

# *En busca de otro derecho penal\**

Geovana Andrea Vallejo Jiménez\*\*

Recibido: agosto 2 de 2010

Aprobado: mayo 2 de 2011

## **Resumen**

Este texto pretende describir algunos de los problemas contemporáneos del derecho penal en Colombia, así como las orientaciones que han asumido las líneas de investigación de los grupos de las universidades Eafit, de Antioquia y de Medellín en la búsqueda de soluciones a estos problemas, y la propuesta que se tiene a partir de la fundamentación de línea de investigación en Derecho Penal en la Institución Universitaria de Envigado.

**Palabras clave:** Derecho penal, conflicto social, garantismo, agnosticismo, abolicionismo, filosofía.

\* Este artículo es producto del resultado final del proyecto de investigación: "Fundamentación epistemológica de la línea de investigación en Derecho Penal para la IUE" el cual se adelantó en la Institución Universitaria de Envigado; aprobado por el sistema de investigación SIUNE. Fecha de finalización diciembre de 2009. Participantes en la investigación: Geovana Andrea Vallejo Jiménez (investigadora principal) y María Mercedes Suárez Ramírez (Estudiante de formación en investigación). El presente trabajo se inscribe en el proyecto de investigación DER2010-16558 (Ministerio de Ciencia e Innovación de España, en parte con fondos FEDER, pendiente de resolución), del que es investigador principal el profesor Miguel Díaz y García Conlledo y de cuyo equipo investigador forma parte la autora.

\*\* Abogada y docente investigadora de la Facultad de Derecho de la Institución Universitaria de Envigado, Especialista en Derecho Penal de la Universidad Eafit y doctoranda de la Universidad de León (España). Línea de investigación: Filosofía del Derecho Penal. Correo electrónico: [gvallejo@iue.edu.co](mailto:gvallejo@iue.edu.co)

## *In search for another criminal law*

### ***Abstract***

This article is intended to describe some of the contemporary problems of the Criminal Law in Colombia, as well as the emphases University research teams from EAFIT, Universidad de Antioquia, and Universidad de Medellín have made in their attempt for solving this kind of problems, and the proposal based on the Criminal Law research line from Institución Universitaria de Envigado.

***Key words:*** Criminal law; social conflict; agnosticism; abolitionism; philosophy.

## Introducción

El trabajo que se presenta a continuación es producto del resultado final del proyecto de investigación "Fundamentación epistemológica de la línea de investigación en derecho penal para la IUE", el cual se adelantó entre los años 2007 y 2009 en la Institución Universitaria de Envigado. Este proyecto tuvo su desarrollo en dos etapas: una primera, donde se elaboró un estado del arte en el que se analizaron los antecedentes de tradición, coyuntura y prospectiva del fenómeno de la investigación que en derecho penal se venía registrando en las universidades del departamento de Antioquia, que reportaban grupo reconocido en Colciencias para el año 2007<sup>1</sup>; y una segunda, en la que, a partir de los resultados arrojados en esta primera etapa, se logra fundamentar la línea de investigación que en derecho penal se va a construir en la institución<sup>2</sup>. Desde el punto de vista del planteamiento metodológico esta investigación fue de tipo documental acudiendo a la perspectiva hermenéutica.

Por lo anterior, el presente artículo pretende, en su primera parte, reflexionar sobre algunos de los problemas contemporáneos del derecho penal en Colombia; en una segunda, explicar las propuestas teóricas que han venido orientando las líneas de investigación que en derecho penal han surgido en los grupos de la Universidad Eafit, de Antioquia y de Medellín. Y finalmente sentar las bases de una línea de investigación en Filosofía del Derecho Penal que ya ha sido propuesta en la Institución Universitaria de Envigado.

<sup>1</sup> Véase Vallejo (2009 septiembre-diciembre)

<sup>2</sup> Justamente por la pretensión explicitada en el título mismo de la investigación –Fundamentación epistemológica de la línea de investigación en Derecho Penal para la Institución Universitaria de Envigado–, su propósito general, su desarrollo de contenido y sus hallazgos, el resultado va mucho más allá del simple estado del arte. Es producto del "análisis cualitativo del contenido" (Mucchielli, 1991), de toda la información obtenida de parte de las universidades y los grupos en cuestión.

## 1. El derecho penal de hoy

El derecho penal siempre ha sido contradictorio desde su naturaleza misma pues, por un lado, debe buscar su máxima eficacia a través de la represión, la prevención y el castigo, pero, por otro lado, debe llevar a cabo el cumplimiento de esa tarea respetando los derechos fundamentales y las garantías de los procesados. Es claro, tal y como lo advierte Muñoz (2004, p. 186), que esa doble función produce una tensión que amenaza con romperse en cualquier momento, casi siempre en beneficio de criterios de eficacia y seguridad.

Hoy día, se logra identificar, a través de una sencilla frase, el estado del derecho penal: el sistema está en crisis. Concretamente, son varios los fenómenos que nos sirven para llegar a esta conclusión, al menos desde lo que se logra vislumbrar en el derecho penal colombiano: la falta de identidad legislativa, el expansionismo del derecho penal, la inclusión de un derecho penal del enemigo para el delincuente común, la estigmatización del delincuente, la tensión entre poder y derecho penal, la internacionalización del derecho penal, la intromisión de los medios de comunicación en el endurecimiento del sistema, el terrorismo penal, el derecho penal simbólico, el incremento de penas, la aplicación del derecho penal a través de la llamada "seguridad democrática", el abuso de la figura de bien jurídico, entre otros.

Esta crisis quizá no es nueva; a lo mejor, el derecho penal siempre ha estado en crisis. Nótese que, desde su nacimiento, en los primitivos, la aplicación de los castigos era a través de la pena de muerte o el destierro, no sólo para quien cometía la falta, sino también para todos los miembros de su tribu. Aunque, a partir del código de Hamurabi<sup>3</sup> se comienzan a establecer límites al ejercicio desmedido del castigo; no obstante, la aplicación del derecho penal se continúa

<sup>3</sup> Creado en la antigua Mesopotamia, en los años 1692 a. C. (según la cronología breve).

manifestando como una de las fuerzas legales del Estado que mayor vulneración de derechos causaban, prácticas crueles e inhumanas que se extendieron por años, hasta que en 1764 aparece la obra de Cessare Beccaria "De los delitos y las penas" y el Derecho Penal da la impresión de volverse respetuoso de los derechos humanos -dando origen a lo que hoy conocemos como Derecho Penal liberal-, se crean límites al *ius puniendi* y se remplazan los tratos denigrantes, por una violencia legítima e institucionalizada: la pena privativa de la libertad, mecanismo que, a su vez, resulta insuficiente y es una muestra más del fracaso de los nuevos métodos de la justicia penal:

La prisión no puede dejar de fabricar delincuentes. Los fabrica por el tipo de existencia que hace llevar a los detenidos: ya se los aísla en celdas, o se les imponga un trabajo inútil, para el cual no encontrarán empleo, es de todos modos "no pensar en el hombre en sociedad; es crear una existencia contra natura inútil y peligrosa"; se quiere que la prisión eduque a los detenidos; pero un sistema de educación que se dirige al hombre, ¿puede razonablemente tener por objeto obrar contra lo que pide la naturaleza? La prisión fabrica también delincuentes al imponer a los detenidos coacciones violentas; está destinada a aplicar las leyes y a enseñar a respetarlas; ahora bien, todo su funcionamiento se desarrolla sobre el modo de abuso de poder (Foucault, 2005, p. 270).

Aunque se reconoce que en la actualidad la aplicación de principios que limitan el ejercicio de la potestad punitiva son obligatorios en los Estados sociales y democráticos de derecho, las nuevas formas que intentan entender la legitimidad del derecho penal pasan por un evidente retorno a sus tiempos más oscuros; es decir, un derecho penal donde los principios y garantías quedan relegados a un segundo plano, las teorías garantistas son reemplazadas por teorías de exterminio del delincuente, por un derecho penal simbólico, expansionista, ineficaz,

autoritario y populista; pero además, se trata de un derecho penal que distingue entre amigos y enemigos. Una clara muestra de ello nos la da la ley 975 de 2005 (República de Colombia, 2005) que rebaja ostensiblemente las penas por delitos atroces a quienes en virtud del proceso de justicia y paz se acojan a este proceso (¿amigos?), pero, a la vez, nos encontramos con la ley 890 de 2004 (República de Colombia, 2004) que aumenta desmesuradamente las penas previstas en los tipos penales contenidos en la parte especial del Código Penal para la delincuencia común (¿enemigos?)<sup>4</sup>.

[...] la tradicional e indeseada función del derecho penal como instrumento de resolución inmediata y coyuntural de *conflictos políticos*, con clara violación de los principios de esencialidad y/o subsidiariedad, está presente en diferente medida en países en los que se ha agudizado la confrontación ideológica interna.

En Colombia, el conflicto armado, con claras repercusiones en el control territorial del país, ha dado lugar a una abundante y compleja utilización del derecho penal:

Por un lado, las últimas tendencias aspiran a incluir la lucha contra la insurgencia dentro del derecho penal ordinario, lo que supone considerar al delincuente político como un delincuente común. A estos efectos el concepto de delincuencia organizada es de gran importancia: de rebelde se ha pasado a terrorista y de éste a delincuente organizado. En este

<sup>4</sup> Aunque no sólo se trata de la ley 890 de 2004, ya que después de la expedición de ésta, se han promulgado una cantidad de legislaciones que han incrementado las penas para el delincuente común; a modo de ejemplos: ley 1181 de 2007 que incrementa la sanción para el delito de inasistencia alimentaria; de igual manera, la ley 1147 del mismo año aumenta las sanciones y adiciona formas de conducta en los delitos de usura; amenaza; hurto calificado; fabricación, tráfico y porte ilegal de arma de fuego, entre otros. Asimismo, la ley 1136 de 2009 endurece las penas para los delitos de explotación, pornografía y turismo sexual con niñas, niños y adolescentes; el reciente decreto 130 de 2010 en su artículo 26 incrementa la pena privativa de la libertad y la multa para el delito de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico.

contexto securitario, en 2002 y 2006, se crean agravaciones, se incrementan penas y se proscriben sustitutivos penales y medidas de gracia en conductas terroristas, de secuestro y de extorsión. Incluso se intenta en 2001 y 2003 posibilitar un estado de excepción permanente y atribuir funciones jurisdiccionales al ejército, algo que es rechazado por la Corte Constitucional.

Por otro lado, se aprueban leyes para facilitar el desarme y el cese de actividades insurgentes, las cuales permiten limitar el máximo de pena a 7 años de prisión cualquiera sea la gravedad del delito, suspender la persecución penal, archivar actuaciones procesales, indultar y amnistiar. Todas esas ventajas se ligan a la desmovilización, confesión, colaboración y otras actividades a ejercer por el delincuente. Algunas de esas normas, como la ley de Justicia y paz de 2005, ocultan fines de inmunidad de agentes estatales o sus aliados (Díez, 2008, p. 16).

Durante las últimas décadas, el Estado colombiano ha demostrado su incapacidad para controlar el orden social y resolver los conflictos sociales; por tal motivo, ha hecho un uso desmesurado del derecho penal. De hecho, Sotomayor (1999, p. 93) identifica la existencia de tres sistemas penales:

- **Sistema penal ordinario:** Conjunto de normas de carácter general previsto en la normativa sustancial, procesal, ejecución penal, compuesto especialmente por los principios rectores y normas de carácter

Aunque se reconoce que en la actualidad la aplicación de principios que limitan el ejercicio de la potestad punitiva son obligatorios en los Estados sociales y democráticos de derecho, las nuevas formas que intentan entender la legitimidad del derecho penal pasan por un evidente retorno a sus tiempos más oscuros.

general previstas en el Código Penal. Se trata del sistema penal ideal propuesto por el Estado liberal.

- **Sistema penal paralelo:** En este sistema se identifican las funciones simbólicas del derecho penal que han venido cobrando relevancia a través de la exacerbación punitiva y la expansión de la emergencia a través del incremento de legislaciones "antiterroristas, antidrogas, antisequestro, etc." se trata pues, de un derecho penal que opera paralelamente con el ordinario, pero que, a diferencia de éste, busca legitimar un derecho penal autoritario y sin garantías.
- **Sistema penal subterráneo:** Constituye un control punitivo de carácter extralegal ejercido por organismos de seguridad del Estado y los grupos de justicia privada.

Es por lo anterior que el derecho penal se muestra como el mecanismo aparentemente más rentable y eficaz para resolver los problemas del conflicto social en Colombia, se crean desmesuradamente normas penales a través de trámites ordinarios o de declaratorias de estados de excepción que, si bien, logran disminuir las presiones sobre el sistema político, permiten pensar en la acentuada institucionalización del derecho penal del enemigo.

La emergencia ha sido, además, la práctica generalizada en este país. Para un observador extranjero, causa curiosidad percibir cómo Colombia se ha mantenido como una democracia estable a lo largo de su historia, con ciclos periódicos de elecciones presidenciales y con una institucionalidad formal. Ello tiene muchas explicaciones. Para efectos de este escrito, baste destacar que paralelamente a esa institucionalidad formal, ha existido un recurso permanente a la excepción. Es en la excepción y no en la normalidad que se ha vivido. Ello ha servido como una especie de "válvula de escape" para el sistema político y

por ello su aparente estabilidad, pero simultáneamente ha servido como una fuente de construcción paralela de un sistema penal endurecido y al margen de los derechos y garantías.

La Constitución ha sido permanentemente suspendida en virtud de la excepción. Ello ha generado un derecho penal altamente politizado, funcionalizado de acuerdo a los avatares de las coyunturas y dirigido a ciertos actores específicos según sea la dinámica de su actuación en el contexto general de la violencia en el país. Por eso se trata más de un *derecho penal del enemigo*. El sindicado es procesado y juzgado haciendo abstracción de sus derechos y garantías, por fuera del pacto social: es concebido como un extraño al mismo (Aponte, 2003, p. 20-21).

El Estado ejerce la función represiva a través del derecho penal para utilizarlo como mecanismo de control social que, en un amplio sentido, representa una muestra de un derecho penal selectivo, estigmatizador y marginal (Sotomayor, 1996). Nótese cómo a partir de la implementación de la ley 906 de 2004 (República de Colombia, 2004) ha sido más evidente la persecución de los delitos cometidos por los sectores sociales pertenecientes a las clases media y baja de nuestro país; las estadísticas presentadas por el Consejo Superior de la Judicatura de Colombia dan muestra de que la gran mayoría de las sentencias condenatorias -además de obedecer a capturas que previamente se han dado en flagrancia- son producto de delitos como: porte de estupefacientes, porte ilegal de arma de fuego, hurto, homicidio, violencia intrafamiliar<sup>5</sup>, etc., con lo cual desaparece casi por completo del contexto judicial delitos que pueden ser cometidos por funcionarios de la administración y de la clase social alta.

Pero, además de lo dicho, se presenta un desmesurado afán por mostrar una aparente

<sup>5</sup> Información extraída de la estadística presentada ante el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia por el centro de servicios SAP Medellín en el último trimestre del año 2009.

política criminal efectiva, a través de la aplicación permanente de la detención preventiva y la producción de sentencias condenatorias en los delitos antes mencionados. Se trata de un modelo de derecho penal que mantiene a toda costa la idea de eficacia o eficiencia. La corrupción, la pobreza, el conflicto armado, la violencia doméstica, la contaminación ambiental, la manipulación genética, entre otros, han tratado de solucionarse mediante la aplicación de una política criminal que amplía y endurece el conjunto de delitos que posee nuestra legislación penal.

Es claro, por lo tanto, que existe una contradicción entre el carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal, con la realidad que vive actualmente el derecho Penal colombiano, éste paso de ser la última *ratio* del derecho para convertirse en la única alternativa para resolver los conflictos sociales; el derecho penal se instrumentaliza en el ejercicio del poder punitivo. La única forma de gobierno conocida durante los últimos ocho años ha sido a través de un uso exagerado del derecho penal: nuevos delitos, incremento de penas, disminución de la edad penal para que los menores de dieciséis años pudieran cumplir penas privativas de la libertad, penalización del consumo de estupefacientes, utilización permanente de la medida de aseguramiento de detención preventiva, control de la evasión fiscal por medio del sistema penal, etc. (González, 2003, p. 160).

Ante esta situación del derecho penal colombiano, se hace preciso entonces, que confluyan todos los sectores institucionales y en especial los académicos, en busca de un derecho penal

El Estado ejerce la función represiva a través del derecho penal para utilizarlo como mecanismo de control social que, en un amplio sentido, representa una muestra de un derecho penal selectivo, estigmatizador y marginal

auténtico y que responda a las realidades de un Estado social y democrático de derecho.

## 2. *Propuestas de los grupos de investigación: Universidad de Antioquia, Universidad Eafit y Universidad de Medellín*

Del resultado final de la investigación<sup>6</sup> se permite concluir que de los grupos de investigación de las universidades de Antioquia, Eafit y de Medellín surge un inminente interés por el derecho penal, ello obedece sobre todo a la insostenible situación que éste vive actualmente en nuestro país. Es por tal motivo, que las universidades en mención han venido ofreciendo una serie de alternativas que buscan estudiar el derecho penal, atendiendo a teorías concretas provenientes de las doctrinas italiana, francesa y argentina.

Es de anotar, que cada una de las universidades objeto del presente estudio, perciben el derecho penal de diferentes maneras y asumen postulados teóricos diferentes; sin embargo, cada una de ellas demuestra un claro esfuerzo para que, a través de sus investigaciones, se desarrolle y se dé respuesta a problemáticas que surgen en el derecho penal en Colombia; no obstante, existe convergencia en cuanto al punto de partida de sus reflexiones -las que se hacen preciso indicar antes de analizar las orientaciones asumidas-:

- La necesidad de crear un sistema penal que se adapte a las exigencias sociales, políticas, jurídicas, económicas, culturales e individuales de nuestro país<sup>7</sup>.
- El rechazo de la teoría funcionalista radical que propone el profesor alemán Günther Jakobs. El funcionalismo radica en ver el derecho penal como un instrumento eminentemente

<sup>6</sup> Para ampliar, véase el manuscrito de la investigación que reposa en el sistema de investigaciones de la Institución Universitaria de Envigado, SIUNE.

<sup>7</sup> Cf. Sotomayor (2007), Botero (2007), González (2006).

normativo, cuya finalidad consiste en desplazar lo axiológico por lo normativo; es decir, se le otorga al derecho penal una función de mantenimiento del orden jurídico vigente y de estabilización del Estado y la sociedad (Jakobs, 1997, p. 43). La sugerencia de este doctrinante alemán consiste en diferenciar entre un derecho penal del ciudadano para quien mantiene la vigencia de la norma, y un derecho penal del enemigo para aquél que desestabiliza de manera continua el sistema, mostrando así, dos tendencias opuestas en un solo contexto jurídico penal (Jakobs y Meliá, 2003, p. 22). La dificultad que generaría aplicar la teoría de Jakobs, según se puede interpretar de los trabajos de investigación que desarrollan las líneas en derecho penal en estas universidades, deviene del propio modelo de Estado adoptado por la Constitución Política de Colombia, que propende por garantizar los derechos fundamentales de todas y cada una las personas que se encuentran cobijadas por el ámbito de validez del sistema penal colombiano, pues emplear la propuesta del funcionalismo radical conduce necesariamente a la aplicación de un ejercicio arbitrario del *ius puniendi*, y a privar a los ciudadanos de garantías que previamente han sido reconocidas por la Constitución y las normas rectoras del Código Penal colombiano.

- Reivindicar el fin axiológico del derecho penal, es decir, se le otorga al derecho penal la finalidad de proteger los bienes jurídicos más importantes de la sociedad.

Para finalizar estos puntos de encuentro, se hace preciso destacar que cada uno de los trabajos que desarrollan las líneas de investigación tienden a demostrar que el sistema penal colombiano debe ser respetuoso de los principios que limitan el *ius puniendi*.

Para tratar de brindar una solución a la crítica situación del derecho penal en Colombia, se

Para finalizar estos puntos de encuentro, se hace preciso destacar que cada uno de los trabajos que desarrollan las líneas de investigación tienden a demostrar que el sistema penal colombiano debe ser respetuoso de los principios que limitan el *ius puniendi*.

asumen como ya se dijo, propuestas teóricas diversas que se resumen en lo siguiente (véase también anexo A):

### **2.1 Grupo de estudios penales de la Universidad Eafit<sup>8</sup>: Se plantea la legitimación del derecho penal a través de la construcción de otro, que sea de corte garantista y que elimine el derecho penal eficientista.**

Esta línea permite, en relación con el sistema penal legal colombiano, distinguir entre “ser” y “deber ser” a partir de la diferenciación entre las nociones de “validez” y vigencia”, lo que al tiempo, permitiría la elaboración de un modelo de derecho penal desde la noción de garantía (derecho penal válido) y deslegitimaría el derecho penal efectivo no garantista, pero no desde una perspectiva extrajurídica, sino desde el derecho mismo. Por consiguiente apelan, a que el desafío del discurso jurídico penal en Colombia está en construir una teoría del derecho penal que, en contra del que vienen imponiendo nuestras cortes, desarrolle los principios como garantía de limitación al poder y no como justificación *a priori* del mismo, que por ejemplo entienda, que el principio de legalidad es una limitación y no una autorización para el poder; que el bien jurídico es un límite y no un mandato de criminalización; y de la misma manera, que el principio de igualdad ante la ley no autoriza -precisamente porque entrañaría una vulneración del principio

<sup>8</sup> Se hace preciso aclarar que el presente grupo a partir de la convocatoria de reclasificación de Colciencias del año 2008, figura bajo el nombre: Justicia y Conflicto, Grupo de Estudios de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.

de legalidad- aumentar las penas fijadas por el legislador, sino que obliga a mantener la igualdad de trato (Sotomayor, 1999, p. 97).

### **2.2 Grupo de Investigaciones jurídicas. Universidad de Medellín: Propone un Derecho penal que se fundamente teleológicamente en una postura agnóstica, cuyo objetivo radica en contener y limitar el ejercicio del poder punitivo a través de una política criminal de los derechos humanos (Botero, 2002-2005).**

Esta construcción parte de la esencia axiológica y política del sujeto –persona real–, lo que les permite plantear un supuesto filosófico de una política criminal de los derechos humanos que muestra la irrealidad del poder punitivo. Se asume, por lo tanto, una postura negativa de la pena y, desde tal posición, se construye un sistema racional que intenta hacer operacional la tarea política del derecho penal, es decir, contener y reducir el ejercicio del *ius puniendi*.

### **2.3 Grupo Derecho y Sociedad. Universidad de Antioquia:**

Entiende que el derecho penal debe actuar como límite del ejercicio del poder punitivo a través de fundamentos garantistas, ya que éste debe servir no como instrumento del poder tramposo y retórico, sino para la defensa de los derechos de los individuos. Por lo anterior, se propone la abolición del sistema carcelario, ya que éste responde a una forma de violencia y atropello contra quienes habitan en las prisiones. Se sustenta esta afirmación desde el momento en que se desvirtúan las funciones asignadas a la pena privativa de la libertad, en tanto que las teorías retributivas demuestran la irracionalidad de la justicia, y las preventivas no han logrado probar el fin disuasivo de las penas.

Aunque se reconoce que la abolición de la cárcel no será el gran salto libertador, se considera



que ello constituye la representación de una alternativa históricamente válida: "o archivamos la cárcel como medio de control social por irracional, absurdo, obsoleto e intolerable, o la conservamos, aún modificada, cumpliendo la única función que le es posible cumplir: servir como 'depósito para seres humanos: lugares donde la gente es detenida hasta que la sociedad no decida qué hacer de ella'" (González, 1997, p.172).

Estos postulados constituyen el eje central de la visión que se tiene del derecho penal en estas universidades, y de la respuesta que el derecho penal, desde una línea humanística, debe darle a las complejidades del sistema. Aunque es evidente que las propuestas que se hacen constituyen unas orientaciones teóricas viables, las mismas resultan insuficientes, pues los problemas del derecho penal continúan en aumento, ya que los límites propuestos para detener las prácticas arbitrarias del ejercicio del poder punitivo quedan cortos ante un modo de ejercer una política criminal autoritaria, arbitraria y apabullante de los principios rectores que rigen el sistema penal. Por tal motivo, se hace necesario que desde la Institución Universitaria de Envigado se presente una nueva propuesta de línea de investigación de derecho penal, que determine de dónde proviene el problema y dónde es que se debe atacar; pero para ello es necesario replantear el derecho penal a partir de doctrinas filosóficas, acompañadas de disciplinas como la sociología, la criminología y el psicoanálisis, que permitan tratar aspectos básicos como: el conocimiento, el ser y el método mismo del derecho penal.

### **3. Conclusión. Una propuesta: *En busca de otro derecho penal***

Lo visto hasta el momento permite concluir cómo el derecho penal se manifiesta como la expresión de mayor represión y vulneración de bienes jurídicos. Erróneamente se ha considera-

do que el derecho penal constituye el mecanismo de control social más efectivo, pero ¿desde qué perspectiva se entiende la efectividad del derecho penal?, ¿quiénes son los que perciben esa presunta efectividad del derecho penal?, ¿el problema del derecho penal se encuentra reducido a una exagerada aplicación del poder de Estado, que busca promocionar la eficacia de su función a través de aquél? El que el derecho penal se muestre efectivo ante la sociedad constituye una maquiavélica idea de las fuerzas de poder que pretenden convencerla del aparente efecientismo del Estado. En palabras de González de la Vega:

La perspectiva invita a ello, pues hoy se sabe que cada vez que se encierra en una jaula a un hombre en abuso permanente de la prisión, o peor aún, se le priva de la vida en ejercicio de violencia inusitada desde el poder moderno, se está irremediablemente ante una "no respuesta" (se advierte una acción en todo caso, pero no una respuesta), menos de orden preventivo, pues ese mito ya se derrumbó por su propio peso. El Estado reacciona con criminalizaciones y puniciones, ante la carencia de respuestas eficaces o de medios inteligentes para encarar el fenómeno criminal.

El motivo de esa frustrante situación radica en el papel que inmodestamente la dogmática dominante le asigna al derecho penal: medio de prevención desde la política criminal, aunado a su conocido papel represor que adquieren al dotarlo de finalidades que no le tocan, como la llamada recuperación de la identidad normativa y la reestabilización del orden negado por el delito, con lo que confunde el discurso e impacta la estructura jurídica queriendo aludir sólo a cuestiones funcionales (González de la Vega, 2008, p. 224).

Siempre se ha dicho que la finalidad del derecho penal opera en torno a la protección de bienes jurídicos más importantes para la sociedad; no obstante, la respuesta penal brindada a la solu-

ción de los conflictos, en realidad, encubre y niega el verdadero conflicto de fondo, la raíz social y cultural de nuestros comportamientos. Pareciera que el derecho penal es incapaz de racionalizar y gobernar el sistema en su conjunto, pese a brillantes propuestas dadas desde el garantismo<sup>9</sup>, el derecho penal agnóstico<sup>10</sup> y el abolicionismo<sup>11</sup>, aún no se logra brindar una respuesta efectiva –y con esto no nos referimos desde lo teórico, sino desde lo práctico– a las falencias del sistema penal dentro del contexto social.

Por lo anterior, la propuesta que se hace desde la Institución Universitaria de Envigado se apoya en la necesidad de replantear el derecho penal a partir de fundamentos filosóficos, es decir, en la creación de una filosofía del derecho penal. Es importante que el penalista no sólo reconozca la importancia de la teoría general del ordenamiento jurídico a la hora de construir los conceptos jurídicos más elementales del delito, sino que su enfoque teórico sea construido a partir de un orden epistemológico (Alfaro, 2001/2002, p. 70)<sup>12</sup>.

De acuerdo con la misión de la Institución Universitaria de Envigado, es evidente la preocupación que se tiene por el hombre y la sociedad<sup>13</sup>, consistente en formar profesionales con

...la propuesta que se hace desde la Institución Universitaria de Envigado se apoya en la necesidad de replantear el derecho penal a partir de fundamentos filosóficos, es decir, en la creación de una filosofía del derecho penal.

profundo sentido de responsabilidad social; por lo tanto, si esa es la verdadera esencia misional de la IUE, resulta propicio crear academia para el hombre, desde el hombre y que abarque los problemas de la sociedad. Resulta fundamental comprender que la razón de ser de la creación de esta línea en derecho penal para la Institución Universitaria de Envigado, no es un capricho del investigador, sino que ésta obedece a las necesidades institucionales, locales y sociales de nuestra universidad y su contexto.

De ahí que ante la imperiosa necesidad de un replanteamiento del derecho penal, es necesario recurrir a la construcción de una filosofía del derecho penal que atienda a éste, en tanto, se logre identificar que el derecho penal se encuentra al servicio del hombre y no el hombre al servicio del poder punitivo del Estado. Es evidente que si la crítica aumenta contra las formas de control social, justificación y estructura del derecho penal, es porque realmente algo está fallando y es precisamente su ineficacia para dar respuesta a los conflictos sociales; por lo tanto, las reflexiones en torno al derecho penal deben hacerse partiendo de la formulación de una propuesta que se encuentre orientada a indagar por los problemas coyunturales de éste, pero vinculando la persona, el entorno social y el poder estatal; lo que a su vez, permitirá incorporar a éste otras disciplinas de las ciencias sociales, de tal manera, que el fundamento filosófico del derecho penal debe hacerse acompañado de ciencias que le ayuden a descubrir sus problemas más íntimos y las posibles soluciones a éstos, partiendo siempre de una reflexión crítica, desde fuera y dentro del derecho penal, pero que lo acompañe en la construcción de su propia filosofía.

<sup>9</sup> Sobre esta propuesta véase: Ferrajoli (1997), (2001); Sotomayor (2003), (2006); Gallego (1998); Calle (2001); Lopera (2001); entre otros.

<sup>10</sup> Cfr. Zaffaroni (1998); Zaffaroni, Alagia & Slokar (2005); Botero (2002), (2003), (2005), (2007).

<sup>11</sup> En este contexto véase: Baratta (1986); Larrauri (1987); Pérez (2003); González, (1995), (2003).

<sup>12</sup> La incidencia de la filosofía en el Derecho Penal proviene desde la filosofía de la Grecia antigua, podemos encontrarla en Platón (1811, p. 110 ss.) y Aristóteles (1873, p. 120 ss.) algunos conceptos sobre los principios y fundamentos del Derecho Penal e incluso alguna insinuación de este último acerca de la estructura del delito. De igual manera en la filosofía de la ilustración y especialmente en Kant (2003), Hegel (1968) y Beccaria (1993), esta tradición alcanza un momento álgido.

<sup>13</sup> La Institución Universitaria de Envigado tiene como Misión el preparar profesionales idóneos en diferentes campos del conocimiento, mujeres y hombres con un profundo sentido de responsabilidad social, que reconozcan en sí mismos y en los demás los valores fundamentales para una sana y pacífica convivencia –en medio de la diferencia–, capaces de respetar y de hacer respetar el entorno, de generar cambios y de adaptarse a las circunstancias que les impone el mundo contemporáneo. En síntesis: profesionales aptos y ciudadanos responsables capaces de gestionar "Proyectos de Vida".

Como se advirtió en el párrafo anterior, para esta construcción teórica se hará preciso la intervención interdisciplinaria, el Derecho Penal no puede seguir su camino si pretende andar sólo en él, máxime que su objeto al ser la conducta humana y los conflictos sociales, es necesario la intervención principalmente de la filosofía, pero también, de la criminología, la sociología y el psicoanálisis, (Zuleta, 1986, p. 17-18). Cada una de las disciplinas tiene un campo de investigación en el cual conoce relaciones, conductas, "hechos", estas disciplinas producen conocimientos en su respectivo campo de investigación y acción. No obstante, si se logra, como se propuso antes, atribuirle con la competencia debida un campo de investigación y de producción de conocimientos propios (Botero Uribe, 1997, p. 100), cada una de estas áreas del saber podrán permitir finalmente la construcción de una acertada filosofía del derecho penal.

La filosofía del derecho penal tiene por misión racionalizar la función punitiva, permitiendo promover la discusión sobre el ser del derecho penal, plantear límites materiales y reflexionar sobre la trascendencia de él en relación con los ciudadanos (Agudelo, 1998, p. 9). Para la construcción de la filosofía del derecho penal, es preciso re-definir el concepto del derecho penal a partir de un contexto social, jurídico y criminológico; determinar y replantear la relación entre derecho penal y poder; derecho penal, seguridad, democracia, terrorismo y libertad; derecho penal y violencia -atendiendo, además, que el derecho penal por su naturaleza tiene un carácter violento-; derecho penal y política criminal; derecho penal y moral; establecer la utilidad para el derecho penal contemporáneo de los principios que limitan el *ius puniendi*; identificar el discurso de las políticas penales, entre otros.

La necesidad de una filosofía del derecho penal que se encuentre orientada a la reconstrucción del derecho penal parte, como ya se dejó sentado líneas atrás, de la evidente crisis del sistema

y la incapacidad de las doctrinas existentes para dar solución a los conflictos de éste, pues algunas de esas doctrinas lo que hacen es agudizar el problema -como sucede con las teorías funcionalistas radicales-, y otras simplemente permanecen en una lucha teórica con los sistemas penales modernos existentes -teorías abolicionistas-. La filosofía permite indagar sobre una visión general, pero profunda, del derecho penal, evalúa sus problemas, métodos y fines; todo ello en busca de que el derecho penal se pueda aclarar, depurar y sistematizar<sup>14</sup>.

El tema de una filosofía del derecho penal no es superfluo como lo consideran algunos autores como Radbruch (1951, p. 24 ss.), que ven el Derecho Penal como puro tecnicismo que debe ocuparse del establecimiento de la norma y el castigo, aduciendo que asuntos como la relación entre el Estado y el *ius puniendi* corresponden al derecho público y no al derecho penal; pero, como ya se dijo, si el Derecho Penal está relacionado con el individuo, la sociedad y el Estado, no puede escapar al estudio de la filosofía. Además, es necesario trasladar el debate interno de la dogmática penal a escenarios nuevos como la sociología, la criminología y el psicoanálisis.

Para concluir, tal y como se expuso en la introducción, este artículo sienta las bases para una línea de investigación en filosofía del derecho penal que ya ha sido propuesta en la Institución Universitaria de Envigado; por lo tanto, el paso siguiente será trabajar con el grupo de estudio en los hallazgos encontrados al interior de la investigación, generar nuevos proyectos, fortalecer la cátedra, los semilleros de investigación y orientar las monografías de grado.

<sup>14</sup> En el Derecho contemporáneo podemos encontrar en la doctrina penal autores que orientan sus argumentos desde la filosofía. A modo de ejemplo véase: Jiménez de Asúa (1950); Welzel (1974); Baratta (1986); Bustos (1994); Ferrajoli (1997); Merkel (1999); Roxin (2000); Shünemann (2002); Zaffaroni (2005); Höffe (2004); entre otros.

## Anexo A

### Cuadro 1: Grupos de investigación, líneas y productos analizados

<p><b>I. GRUPO DE INVESTIGACIÓN: ESTUDIOS PENALES. UNIVERSIDAD EAFIT*</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Líneas de investigación:           <ol style="list-style-type: none"> <li>A. Consecuencias jurídicas del delito</li> <li>B. Fundamentos del Derecho Penal</li> <li>C. Teoría del delito</li> <li>D. Derecho Penal económico</li> <li>E. Derecho Penal médico</li> </ol> </li> <li>2. Proyectos de investigación:           <ol style="list-style-type: none"> <li>A. Problemas básicos de la teoría del delito (Segunda etapa): 2002-</li> <li>B. El derecho penal económico: concepto, evolución y contenido en Colombia: 2002 –</li> <li>C. Delitos contra la vida (1a parte); 1998 – 2001</li> <li>D. Consecuencias Jurídicas del Delito; 1998 – 2002</li> <li>E. Problemas básicos de la teoría del delito; 1996 – 2002</li> <li>F. Fundamentos de Derecho Penal; 1996 – 2002</li> <li>G. Delitos contra la vida (2a parte); 2001 – 2007</li> <li>H. Implicaciones Jurídico-penales de la actividad médica; 2002 –</li> <li>I. La sentencia penal. Aproximación a su justificación interna y externa; 2001 – 2005</li> <li>J. Cuando el otro es considerado "enemigo" o "pseudohumano". Desapariciones, guerra y derecho en Colombia; 2001 –</li> <li>K. El dominio del hecho en virtud de aparatos organizados de poder; 1997 – 1999</li> <li>L. El indígena ante el derecho penal; 1997 – 2000</li> <li>M. Consecuencias jurídicas del delito (Segunda etapa); 2002 –</li> <li>N. Fundamentos del derecho penal (Segunda etapa); 2002-</li> <li>O. La actio liberae in causa; 2001 – 2002</li> <li>P. Principio de proporcionalidad y ley penal; 2001 -</li> </ol> </li> <li>3. Productos publicados entre 1996 y 2006, analizados: 44           <ol style="list-style-type: none"> <li>A. libros: 4</li> <li>B. Capítulo de libros publicados: 6</li> <li>C. Artículos en revistas especializadas: 34</li> </ol> </li> </ol>
<p><b>II. GRUPO DE INVESTIGACIÓN: INVESTIGACIONES JURÍDICAS. UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Línea de investigación:           <ol style="list-style-type: none"> <li>A. La dogmática penal. Bases para una dogmática penal colombiana</li> </ol> </li> <li>2. Proyectos de investigación:           <ol style="list-style-type: none"> <li>A. Condiciones de posibilidades de una dogmatica penal de la parte general del derecho penal, desde 1980 hasta el 2003; 2004 –</li> <li>B. La vida: alcance de su tutela por parte del Derecho Penal; 1997-</li> </ol> </li> <li>3. Productos publicados entre 1997 y 2007, analizados: 14           <ol style="list-style-type: none"> <li>A. Libros: 3</li> <li>B. Capítulo de libros publicados: 1</li> <li>C. Artículos en revistas especializadas: 11</li> </ol> </li> </ol>
<p><b>III. Grupo de investigación: Derecho y sociedad. Universidad de Antioquia</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Línea de investigación:           <ol style="list-style-type: none"> <li>A. Derecho Penal y criminología</li> </ol> </li> <li>2. Proyectos de investigación:           <ol style="list-style-type: none"> <li>A. El Código Penal de 1980: Sus antecedentes y contextos mirados desde la política criminal colombiana; 2004 -</li> <li>B. El código penal de 1936: una herramienta política para una coyuntura histórica colombiana.; 1996 - 1998</li> <li>C. Reformar, encarcelar y gobernar: la construcción del orden en Colombia, 1890-1936; 2004 -</li> </ol> </li> <li>3. Productos publicados entre 1989 y 2007, analizados: 22           <ol style="list-style-type: none"> <li>A. Libros: 2</li> <li>B. Capítulo de libros publicados: 1</li> <li>C. Artículos en revistas especializadas: 19</li> </ol> </li> </ol>

\* Se aclara que esta información fue tomada de la base de datos de Colciencias en el mes de abril del año 2007; por lo tanto, se hace referencia a este grupo con el nombre: estudios penales; la presente aclaración se da porque para el 2008 éste pasa a formar parte del grupo: "Justicia y conflicto, grupo de estudios de Derecho Penal y filosofía del Derecho"; adicionando además, líneas de investigación en: política criminal; derechos fundamentales y diversidad cultural; justicia, conflicto e instituciones; proceso penal, prueba y decisión judicial.

## Referencias bibliográficas

- Agudelo, N. (1998). La actualidad del pensamiento de Beccaria ¿Qué nos dice Beccaria hoy, a los juristas de Colombia y de Latinoamérica? Estudio preliminar de los delitos y las penas. Cesare Beccaria. Bogotá: Nuevo Foro Penal.
- Alfaro, C. (2001/2002). Consideraciones generales acerca de la dogmática jurídico-penal y sus relaciones con el pensamiento del autor de la *Reinrechtslehre*. *Revista telemática de Filosofía del Derecho*. (5), 69-72.
- Aponte, A. (2003, Abril). Institucionalización de la función penal y garantismo: dilemas hacia el futuro de la justicia penal en Colombia. *Nuevo Foro Penal*, Medellín. (64), 17-35.
- Aristóteles (1873). *Moral a Nicomaco*. Libro V, Cap. IV. Madrid: Patricio de Azcarate.
- Baratta, A. (1986). *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. México: Siglo XXI.
- Beccaria, C. (1993). *Tratado de los delitos y de las penas*. México: Heliasta.
- Botero, J. (2002-2005). Lineamientos generales del derecho penal desde una postura de la persona real. *Revista Latinoamericana de Derecho penal y Criminología*. Recuperado el 15 de Abril de 2008 de la página Web <http://www.iuspenalismo.com.ar/doctrina/doctrinapenal.htm>
- Botero, J. (2002). Delitos contra el honor-Estudio crítico-Bases e iniciación de una teoría de la parte especial del Derecho penal objetivo- (a luz de una dogmática realista-antropológica-. Bogotá: Leyer.
- Botero, J. (2003). La conducta delictiva de constreñimiento ilegal y sus agravantes. A la luz de una dogmática realista antropológica. Bogotá: Leyer.
- Botero, J. (2005). El obrar de manera distinta. Manifestación de la libertad en el Derecho penal. *Revista electrónica intercambios de la Especialización de Derecho Penal*. (9). Recuperado el 10 de febrero de 2008 de la página Web <http://www.jursoc.unlp.edu.ar/intercambios/intercambios9/index.htm>
- Botero, J. (2007). El Derecho penal para las sociedades periféricas americanas. Una propuesta para la América del Siglo XXI. *Revista electrónica de doctrina y jurisprudencia*. Recuperado el 15 de Marzo de 2008 de la página Web <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,430,0,0,1,0>
- Botero Uribe, D. (1997). *Teoría social del Derecho*. Bogotá: Universidad Nacional.
- Bustos, J. (1994). *Manual de Derecho Penal*. Parte General. Barcelona: PPU.
- Calle, A. (2001). Garantismo o paternalismo. Una pregunta probablemente perversa. *Temas Procesales*. (25), 27 – 51.
- Díez, J. (2008). La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI. *Política criminal*. (5) 1-37. Recuperado el 10 de Febrero de 2009 de la página Web [http://www.politicacriminal.cl/n\\_06/a\\_7\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_7_5.pdf)
- Ferrajoli, L. (1997). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2001). *Garantismo y la Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Foucault, M. (2005). *Vigilar y Castigar*. Buenos Aires: Siglo XXI editores.
- Gallego, G. (1998). ¿Protección penal o criminalización de la libertad de conciencia? *Estudios de Derecho*. Medellín (130), 187-219.
- González, J. (1995). *Cárcel y control social*. Berbiqui. Medellín (2), 7-14.
- González, J. (1997). La abolición de la cárcel. *Estudios Políticos*. Medellín. (11), 164-176.
- González, J. (2003, Abril). La conmoción interior: entre el retrovisor y el telescopio. *Nuevo Foro Penal*. Medellín. (64), 157-169.
- González, J. (2003, Julio). ¿Se puede proteger la familia con el Derecho Penal? *Estudios de Derecho*. Medellín (137), 87-108.
- González, J. (2006). ¿Puede hablarse en Colombia de garantismo penal? *Garantismo y Derecho Penal*. Bogotá: Temis.
- González de la Vega, R. (2008). *Derecho Penal Contemporáneo*. México D.F: Ubijus.
- Hegel, G. (1968). *Filosofía del Derecho*. (Vol. 5). Buenos Aires: Editorial claridad.
- Höffe, O. (2004). *Proto-Derecho penal: programa y cuestiones de un filósofo*. La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio. (pp. 327-366). Valencia: Tirant lo blanch.

- Jakobs, G. (1997). Derecho penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons.
- Jakobs, G./Meliá, C. (2003). Derecho penal del enemigo. Madrid: Thomson
- Jiménez de Asúa, L. (1950). Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires: Losada.
- Kant, E. (2003). Crítica de la razón práctica. Buenos Aires: Losada.
- Larrauri, E. (1987). Abolicionismo del Derecho Penal: Las propuestas del movimiento abolicionista. Poder y Control. (3). pp. 95-115.
- Lopera, G. (2001). La problemática legitimidad de la justicia constitucional. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. (5) 227 - 256.
- Reinhart, M. (1999). La Filosofía ¿"convidado de piedra" en el debate del Derecho Penal. La insostenible situación del Derecho Penal. Granada: Comares.
- Muccielli, A. (1991). Les méthodes qualitatives. Paris: PUF.
- Muñoz, F. (2004). El nuevo Derecho Penal autoritario. El derecho ante la globalización y el terrorismo. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sotomayor, J. (1999). Garantismo y Derecho Penal en Colombia. Jueces para la Democracia. Madrid. (35), 92-98.
- Sotomayor, J. (2003). Consideraciones político criminales y dogmáticas sobre el delito de interés indebido en la celebración de contratos. Nuevo Foro Penal. Medellín. (65), 120-148.
- Sotomayor, J. (2006). Garantismo y Derecho Penal. Bogotá: Temis
- Sotomayor, J. (2007). ¿Modernización al Derecho penal? Comentarios a algunas propuestas. Cuadernos de investigación, Medellín. (53), 5-17.
- Shünemann, B. (2002). Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del nuevo milenio. Madrid: Tecnos.
- Pérez, W. (2003). De qué prescindir y por qué hacerlo. Anotaciones sobre el abolicionismo penal. Nuevo Foro Penal. (65), 151-188.
- Platón (1872). Las Leyes. Tomo X, libro IX. Madrid: edición de Patricio de Azcárate.
- Radbruch, G. (1951). Introducción a la Filosofía del Derecho. México: Fondo de la cultura económica.
- República de Colombia. (2005). Ley 975 de 2005. República de Colombia.
- República de Colombia. (2004). Ley 906 de 2004. República de Colombia.
- Roxin, C. (2000). La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal. Valencia: Tirant lo blanch.
- Vallejo, G. (2009, septiembre-diciembre). Estado del Arte de la Investigación en Derecho Penal en Universidades del Departamento de Antioquia con grupo reconocido en Colciencias. Revista virtual de la universidad católica del norte. (28). Recuperado el 15 de octubre de 2009 de la página Web [http://revistavirtual.ucn.edu.co/index.php?option=com\\_content&task=view&id=105&Itemid=1](http://revistavirtual.ucn.edu.co/index.php?option=com_content&task=view&id=105&Itemid=1)
- Vallejo, G. (2009). Fundamentación epistemológica de la línea de investigación en Derecho Penal para la Institución Universitaria de Envigado. [No publicada].
- Welzel, H. (1974). Introducción a la filosofía del derecho, Derecho material y justicia material. Madrid: Aguilar.
- Zaffaroni, E. (1998). En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal. Buenos Aires: Editora Ediar.
- Zaffaroni, E, Alagia, A & Slokar, A. (2005). Manual de derecho penal, parte general. Buenos Aires: Editora Ediar.
- Zuleta, E. (1986). Psicoanálisis y criminología. Medellín: Percepción.