar la realidad del conflicto, y de otro reconocen la existencia del conflicto pero señalan el fundamento no conflictivo tanto de lo social como del conflicto mismo. Al respecto, bien señaló Luhmann, que no es posible formular una teoría de lo social libre de contradicciones y conflictos (LUHMANN, Sistemas sociales, Op. cit., p. 326).

²⁷ Así mismo, FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Madrid: Trotta. 1995. p. 411.

²⁸ CALDAS, Tito Livio: "Derecho escrito, derecho positivo. Codificaciones, desarrollo económico", En: Ámbito Jurídico. Bogotá, Periódico quincenal (14 al 27 de septiembre de 1998), Año 1, No. 17. p. 3.

²⁹ "Voces autorizadas en la materia por la profundidad en el análisis teórico y conocimiento, se empujan para alertarnos de la crisis del derecho penal, del fracaso del sistema penal, de la ineficacia e inoperancia de la ley penal, de la creciente desconfianza de la comunidad en la administración de justicia, incredulidad de la misma; crecimiento alarmante de la criminalidad, inseguridad para las personas de bien etc." GUERRERO HERNÁNDEZ, Israel y MORENO RAMÍREZ, Marieta del Rosario. "Bien jurídico y simbolismo", En: Alé Kumá, Revista Jurídica. Neiva, Universidad Cooperativa de Colombia, (sept. 1997). p. 73.

³⁰ Sin embargo no se comparte en este trabajo que la educación es la garantía del progreso social. Creer que la educación es la medicina para todos los males sociales es sobrevalorarla, pero es innegable que se constituye en un elemento institucional de control socio-cultural, de adaptabilidad del individuo a un estado de cosas. Una última aclaración: se entiende aquí por educación como la formación ocurrida en contextos institucionalizados socialmente y por tanto se acepta en ella una mediación del poder (la educación es buscada por el poder, pues produce poder); de tal manera, la "oficina de sicarios" (que si bien maneja cierto poder) no es considerada en este texto como una "institución social educadora", aunque no puede negarse la influencia de dicho grupo en la conducta de los miembros que lo integran. Sobre la definición de educación como la formación ocurrida en contextos institucionalizados, véase a VASCO URIBE, Carlos Eduardo. Reflexiones sobre pedagogía y didáctica. Bogotá: Ministerio de Educación Nacional, 1990. Serie: Pedagogía y Currículo No. 4.

³¹ Cfr. RESTREPO, Luis Carlos: "Los riesgos de la libertad", En: Revista Universidad de Antioquia. No. 236, Medellín (1994). p. 86 y 92.

³² Sobre el control policivo, es claro como algunos cuerpos políticos confunden la lucha contra la criminalidad con el aumento de la policía, cosa que queda patente leyendo las actas del Concejo de la ciudad de Medellín, en especial el acta 120, del 14 de noviembre de 1995. En esta última sesión, un concejal dijo: "La inseguridad existe porque hay los carros, pues si no existieran no hubiese robos, si no hubiese motos, no hubiese robos, pero eso no va a ocurrir en el mundo. Todo eso conlleva a la violencia; la policía trata de combatirlo". Entonces, según este concejal, para eliminar el hurto a automotores se necesita prohibirlos, pero como eso no es posible en el mundo actual, debe aumentarse el número de policías y el presupuesto de seguridad ciudadana. Otro concejal, en esta misma sesión, concluye así: "Creo, naturalmente, que hay que pedir más Fuerza Pública; que hay que pedir más acción a la Fuerza Pública, pedir más resultados", dejando entrever que la criminalidad es asunto exclusivo de la policía. Igualmente, se lee más adelante: "Por eso estoy de acuerdo, dice un concejal, para que se pida pie de fuerza para Medellín, para que al menos la comunidad tenga la sensación que se siente protegida" (Acta 120, del 14 de noviembre de 1995, p. 53).

* Muchos intelectuales, especialmente franceses, han lanzado críticas contra el panóptico que sirve al poder mientras fragmenta y domina al gobernado. Cuando aludo a la actitud crítica y alerta de los ciudadanos, en cierta medida me refiero a un panóptico, con la diferencia que éste sirve al gobernado y domina al gobernante.