

**SUPERACIONISMO PENAL: HACIA UNA ABOLICIÓN DE LA PENA COMO
CREACIÓN DE LA MODERNIDAD.**

PRESENTADO POR:

**RICARDO ANDRES CHAVARRIAGA TRÓCHEZ Y
MANUEL EDUARDO MORENO GARCÍA**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
BUCARAMANGA**

2010

**SUPERACIONISMO PENAL: HACIA UNA ABOLICIÓN DE LA PENA COMO
CREACIÓN DE LA MODERNIDAD.**

**PRESENTADO POR:
RICARDO ANDRES CHAVARRIAGA TRÓCHEZ Y
MANUEL EDUARDO MORENO GARCÍA**

**Monografía de grado presentado como requisito para optar el título de
ABOGADO**

**DIRECTOR
Dr. RAMIRO PINZÓN ASELA**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
BUCARAMANGA**

2010

AGRADECIMIENTOS

Al maestro Ramiro Pinzón Asela a quien agradecemos inmensamente su existencia y dedicación, a nuestras familias, al TODO, a Ricardo, a una elefanta rosada que un día conocí..

Manuel

Al maestro Ramiro Pinzón Asela a quien agradecemos inmensamente su existencia y dedicación, a mi familia, a mi esposa quien amo mucho, a Manuel. Y a todos los payasos del mundo, que su sonrisa los ayude. Y al Dios de la Liberación y la justicia social, pronto llegará el tiempo. A Maria Isabel la Calificadora muchas gracias, y a todos los compañeros y profesores que quiero, ellos saben quienes son.

Richard

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
1. SUPERACIONISMO PENAL: PERSPECTIVA HERMENÉUTICA, HISTÓRICA Y FILOSÓFICA.	4
1.1 HACIA UNA FUNDAMENTACIÓN HERMENÉUTICA DEL DERECHO PENAL.	4
1.2. PERSPECTIVA DEL DELINCUENTE A NIVEL OCCIDENTAL Y GENERALIDADES DEL SABER CRIMINOLÓGICO.	21
2. EL FETICHISMO JURÍDICO COMO FENÓMENO IDEOLÓGICO DEL DERECHO PENAL MODERNO.	28
2.1. IDEOLOGÍA Y ECONOMÍA EN EL FETICHISMO DEL DERECHO PENAL	28
3. SUPERACIONISMO PENAL: PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.	40
3.1. ABOLICIONISMO PENAL Y SUS PRINCIPALES CRÍTICAS AL SISTEMA PENAL COLOMBIANO.	40
3.2. SUPERACIONISMO PENAL: ¿MÉTODO O SISTEMA?	45
3.3 ANÁLISIS SUPERACIONISTA DEL ESTADO Y DE LA PENA.	47
3.4 SUPERACIONISMO, ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y DEMOCRACIA:	48
3.5 PROPUESTAS ALTERNATIVAS PARA EL MANEJO DEL CONFLICTO CRIMINAL:	55
CONCLUSIONES	60

RESUMEN

TITULO: SUPERACIONISMO PENAL: HACIA UNA ABOLICIÓN DE LA PENA COMO CREACIÓN DE LA MODERNIDAD.*

AUTORES. Manuel Eduardo Moreno García, Ricardo Andres Chavarriaga Trochez**

PALABRAS CLAVES: abolicionismo, pena superacionismo, estado social de derecho .

DESCRIPCIÓN

En las formaciones económicas sociales desarrolladas a través de la historia, se ha llevado a cabo la búsqueda e implementación de diversos tipos de mecanismos punitivos que conlleven a controlar, dirigir y regular las diferentes conductas consideradas como desviadas por dichas sociedades, configurando con esta actuación la materialización práctica de lo que Michel Foucault conceptualizaba en su texto *Vigilar y castigar*, como la “economía política “del cuerpo a través de la historia”. De mecanismo de suplicio y expiación de las “culpas”, en la edad media a sanción del “alma” del condenado en las sociedades capitalistas, el concepto de pena ha sufrido diversas variaciones lo cual ha sido consecuencia de la incidencia de las modificaciones sufridas en las relaciones materiales de una sociedad cimentada en una forma de producción económica y su posterior paso a otra formación histórica, todo esto acompañado desde luego por sus respectivas influencias ideológicas. Es así como tomando como referente teórico las diferentes propuestas tendientes a analizar y criticar el actual concepto de pena moderna, presentamos a consideración de la comunidad académica el desarrollo de nuestro análisis de la problemática del concepto pena, con miras a la posibilidad de su Superación histórica, con una tendencia a referenciar de manera especial la principal institución punitiva de la modernidad (la cárcel), señalamos además que en nuestro código penal no se toman en cuenta los diferentes principios constitucionales tales como solidaridad social, democracia participativa y corresponsabilidad social para que dichos principios sean realmente implementados y así poder permitir que de esta manera se inicie la búsqueda de mecanismos alternativos de resolución de conflictos que configuren una posibilidad real de Superación de la pena como creación de la modernidad.

* Monografía de grado

** Facultad De Ciencias Humanas, Escuela de Derecho y Ciencias Políticas. Director Ramiro Pinzón

SUMMARY

I TITLE: PENAL SUPERACIONISMO: TOWARDS AN ABOLITION OF A SORROW(SENCE) LIKE CREATION OF THE MODERNIDAD.*

AUTHORS. Manuel Eduardo Moreno García, Ricardo Andres Chavarriaga Trochez **

KEY WORDS: abolitionism, a sorrow (sentence) superacionismo, social condition (state) of right.

DESCRIPTION

In social economic formations developed through history, has carried out the search and implementation of various types of mechanisms that lead to punitive controlled, directed and regulated the various behaviors considered deviant by those human societies, setting up this performance with the practical realization of what Michel Foucault conceptualized in the text "Discipline and Punish", as the 'political economy' of the body through the story. Mechanism of punishment and expiation of the "faults" in the Middle Ages, to sanction the "soul" of the convicted in capitalist societies, the concept of punishment has undergone several changes which has resulted from the impact of changes supported the material relations of a society based on a form of economic production and its subsequent passage to another historical formation, all accompanied of course by their ideological influences. Thus, using as theoretical reference the various proposals to analyze and criticize the current modern concept of punishment, we present for consideration by the academic community to develop our analysis of the problem of the concept penalty with a view to the possibility of its Overcoming historical trend with a special way to reference the main institution of modernity punitive (jail), we note also that in our criminal code does not take into account different constitutional principles such as social solidarity, participatory democracy and social responsibility for these principles are actually implemented so we can allow this way to start the search for alternative mechanisms of conflict resolution configured Overcoming a real possibility of punishment as creation of modernity.

* Monograph of degree

** Faculty Of Human Sciences, School of Law and Political Sciences. The director Ramiro Pinzón Asela

INTRODUCCIÓN

En la realidad moderna de Colombia y del mundo se han intentado varias propuestas para la solución de los diferentes problemas sociales, entre estos la delincuencia. El derecho penal no es la excepción, pues es quizás el instrumento más utilizado para el control represivo de dicho fenómeno. Sin embargo, los fenómenos delincuenciales nunca han podido ser exterminados a pesar del uso, muchas veces abusivo, del derecho penal (cimentado en sus teorías amplificadoras); debido a que se lleva a la práctica humana una institución político social como la pena, camuflada con visos de neutralidad, pero que realmente es un justificante ideológico para las prácticas sancionatorias de una sociedad determinada.

Debido a esto es justo decir que la pena como categoría del derecho penal (sancionatorio), siempre termina respondiendo a una necesidad económica que le da cierto dinamismo dentro del sistema social al que pertenece; por eso, al ubicar la verdadera función de la pena dentro de un sistema político, se podría clarificar si esta institución puede ser abolida con miras a crear prácticas alternativas, que superen la concepción moderna del castigo como venganza. Y es ahí cuando surge la siguiente pregunta, como cuestionamiento estructural de este trabajo.

¿Es necesaria la pena privativa de la libertad como institución sancionatoria, o bien puede ser superada históricamente con miras a crear soluciones alternativas que conlleven a una protección integral de la dignidad humana, con el fin de resolver los problemas criminales?

Ante este problema el objetivo principal en esta investigación se basa en Analizar epistemológicamente la necesidad de la pena como institución social cimentada

en una estructura social, tomando como referente al ordenamiento jurídico colombiano, planteando así la posibilidad de una visión superadora de las concepciones de la pena como castigo o venganza.

Por ende se deben seguir ciertas pautas o acciones que podrán desentrañar la estructura básica del conflicto criminal, para posteriormente, encontrar nuevas formas de tratamiento para el mismo. A juicio de los autores las más adecuadas son:

1. La indagación de las posibles falencias ideológico-argumentativas del derecho penal moderno.
2. La problematización de las nociones de “crimen”, “pena” y “delito” teniendo en cuenta su papel controlador de las relaciones sociales entre víctima y victimario y analizándolos como fenómenos políticos, culturales e ideológicos.
3. El planteamiento de un enfoque epistemológico que permita el surgimiento de un proyecto Superacionista del Derecho Penal, desde la posibilidad de una Abolición y una desestructuralización de la pena, proponiendo la posibilidad de formas alternativas para resolver el conflicto criminal, y por último,
4. La contextualización el derecho penal garantista o derecho penal mínimo, como complemento a la teoría del superacionismo penal, dentro de un camino deseable para superar el derecho penal como modelo creado por la modernidad para resolver sus conflictos criminales y violentos.

Ante todo es bueno aclarar que esta propuesta no busca una salida mesiánica para encontrar nuevos sistemas sancionatorios, sino por el contrario la búsqueda de Formas más dignas al tratamiento del conflicto criminal, además la conciencia permite concluir que quizá será después de mucho tiempo que se encontrará

una solución definitiva, a la crueldad y violencia del derecho sancionador; no obstante sí se pretende dejar una piedra angular que permita la posibilidad de hallar pronto una mejor forma de atender el conflicto criminal.

1. SUPERACIONISMO PENAL: PERSPECTIVA HERMENÉUTICA, HISTÓRICA Y FILOSÓFICA.

1.1 HACIA UNA FUNDAMENTACIÓN HERMENÉUTICA DEL DERECHO PENAL.

Cuando tratamos las diferentes tesis del derecho penal, vemos que raramente se enfocan en las situaciones sociales que constituyen su base fáctica jurídica; normalmente son tesis centradas en el estudio específico de las categorías que lo componen (de acuerdo a la legislación colombiana), pues los trabajos de grado suelen centrarse en el análisis de categorías que integran un lenguaje propio del derecho penal, mas pocas veces toman en cuenta las realidades sociales que permiten que el derecho penal exista.

Muchas investigaciones se introducen en disquisiciones dogmáticas sobre el lenguaje interno del derecho sancionatorio y con regularidad hay autores enfocados en cuestionamientos tales como, dónde se debe ubicar estructuralmente el dolo, si en la categoría del tipo o en el de la culpabilidad, y continuamente se aparta la mirada de lo realmente importante, la realidad social del derecho penal.

Por eso en el presente trabajo se pretende observar y analizar un tipo específico de la realidad social, y desde ahí presentar una tesis superacionista del derecho penal, observando y demostrando que los principios fundamentales del derecho penal moderno, en cuanto se refieren a la función de la pena, son inocuos y no corresponden a las necesidades de la sociedad contemporánea; igualmente pretendemos develar que el derecho penal a través de la historia, no tiene como objetivo la resocialización del individuo, sino por el contrario, el ejercicio de la

violencia con intereses **de sostenimiento y sometimiento económico y político**, lo que lleva a proponer desde aquí, una desestructuralización del derecho penal moderno, partiendo de los idearios del derecho penal mínimo y del abolicionismo penal.

Antes de continuar es imprescindible tener claridad acerca de ciertas nociones sobre el abolicionismo, pues este es uno de los ejes de este trabajo y será tomado posteriormente dentro del mismo; en este sentido son tres las corrientes que lo guían:

A. El abolicionismo radical que pretende la supresión de todo sistema penal, con la abolición de la cárcel y las medidas penales carcelarias, de la misma manera con la política criminal, igualmente tiene la pretensión de eliminar todo sistema penal sustancial y procesal, dentro de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Esto no quiere decir que se acaben todas las medidas coercitivas, pueden mantenerse algunas, pero lo importante es acabar con el sistema represivo, violento e institucionalizado del derecho penal.¹

Sus principales impulsores son Louck Hulsman en el siglo XX y en el siglo XIX Emile Giraudeau.

B. El abolicionismo institucional: Este pretende la abolición de las cárceles y de los instrumentos violentos del derecho penal; así mismo pretende reemplazar los sistemas crueles del derecho penal (la privación de la libertad, la cadena perpetua y la pena de muerte), por modelos más humanos de resocialización. Thomas Mathiesen es el principal promotor de esta tesis, la cual tiene como principios, la abolición de la cárcel y de las medidas alternativas que puedan

¹Oswaldo Nelo Thiegui. 1995. El Abolicionismo Radical y El Abolicionismo Institucional. Revista Chilena de Derecho Penal, Vol. 22, (Nº 2), pp. 309 – 313.

convertirse en medidas carcelarias similares a las que ya existen, la abolición de la cárcel a corto y mediano plazo y el abolicionismo a largo plazo.²

C. Por último, la tercera postura del abolicionismo es la de tipo parcial; pues si bien no se destruye el sistema carcelario, ni se acaba el sistema jurídico procesal y sustancial del derecho penal, sí se disminuyen de manera tajante los delitos, y el ámbito de aplicación se restringe dramáticamente a las conductas más violentas; igualmente la prisionización se humaniza y se restringe lo máximo. Sus más importantes exponentes son Eugenio Raúl Zaffaroni y Luigi Ferrajoli.³

Ahora bien con estas nociones claras, es importante afirmar, que los autores de esta monografía comparten la crítica que se hace respecto del carácter violento del derecho penal, pero no se ciñen en especial a alguna idea del abolicionismo, por lo que tomamos una posición ecléctica aunque radical para plantear un concepto nuevo, el del superacionismo.

Se puede decir que la posición superacionista en el derecho penal, es una opción de la conciencia, la cual consiste en entender que la idea del castigo que propone el derecho penal no es una opción para humanos sino para animales; entendemos que el derecho penal no puede ser una razón para conservar un Estado donde con base en una presunta “defensa social” conlleve a destruir la dignidad del Sujeto que la “vulnerò”; parafraseando al filósofo colombiano Fernando González Ochoa esto equivaldría a ensuciar la fuente de la que tomamos agua con el fin que no haya otro que pueda tomarla.⁴

²Nelo Thiegui, Oswaldo. Opus cit. pp.316, 317.

³ Ibídem. p. 309

⁴González, Fernando. Nociones Sobre Izquierdismo. En: <http://www.otraparte.org/actividades/index.html>. p2. Extraído el 19 de julio de 2007.

Hace falta tener conciencia para entender que degradando la vida de una persona que vulneró un presunto “bien jurídico” no se va a solucionar el problema de la delincuencia, pues aquella persona tratada como delincuente será sometida a un castigo que en el mejor de los casos logrará destruirla aún más en su personalidad, haciéndola reincidir en el daño que cometió, de dársele nuevamente la oportunidad de cometerlo.

Este imperio vanidoso del derecho penal, no es más que el traspaso de la venganza privada a la venganza pública, donde en lugar de reducirse a la esclavitud al obligado por parte del dónus romano, se reduce al ciudadano por parte del Estado, quien se convierte en soberano ⁵Por eso en el derecho penal hay una conciencia de la sociedad fisiológica e inmediateista, ya que se resuelve un problema más de tipo coyuntural que realmente a futuro, pues mientras el derecho penal se agiganta en tipos penales y en medidas punitivas, la delincuencia continua desbordando siempre el poder punitivo del estado.⁶

Por eso ¿qué legitimidad puede tener el ejercicio de una dignidad que se impone mediante ejercicios indignos, y en muchas ocasiones inútiles? Este es el sentido lógico de lo que ocurre con el derecho penal, pues éste hace que el Estado se haga dueño de la vida y la honra de los que caen bajo su poder.

Es de suponer que las estructuras del Estado o de la sociedad han sido creadas con el fin de garantizar el bien de todos los ciudadanos⁷, que están dirigidas a garantizar la satisfacción de sus asociados; pero qué bienestar puede otorgar una estructura que desvía el problema social de la criminalidad con un castigo, que roba el conflicto a la víctima y que ejerce sobre el infractor la humillación con un supuesto fin de resocialización.

⁵y deja de ser aquel ente administrativo que vele por el bienestar de los ciudadanos.

⁶Ibíd. pp. 5,6.

⁷Ibíd. pp. 10,13.

Este cuestionamiento que ha sido la columna vertical del debate abolicionista y de la criminología crítica,⁸ ha tenido multitud de contestaciones probables y posibles, encontrándose siempre un muralla infranqueable a nivel epistemológico, un vacío en la estructura conceptual (e institucional) del derecho penal, pues aún nadie ha explicado satisfactoriamente si este (el derecho penal) es una ciencia (social por supuesto), o una disciplina administrativa. De igual manera observa la insolubilidad de su naturaleza gnoseológica y metodológica, pues aquello a lo que llamamos hermenéutica jurídica no son más que una serie de procesos de interpretación de la norma abstracta carentes de sentido mundano.⁹

He ahí lo necesario para intentar desarrollar una hermenéutica del derecho penal¹⁰, no desde la ideologización de las normas y textos jurídicos sino desde autores que han intentado buscar el ser del estudio de la humanidad, es prioritario hacer una pedagogía del derecho penal por fuera del mismo, es decir hay que interpretarlo como una parte de la totalidad de lo humano, y no como una totalidad (absoluta) desligada de los componentes culturales que le dan contenido existencial.¹¹

De ahí que la primera parte de este trabajo intentará hacer una hermenéutica del derecho penal, dejando a un lado la simple interpretación de textos, e intentando encontrar en el derecho penal las cosas sentido (entes), es decir aquellas cosas del derecho penal que tienen un horizonte frente a nuestra conciencia, un

⁸y ahora el debate superacionista.

⁹La palabra mundano no hace referencia a posturas moralizantes de la existencia humana, que identifica a el “mundo” con una existencia llena de vicios; en realidad la palabra mundano en sentido filosófico se refiere a una categoría que designa todo lo que se compone por la posibilidad de ser aprehendido y captado por la humanidad, es decir lo que compone el horizonte del mundo, entendido este último como “la totalidad de los entes reales (reales, posibles e imaginarios) que son por relación al hombre y no sólo reales, de suyo” Dussel. Enrique D. Filosofía de la Liberación. Bogotá: USTA. 1984. p. 35.

¹⁰ Debería hacerse una hermenéutica del derecho en general y de cada una de las ciencias, llámese sociales o naturales con el fin de dilucidar un problema epistemológico que nos dejó la desestructuralización del positivismo científico, que tuvo como paradigmas de la ciencia de la modernidad la biología y la física.

¹¹La totalidad es el es el conjunto de cosas con sentido para el hombre, que son parte de un mundo, o de un horizonte cotidiano dentro del cual vivimos y existimos. *Ibidem* p. 34.

significado frente a nuestro vivir y forman parte de nuestro mundo cultural; que son a la larga los fines de la hermenéutica.

Ahora bien, para mayor claridad es imprescindible explicar en qué forma se hará esta interpretación hermenéutica, ya que en el ejercicio de esta exploración jurídica se ha comprendido que la investigación es más que una instrumentalización de signos y símbolos sociales; al cual se le ha dado estatus de método científico y un pomposo nombre: “Hermenéutica Jurídica”; la cual no resistiría un estudio mínimo, pues realmente esta (Hermenéutica) no se corresponde en realidad con el uso que supuestamente se hace de ella en el ejercicio jurídico.

Para empezar, el origen de la hermenéutica se circunscribe en el término griego “Hermeneia” y esta significa expresión o interpretación¹², en un principio la hermenéutica en cuanto a método de las ciencias humanas se plantea inicialmente desde la perspectiva de la historicidad, como una expresión, valga la redundancia, de la realidad histórica del ser humano, que intenta dar cuenta de la posibilidad de comprender su sentido¹³. La hermenéutica de las ciencias sociales busca no solo entender lo que otro dice o comunica, sino también la claridad de lo que responde el que habla; por cuanto también el interpretado se halla implicado en el intercambio dialógico¹⁴.

Es ahí cuando se aparta de los modelos formales de la lógica primigenia y busca recomponer el camino comunicativo del ser humano. En un principio esta hermenéutica privilegia el lenguaje lógico visible de la matemática de las ciencias naturales positivas¹⁵; empero esta interpretación hermenéutica no abarca la

¹² Garazalga, Luis. Introducción a la Hermenéutica Contemporánea, Madrid: Gredos 2000. p 5

¹³ Ibídem. p 14

¹⁴ Ibídem. p 7

¹⁵ Ibídem. p 16

complejidad de las relaciones de los sujetos en las ciencias humanas, por lo que se hizo necesario que el método histórico interpretativo iniciara un proceso de cambio a la orientación comprensiva de las relaciones sociales¹⁶; aún así el método historiográfico de interpretación en las ciencias humanas empezó un proceso de ideologización, lo que conllevó a que se desarticulara la comprensión de la totalidad humana y se explicara toda ella en un devenir histórico engañoso y simplista.

Por esto Gadamer decidió hacer una interpretación diferente, logrando trascender la búsqueda del ser en las ciencias sociales hacia el ejercicio de la revelación lingüística. El problema principal de Gadamer se ubica en el engaño del lenguaje, en el descubrimiento de una verdad filosófica, no solo a nivel de lo que se comunica al exterior sino de la pureza de la comunicación interior¹⁷, es decir, el significado colectivo de lo que se comunica a nivel de la lengua y lo que implica esta comunicación a nivel social. Su búsqueda está en el entendimiento y la armonía del mundo de lo “humano”, de la comprensión de las falencias relacionales y de un entendimiento pacífico entre hombres y mujeres, aún así, él no renuncia ni a la dialéctica anterior, ni al método histórico como comprensión social, únicamente lo trasciende.¹⁸

Igualmente Foucault preocupado por la búsqueda de la comprensión y entendimiento de la sociedad, inicia un proceso de análisis científico y filosófico del ser humano en la hermenéutica del sujeto, donde plantea el descubrimiento del ser en la humanidad desde dos prácticas; primero en el cuidado de sí mismo y segundo en el conocimiento de sí mismo; a nivel de la práctica política, pedagogía y Psicológica, confirmando que la hermenéutica no es un simple modelo de interpretación sino un ejercicio de búsqueda y encuentro.

¹⁶Ibídem. p 28

¹⁷ GADAMER, Hans George. Arte y Verdad de la Palabra. Madrid: Gredos 1994. p 16

¹⁸Ibídem. p 112.

Si se quiere hacer un ejercicio de claridad, ha de hacerse la búsqueda de una hermenéutica del sujeto para el derecho penal, esto es, un ejercicio que revele las realidades sociales que rodean la institución de la pena, desde un quehacer filosófico, rompiendo todos los paradigmas “hermenéuticos” del mismo, que solo puede garantizar una explicación de los tipos, trascendiendo cualquier imposición metodológica; lo cual ubicaría este ejercicio en tendencias “nihilistas” de investigación o si se quiere nombrar de otra manera contrainductivas.

Por tanto y con el fin de iniciar esta búsqueda hermenéutica, se hace necesario decir que el derecho penal se compone de cuatro categorías -la tipicidad (norma escrita), la antijuridicidad (daño material y real cometido), la culpabilidad (responsabilidad frente al hecho) y la punibilidad (tasación del castigo a imponer frente al daño que se comete)-, las cuales son su columna vertebral dentro del ordenamiento jurídico y proyectan su sentido dentro de la sociedad¹⁹. Estas cuatro categorías tienen el fin de proteger a las personas y a la sociedad de conductas que son nocivas; sin embargo valga decir que no hay acuerdo unánime acerca de qué es lo nocivo y qué es lo que protege (o busca proteger) el derecho penal.

Para Rafael Alcacer Guirao hay dos alternativas, la primera se refiere a la protección de Bienes Jurídicos (entiéndase derechos fundamentales) y la segunda a la protección del ordenamiento jurídico,²⁰ en el segundo caso el derecho penal se orienta a la funcionalidad de una normatividad social, en pro de unos intereses de partido o de política económica, o racial, la intervención punitiva del estado puede llegar a ser excesiva y hay una diferenciación entre ciudadanos y no ciudadanos,²¹ lo nocivo viene a ser lo que atenta contra el orden normativo establecido, cualesquiera sean las pautas principales del mismo; en el primero en cambio se

¹⁹MUÑOS CONDE, Francisco. Teoría General del Delito. Valencia: Tirant Lo Blanch 2005 pp. 1-5.

²⁰ALCACER GUIRAO, Rafael. Los Fines del Derecho Penal, Una aproximación desde la filosofía política. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2004. p 19

²¹ El régimen del nazismo es un ejemplo radical de esto, pues debido a su política racista se intentó con el derecho penal eliminar a los “enemigos raciales” de la Alemania Hitleriana.

orienta por preservar la dignidad del ser humano frente a la actuación del estado o de otra persona; cuando el derecho penal protege bienes jurídicos la intervención del estado es mínima y no usa la prisionización como un modo de introducir ideas morales a la sociedad.

Ante esto surge la categoría de la pena como el castigo que debe tener un delincuente cuando comete un delito y causa un daño antijurídico que viola un derecho humano de una o más personas; ya sea mediante homicidio, peculado, cohecho, genocidio etc. Este castigo por norma general es una restricción general del movimiento y la libertad de actuación por un tiempo limitado y tiene como proyecto futuro la rehabilitación del delincuente, con el fin que pueda integrarse a la sociedad nuevamente; sin embargo en países con un sistema penal autoritario como E.E.U.U no se consagra la pena como un concepto (instrumental) que permita la resocialización del delincuente, por el contrario se usa el derecho penal para infundir miedo a los ciudadanos, con usos crueles como la pena de muerte y en algunos otros la tortura²².

Por ende la pena es el eje que indica lo que protege el derecho penal y cómo lo protege; así si se entiende cuál es la verdadera función de la pena dentro de un sistema jurídico, podremos hacer una labor de **problematización** del derecho penal, como instrumento del control social, base para la práctica hermenéutica del derecho²³.

Así que las diversas teorías de la pena buscan una función social para esta, pero difieren en la función social que deben cumplir. Pues desde las teorías relativas de la prevención se propone que la pena está creada para evitar la comisión de delitos por las personas no delincuentes y la reincidencia de los delincuentes. Pero mientras la pena como prevención especial negativa, debe

²²Como es el caso de la cárcel de Guantánamo.

²³Gadamer, Hans George. Verdad y Método II. Salamanca: Ediciones Sígueme. 1996. p 43. Traducción: Manuel Olasagasti.

motivar a las personas a no cometer delitos mediante el terror que produce el castigo, la pena como prevención general positiva actúa porque introduce valores ético sociales, de protección del derecho²⁴.

La prevención se dirige tanto al cuerpo social, como a la persona tratada como delincuente, de este modo la prevención especial negativa se dirige a atemorizar al “criminal” por medio del castigo y la prevención especial positiva a “curarlo”, para que sea nuevamente un ser “sociable” y respetuoso de los valores de la comunidad.

Ahora bien desde las teorías absolutas de la pena la cuestión se simplifica de manera notable, ya que la misma se empeña en darle a la pena el carácter de sólo castigo; sin importar la necesidad social de la aplicación, lo que hace que la aplicación de la pena se base en una “justicia” ontologizada²⁵. Se pretende que la pena debe aplicarse de la misma manera en la que se cometió el delito, se habla de una teoría retributiva de la pena; significa que el asesino debe ser asesinado como pena por lo que hizo.

Por supuesto en nuestro ordenamiento jurídico se pretende fundamentar la pena desde las teorías relativas²⁶, ya que el absolutismo de la pena riñe con los principios mínimos de la dignidad propugnada en nuestro ordenamiento constitucional.²⁷

²⁴Rafael Alcácer Guirao. Opus Cit. 26

²⁵ Es estos casos normalmente se habla de metafísica de la justicia, pero se prefiere en este caso el término de “justicia ontologizada”, pues mientras en la metafísica hay un aproximarse al otro, ó sea un responsabilizarse por el débil desde su personalidad, un transponerse del propio cuerpo (físico y espiritual), en la ontología se busca el vencimiento del racionalismo extremo, es un reflejarse en el otro y especularse en el otro; en la metafísica se piensa el mundo desde la exterioridad del otro, es un discurso de la alteridad, en la ontología se piensa al otro desde nuestro mundo haciendo que nuestra racionalidad lo venza primero y luego lo elimine. Enrique Dussel. Opus cit. p 64.

²⁶ Por lo menos desde la teoría legal.

²⁷Constitución Nacional: Preámbulo. Para mayor claridad véase Corte Constitucional Colombiana: sentencia T – 881 de 2002. Magistrado Ponente. Eduardo Montealegre Lynnet.

Pues como indica la Corte Constitucional:

La pena tiene en nuestro ordenamiento jurídico un fin preventivo, que se cumple en el momento en que el órgano legislativo establece la sanción .que se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones-; un fin retributivo, que se manifiesta al momento de la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanísticos y las normas de derecho internacional adoptadas. Privar al contraventor de la posibilidad de acumular las rebajas de pena .que, como se señaló, por lo general guardan relación con el desarrollo de actividades edificantes para el interno como el trabajo o el estudio- se traduce en una forma de limitar sus posibilidades de pronta reinserción a la sociedad, coartando tanto el desarrollo de su personalidad .que también en estos casos se “reconoce plenamente al individuo- como las posibilidades de que el sistema judicial y penitenciario se convierta en verdadera herramienta de control y transformación social.”²⁸

Esto explica que la pena dentro de nuestro ordenamiento (por lo menos a nivel legal) no busca ni la destrucción del individuo que viola un bien jurídico, ni la venganza pública, pues esta última sería distante de la calidad del derecho penal como instrumento de control social:

El Derecho Penal constituye un instrumento de control social que busca la observancia de determinados comportamientos deseables, mediante el desestímulo, que la pena implica, de conductas que se juzgan indeseables, en cuando atentan contra bienes jurídicos que se estiman vitales para la convivencia civilizada. La definición de esas específicas conductas, objeto del derecho penal, que atendiendo los patrones imperantes dentro del sistema social para calificar la normalidad y la anormalidad, suelen señalarse como desviadas, y la

²⁸Corte Constitucional, Sentencia C-1112 de 2000

correspondiente indicación de los bienes jurídicos tenidos por valiosos y por ende merecedores de protección, son tareas que dentro de la estructura de un Estado de Derecho, competen al legislador.²⁹

Incluso hay autores que si bien creen que la pena debe servir para el restablecimiento de normas morales dentro de la vigencia de la sociedad, no todos los procedimientos son legítimos para hacerlo:

La pena cumple la función de restablecer la vigencia de la norma. Sin embargo, el restablecimiento de la norma no puede hacerse de cualquiera forma, con la sola condición de que sea socialmente funcional. Este restablecimiento a través de la pena solamente será legítimo si es que se respecta la dignidad de la persona, lo cual implica no solamente prohibir la instrumentalización de las personas, sino también tratarlas como sujetos libres y responsables.³⁰

Pero si esto es así, ¿por qué la función resocializadora de la pena no se cumple?. ¿Será por qué el derecho penal no posee en estos momentos su autoridad de ciencia y cada vez da un paso más al autoritarismo?.³¹ Dificultad que se plantea a pesar de las repetidas sentencias de la Corte y de la inclinación garantista de la ley sancionatoria colombiana; pues para nadie es secreto que el derecho penal en el país no cumple con su fin de paz social y la pena no cumple con su fin de resocialización y abstención de la criminalidad, mostrándose de esta manera la incapacidad del derecho penal de cumplir los fines que plantea la legislación, dado que si la función de la pena se justifica a partir de la legitimación

²⁹Corte Constitucional de Colombia: C- 549 de 1994.

³⁰García Cavero Percy. Acerca de la Función de la pena. En: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=60&Itemid=27. pp.13. Extraído el miércoles 20 de mayo de 2009.

³¹Como lo indica Gadamer, la autoridad es la posibilidad de usar la razón en todo momento, y en considerar que en el otro pueda existir (o bien realmente exista) un conocimiento que sobrepasa al de nosotros; contrario esto al autoritarismo que exige obediencia ciega a una postura filosófica o existencial. Opus cit. pp. 45,46.

instrumental, la cual entiende a la pena como un mal necesario que el estado impone a un individuo³², la utilización de este daño debe revertir en mayor beneficio social que el daño causado por el individuo y sólo es legítima si el daño causado es real, material y vigente; situación que no siempre sucede en nuestra legislación, pues se tipifican de ordinario delitos como el porte ilegal de armas, por el cual no se causan daños actuales ni se plantean daños eventuales a futuro; lo cual rompe la idea del daño necesario causado por el estado, como razón de la paz social.³³

Ante esto encontramos simplemente una justificación intimidatoria de la pena, la cual se aplica con la idea de la preservación de una norma que proyecta un conjunto de actuares,³⁴ que deben ser respetados por parte de los ciudadanos, bajo la amenaza de un castigo³⁵, los cuales se presumen conocedores de las leyes sancionatorias y seguidores absolutos de la misma.

Una situación similar sucede con la legitimación valorativa de la pena, que indica la utilidad de la pena como instrumento para introducir valores dentro de la sociedad, como un deber ser que debe proyectarse en el mundo ante la amenaza del castigo, dando así a la pena una justificación moral, desde la cual toda intimidación es justa si el fin es lograr un sistema socio – jurídico ideal³⁶; sin importar que con la pena se afecte el fuero interno de los ciudadanos.

Cómo se puede observar, ni la pena y ni el derecho penal cumplen una función altruista ni beneficiosa para la sociedad, ni desde el marco valorativo ni desde el marco utilitario, ya que mientras se intenta proyectar un deber ser desde el derecho penal, este deber ser nunca se cumple y si lo que se intenta es un castigo

³² Generalmente en forma de limitación de la libertad.

³³ Alcacer Guirao, Rafael. Opus Cit pp. 34 -38.

³⁴ Ibídem. p. 44.

³⁵ Ibídem p. 39.

³⁶ Ibídem. p 51.

como modo de apaciguar una conducta desviada, el derecho penal se ve igualmente impotente para apaciguarla. Esto sucede porque el discurso que el derecho penal maneja, es un tipo de verdad limitada por su auto certeza³⁷, tiende a juzgar desde prejuicios y pretextos la realidad social, desconociendo que la aplicación de la pena como la entendemos, no siempre es necesaria para el buen transcurrir de un país, mas si hay conductas que pueden ser resueltas por mecanismos menos violentos y diferentes al derecho penal.

Esto se debe a que el derecho en su afán de ser ciencia no ha podido proyectarse como tal, y se encuentra con varios obstáculos epistemológicos, éntre los cuales se resaltan según Miaille³⁸:

Falsa transparencia del Derecho: Esta es una concepción distorsionada que señala el derecho como aquello que se observa guiado principalmente por la experiencia, esto en contraposición al positivismo que plantea que lo principal del derecho es su vigencia dentro de una sociedad determinada, con miras a presentar el estudio del Derecho envuelto en una presunta científicidad “neutra” y el contenido del Derecho como carente de algún tipo de interés económico o político.

Idealismo jurídico: En esta concepción se observa que el Derecho se presenta como una “categoría universal”, conservando así la noción de Derecho como un sistema jurídico cuyos componentes están dados por un conjunto de reglas que los hombres deben respetar para que se pueda vivir en sociedad de manera organizada.

Aislamiento del Derecho: Según lo manifestado hasta ahora, se ve que desde una visión hermenéutica, como la propuesta por Gadamer, no se puede abordar de manera aislada el Derecho tal y como lo han hecho las

³⁷ Gadamer, Hans Georg. Opus Cit 52.

³⁸ Miaille Michel, Una Introducción Crítica al Derecho. Madrid: Estampa. 1994. p.p. 33 – 62. 1994

demás ciencias sociales cuando se acercan al estudio de este campo, negando así la realidad social como una totalidad en interacción constante y el Derecho como integrante de este.

Derecho como sistema cerrado : Esta noción parte de entender el Derecho como un conjunto cerrado de normas que cuentan con un método propio de estudio autónomo y con un conjunto de características especiales: “Generalización, Formalización, abstracción y reglamentación”.

Por eso desde el derecho penal pocas veces se hace una buena hermenéutica del ser de las sociedades, pues este y la gran mayoría de sus operadores institucionales, consideran que la realidad debe olvidar su propio discurrir y no dan paso a la alteridad interpretativa de los sentidos del mundo; que es lo que se pretende desde la hermenéutica³⁹, la realidad no se pone en relación con los textos (pretextos) desde los cuales se escribe el derecho penal, y por tanto este (derecho penal) impide la posibilidad de una “serie cambiante de posibilidades” frente al mundo.⁴⁰

En este sentido y siguiendo a Foucault, se podría afirmar que el derecho penal como juego estratégico del lenguaje ⁴¹ responde a una de dos categorías de verdades o historias de verdad, la primera es una historia interna de la verdad, con principios propios de regulación hallados en las ciencias a nivel de lo que se llamaría ‘puro y demostrable’; el segundo tipo de verdad o historia de verdad, es una historia externa que se compone de formas de subjetividad, dominación de objetos de conocimiento y tipos de saber; es decir de saberes impuestos desde una creación política.⁴²

³⁹Gadamer, Opus. Cit. p 66.

⁴⁰ Ibídem.

⁴¹ Foucault, Michel. En: La Verdad y Las Formas Jurídicas. Barcelona. Gedisa Editorial. 1978. p 17.

⁴² Ibídem.

A nivel epistemológico el derecho penal moderno – en realidad todo el derecho como sistema jurídico- se encuentra en la segunda categoría o tipo de verdad, es por esto que el derecho penal no tiene clara una teoría del conocimiento, pues desde su “discurso”, de los tipos de saber y la dominación de los objetos de conocimiento, crea verdades y después las interpreta, es decir, establece un propio lenguaje (metalenguaje), e interpreta las realidades externas a su objeto con su lenguaje particular e idealista, creado por fuera de las realidades que interpreta. El derecho penal no cumple el propósito de lo que busca el conocimiento, pues el conocimiento busca transformar realidades y trascender verdades, casi que desconocerlas, para de esta manera clarificar realidades del saber.⁴³

El derecho Penal (en realidad todo el derecho en general) se establece como un tirano griego (por ejemplo Edipo) el cual hace traspaso de héroe a rey cuando resuelve problemas tangenciales y meramente coyunturales: Edipo vence al monstruo que devora a los habitantes de una ciudad, incapaces de responder sus enigmas, el derecho penal vence en ciertos casos monstruos de violencia, que devoran a una sociedad incapaz de resolver sus dilemas (exclusión, pobreza, etc.). Ambos (tanto el derecho penal como el tirano griego) hacen un traspaso a la gloria desde la miseria, del ‘no ser’ a ‘serlo todo’, a saberlo todo, a convertir la ley y las instituciones en un apéndice de su voluntad, ese es el rasgo que comparten el derecho penal y Edipo (como tirano griego) y que finalmente conduce a la miseria de ambos, entidades que de tanto saber ya nada saben y nada resuelven⁴⁴, llenos de poderes colosales que les impiden ver realidades.

Un ejemplo de esto lo da el hecho que durante décadas anteriores ha venido tomando forma dentro de la estructura de los diferentes marcos teóricos que

⁴³ Ibídem pp. 30, 31.

⁴⁴ Ibídem pp 43 - 58

inundan las planicies europeas, **la teoría del derecho penal del enemigo**; un discurso cuyo auge se ve respaldado con actuaciones acaecidas debido a sucesos globales de violencia que se han disparado, trayendo como consecuencia el surgimiento de fenómenos como el denominado “terrorismo” y su contrapartida estatal que busca contrarrestar tal tipo de conductas.

Esta teoría implementada bajo los marcos teóricos del derecho penal de tipo objetivista, e inspirada por la criminología de principios de siglo, es sostenida por el alemán Gunther Jackobs, quien propugna por una prevención basada en la presunta peligrosidad que se presenta en ciertos individuos denominados “Enemigos”, que actúan en contra de la normatividad legal existente dentro de las estructuras comunicativas modernas.

Así mismo y bajo el amparo de las teorías sistémico–funcionalistas auspiciadas por el alemán Niklas Lhuman, Jackobs enviste contra los postulados básicos de las teorías sociológicas clásicas, como las expuestas por Emile Durkheim y Karl Marx, en cuanto a temas como el concepto de hombre y su relación individuo-sociedad, en el cual el primero (el Humano), se desobjetiviza en aras de ser una función sistémica que se cumple en una determinada sociedad, o como bien lo dice Carlos Parma: *“El ser humano se transforma en un engranaje reemplazable de la maquinaria. Se instrumentaliza al individuo en pos de un mejor ajuste del sistema penal”*.⁴⁵

Es de esta manera que se deslegitima totalmente el derecho penal, no solamente en su fundamento científico, sino que se crea un derecho penal amplio que tiene como única finalidad el mantenimiento del orden social (llamase el mercado y la discriminación que este produce en los obreros, las minorías étnicas, los

⁴⁵ Carlos Parma. Reexaminando el Derecho Penal En: Memorias XVIII Congreso Latinoamericano, X Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología. Bogotá: Leyer 2004. p. 14.

inmigrantes, las mujeres etc.) mediante el castigo. Lo que Carlos Parma señala como una especie de eterno retorno:

“Como si fuera un rito ancestral, cada vez que en el horizonte de la sociedad la inseguridad pública gana espacio, se piden rigurosas condenas. La academia refractaria, fiel a un estilo “fashion”, se acomoda a la tesis represiva y reelabora cuanta idea autoritaria tiene a mano”.⁴⁶

1.2. PERSPECTIVA DEL DELINCUENTE A NIVEL OCCIDENTAL Y GENERALIDADES DEL SABER CRIMINOLÓGICO.

Hasta el momento esta teorización hermenéutica del derecho penal se ha basado en un análisis lingüístico de los conceptos del derecho penal, desde la filosofía del ser de lo humano y las ciencias sociales; pero de igual manera es justo decir que este conocimiento no es lo suficientemente profundo, sino se aborda una perspectiva histórico - comprensiva, económica y antropológica del mismo, pues es bien sabido que las teorías instrumentales de las penas y del derecho penal (como la propuesta por Jackobs)⁴⁷ no son nuevas, por el contrario tienen su asidero histórico en el quehacer de los regímenes autoritarios y absolutistas de la Europa de siglos pasados.

Las primeras penas que se crearon en los sistemas penales en la Europa de la modernidad fueron de tipo corporal, asociadas con la pena de muerte y la tortura; las cuales tenían como función real preservar la lealtad al rey⁴⁸ y posteriormente

⁴⁶ *Ibíd.* p 13

⁴⁷ JAKOBS, Günter. *Sobre la teoría de la pena*, (trad. Cancio Meliá), Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1998, p. 33 – 35.

⁴⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigilar y Castigar*. *Opus Cit.* pp. 11 - 14

desechar la mano de obra que no fuera necesaria para el sistema productivo,⁴⁹ de igual forma con este mecanismo de “control social” se buscaba evitar enemigos futuros de los propietarios de los medios de producción.

La situación precaria de la población imponía la búsqueda de enemigos internos como las brujas (ordinariamente mujeres muy inteligentes) y los judíos (ordinariamente comerciantes, con mucho poder económico), quienes servían de chivos expiatorios para calmar la furia del pueblo; razón por la cual eran clientes asiduos del derecho penal.⁵⁰

Hacia el siglo XVII con el fin de impulsar el sistema productivo mercantilista se conmutaba la pena de muerte, por el trabajo en las galeras, con el argumento que la pena se humanizaba; pero la realidad era que se buscaba mano de obra barata, tanto para el sistema productivo, como ya se dijo, como para la guerra; esto explica que a los delincuentes con mutilaciones o incapacidades y a los ancianos por norma general no se les perdonaba,⁵¹ siendo la pena de galeras por norma general una muerte lenta y dolorosa.

Entre los siglos XVI y XVII se emiten las primeras normas contra la vagancia, las cuales consagraban estas como tipos penales y tenían como función deportar presos para que trabajasen en las colonias, la misma medida se usó para evitar la pena de muerte so pretexto de la reeducación⁵², este es el antecedente inmediato de la prisión, cuyo fin real era la explotación racional del trabajo y no la reeducación, que era lo que pretextaba⁵³, esta conducta se prolongó en los siglos XVIII y XIX, donde hasta los niños eran obligados al trabajo, por medio de la pena carcelaria.⁵⁴

⁴⁹Rush y Kirkeimer. Pena y Estructura Social. Bogotá: Editorial Temis. 1984 pp. 7 – 24.

⁵⁰ Ibídem.

⁵¹ Ibídem. pp. 61 – 67.

⁵² Ibídem. pp. 70 - 71

⁵³ Ibídem. pp. 76.

⁵⁴ Ibídem. pp. 25 y 60.

La pena era una medida que se aplicaba a los cuerpos de los condenados en público, pero con la llegada del siglo XVII y las nuevas teorías ilustradas que propendían por la “dulcificación” de las penas, el ceremonial de la ejecución sobre el cuerpo de los condenados pasa a la clandestinidad hacia el siglo XIX.⁵⁵ Ante esto el castigo pasa a ser el procedimiento más oculto del sistema penal, y el juicio a ser el más visible, dándose la inversa a lo que sucedía en siglos anteriores.

El derecho penal de la modernidad presenta dos formas de reglamento judicial, o de litigio, el juramento - o desafío sin indagación- y la disputa -como forma de oponerse a la verdad del poder- , ambos formas procesales de origen griego dan paso a tres formas culturales de búsqueda de la verdad; la primera intenta una forma racional de obtener la prueba mediante demostración metódica, lógica, racional y “científica”, la segunda eminentemente retórica y persuasiva, y la tercera gnoseológica, basada en el testimonio, el recuerdo y la indagación⁵⁶

A diferencia del derecho penal griego , el derecho penal germano no concebía la publicitación de las acciones punitivas, siempre los litigios eran disputas entre dos partes (excepto en casos de traición y homosexualismo), previa comprobación del daño y concibiendo la posibilidad de una indemnización al mismo, con el fin de evitar la guerra y la venganza privada; cosa que no sucedía con el derecho penal medieval cuyo único objetivo era determinar la importancia en las relaciones sociales, la fuerza en la mismas (ordalías) y la educación a la comunidad.⁵⁷

El derecho penal de la modernidad en cambio se ha orientado dentro del ideario del liberalismo predominantemente, dentro de ciertos esquemas que por lo confusos hacen difícil una orientación de la punibilidad; es bueno aclarar el porqué de esta situación.

⁵⁵Michel Foucault. Vigilar y Castigar. Opus Cit. pp. 14 - 16

⁵⁶Michel Foucault. LA verdad y las formas. Opus Cit. p. 64

⁵⁷Ibídem. pp. 69 – 71.

El liberalismo tiene una propuesta concreta de organización social, y se basa en contenidos que le son propios, entre los cuales tenemos la declaración básica de derechos civiles y políticos y el paradigma del estado - nación, que si bien no nace con el liberalismo si se fortalece con él.⁵⁸

La clase triunfante después de la revolución francesa (la burguesía) logró que el grueso de la población apoyara su ideario creyendo que con este se proyectaban sus necesidades, siempre dentro de la idea clara que mostraba la presencia negativa de un estado feudal corrupto. Sin embargo las necesidades de cada una de las clases eran bien diferentes, ya que mientras la burguesía deseaba el poder para así abrir posibilidades de comercio e industria, el resto de la población (que se identifica con la pequeño burguesía y el proletariado) deseaba la presencia activa del estado para sobrellevar las precarias condiciones de vida (estado benefactor).⁵⁹

Aquí es donde se encuentra la primera contradicción en el ideario liberal, pues para la burguesía “La Libertad” se restringía al movimiento y al comercio, mientras que para el proletariado y la pequeño burguesía se identificaba con el bienestar de los ciudadanos en los aspectos de salud y educación. La primera no admitía intervención del estado pues el transcurrir económico debía depender de los giros de la oferta y la demanda⁶⁰, en cambio la segunda lo admitía (el intervencionismo) como salvaguarda de las libertades sociales.⁶¹

En cuanto al concepto de igualdad, también surge una contradicción dentro del modelo liberal, pues la igualdad burguesa es simplemente la igualdad jurídica,

⁵⁸PEREZ ÁVILA, Mayra Yazmín. Incidencia de la aplicación del ideario liberal, en los modelos educativos de Colombia y Santander, en el ámbito sociopolítico. Tesis de Grado de filosofía. Bucaramanga: Universidad industrial de Santander. Facultad de Ciencias Humanas. 2007. pp. 12 – 13.

⁵⁹ Ibídem. p 14

⁶⁰ Ibídem p. 21.

⁶¹ Ibídem pp. 15 - 16

ante los tribunales y en la expectativa del derecho de propiedad, para la clase del proletariado (urbano y campesino) y en su mayoría la pequeño burguesía o clase media, buscaba la igualdad económica y social, por medio del establecimiento del estado proteccionista; no obstante la igualdad liberal en cualquiera de los dos sentidos es ampliamente homogenizadora y no respeta la diferencia en la cosmovisión cultural del individuo, se pierden por completo las necesidades intelectuales y emocionales del individuo⁶², bien sea por medio del consumismo y el afán de lucro del liberalismo burgués o bien sea por las posturas controladoras y homogenizantes del burocratismo asistencialista del proletariado y la clase media.⁶³

En esta lógica contradictoria se da el nacimiento del derecho penal de finales del siglo XVIII, creándose un nuevo tipo de sociedad que se extiende de Europa a los E.U. y de ahí a las sociedades periféricas colonizadas, su nombre viene de una práctica carcelaria llamada el panoptismo, y se presenta tras una reforma y reorganización general del sistema judicial y penal.

Teóricamente se basaba en estos principios:

El delito penal debe estar apartado de la falta religiosa.

La ley penal debe mirar la utilidad social.

El criminal es aquel que perturba la paz social, se convierte en enemigo de la comunidad y por lo mismo rompe el contrato social.⁶⁴

Producto de esta organización sistémica nace la teoría de la prevención general positiva, que ya mencionamos, y que apoya doctrinariamente a una nueva forma de castigo, el panoptismo, el cual es la base de las cárceles modernas; teniendo como fin presentar una forma ascética de castigo, para evitar la venganza pública

⁶² Ibídem p. 17.

⁶³ Ibídem pp. 23 – 24.

⁶⁴ Michael Foucault. Vigilar y Castigar. Opus Cit. pp. 91 -94

y la venganza privada. Sin embargo este castigo sólo se aplicaba de ricos a pobres y rompía con el principio de la igualdad.⁶⁵

Los aspectos del panoptismo eran la Vigilancia, el control y la corrección,⁶⁶ y era (es) funcional al sistema productivo capitalista moderno y al sistema liberal clásico, pues educaba para el trabajo de las fábricas, ya que contenía los principios del trabajo arduo, el encierro, la vigilancia y la disciplina⁶⁷

Posteriormente y debido en gran parte a lo dicho anteriormente, a partir del siglo XIX comienza a estudiarse el derecho penal desde las conductas de los delincuentes y cómo estos se comportan en su fuero interno, surgiendo la idea de investigar al delincuente por cómo es y no por lo que hace, a este estudio se le dará nombre de ciencia y se le llamará “Criminología”.

Este estudio científico parte de tres ramas del conocimiento en las ciencias las cuales son: La sociología, la antropología y la biología, determinándose metodológicamente por esta última, y tomando la perspectiva de la clasificación propuesta por el paradigma de “las ciencias de la naturaleza”.⁶⁸

Esta criminología, mejor llamada criminología positivista, intenta averiguar las causas de la delincuencia y del sujeto delincuente, para ella el delito no se produce como consecuencia del libre albedrío, como una expresión negativa de la autonomía de la voluntad sino por condicionantes biosíquicos y biofísicos que impelen al individuo a actuar criminalmente (posición del liberalismo proteccionista); siempre y cuando sea un sujeto de vida social.⁶⁹ Sin embargo toma

⁶⁵ Ibídem. pp. 100 - 106

⁶⁶ Ibídem p. 117.

⁶⁷ Ibídem. pp. 128.

⁶⁸ ZAFARONI, Eugenio Raúl. Criminología, Aproximación desde un margen. Bogotá: Temis. 2003 pp. 131.

⁶⁹ NAVAS CORONA. Alejandro. Criminología y Política Criminal. (SE) (consultado el 24 de Junio de 2009) www.elibrototal.com/200.75.44.108/total/. P 99

del liberalismo (de libertad económica), la responsabilidad del autor, pues esta es y existe por ser expresión de la personalidad, independientemente de las condiciones “naturales” que lo llevaron a ello. Para la criminología de estirpe positivista el delincuente siempre es anormal, pues no sabe adaptarse a las condiciones de vida de la sociedad, es otro que se determina por el poder del que tiene la autoridad: *“Si en algo triunfó Lombroso fue porque logró interpretar el sentido del “otro” que estaba inscrito en los distintos imperialismos Europeos de todos los tiempos.”* para continuar señalando que: *“Esta idea del “otro” reza así: nosotros somos lo que el otro no es. El otro es lo que nosotros decimos que es”*.

Por ello en el derecho penal y la criminología positivista no se mira al delito como tal, sino al delincuente, se observan sus rasgos de personalidad, la cual determina si esa persona es potencialmente peligrosa y si tiene la posibilidad incurrir en un delito o reincidir en él (si ya lo cometió), y es desde ese punto de vista que a la persona se le aplica una pena o medida de seguridad, independientemente del delito que se persigue, esto hace que sea la personalidad del autor y no la característica del acto lo que se persigue;⁷⁰ lo que convierte a la cárcel, no en un centro de resocialización sino en un centro para la defensa de un sistema social.

En últimas y para concluir, lo que se intenta desde la criminología y el derecho penal es la implantación de la categoría del “desviado”, el cual vendría siendo aquel sujeto o persona opuesta o disfuncional a ciertos tipos de valores culturales, convertidos en normas jurídicas⁷¹, siempre camuflando el carácter político del asunto en una supuesta neutralidad jurídica científica que en realidad no existe.

⁷⁰ Ibídem pp. 107 - 109

⁷¹ SALGADO GONZALES, Álvaro, Modelos o paradigmas de la criminología actual. En: Lecciones de criminología. Bogotá: Asociación colombiana de criminología Alfonso Reyes Echandía. Temis 1980. p 12.

2. EL FETICHISMO JURÍDICO COMO FENÓMENO IDEOLÓGICO DEL DERECHO PENAL MODERNO.

2.1. IDEOLOGÍA Y ECONOMÍA EN EL FETICHISMO DEL DERECHO PENAL

“Cuando hablamos de producción se trata siempre de una producción en un nivel de desarrollo determinado de la sociedad, de una producción de individuos que viven en sociedad”.

“La producción no es solamente una rama particular, constituye siempre un cuerpo social determinado, un sujeto social que actúa en un conjunto más o menos rico, de ramas productivas”.

Carlos Marx. ⁷²

El Concepto de Producción es una actividad genérica y aplicable a todas las formas de existencia social, explicándose esta por la forma de apropiación de la naturaleza por el individuo, en el marco del desarrollo de una interacción social, creando sus propias relaciones jurídicas, su forma de gobierno etc.⁷³. Por eso las relaciones sociales que fundamentan al derecho penal, no son fortuitas, sino que forman un todo orgánico, pues si se consideran aisladamente no se encontrarán sino los reflejos de estas en la sociedad, y nunca el ser de las mismas.

Así que necesario no aplicar la tesis aislacionista que plantea al Derecho Penal como un conjunto cerrado que contiene sus propias categorías, sino que se debe enmarcar dentro de un periodo histórico – económico, lo que lleva a vislumbrar la

⁷² MARX, C., «El fetichismo de la mercancía» en El capital, Tomo I, Trad de Wenceslao Roces, Ed. Cartago, Buenos aires, 1956, p. 63.

⁷³ Dussel Enrique. Filosofía de la Liberación. Bogotá: Nueva América. 1996. p. 170 - 171. Quinta Edición.

posibilidad de alcanzar la etapa de superación del Derecho una vez sea modificada la totalidad social dentro del cual surge.

Lo anterior no constituye una salida fácil, dado que su realización estará dada en la medida en que la forma jurídica que hace parte de la esencia de dominación sea develada y descifrada ante los sujetos que han sido alienados ideológicamente por ella; que a su vez permiten la estigmatización de un conglomerado social denominados genéricamente sujetos delincuentes.

Según señala el profesor Víctor Manuel Moncayo⁷⁴, un criterio epistemológico que permitirá abordar el terreno es la relación **sujeto-derecho, derecho penal-sujeto delincuyente**; donde señala las características esenciales de la categoría “sujeto”, clave de la moderna ideología jurídica; estas características son: la “libertad” que permite la autonomía del sujeto sin la cual no puede entrar en relación con los demás, “la igualdad” que es la base del intercambio, y la propiedad sin la cual no puede afirmarse como titular de la mercancía - fuerza de trabajo - que habrá de enajenar.

Pero todo esto no se haría posible si antes no existiese un proceso social que permitiera el desarrollo y la existencia de este tipo de Discursos, es decir aquello que permite que este tipo de prácticas y discursos como el del derecho penal aparezcan en determinada sociedad.

En primer lugar se ve que la ideología se presenta como aquel artificio con respecto a la realidad, que permite a una minoría que se ha posicionado en el poder mantener engañados a amplias capas de la sociedad política, con miras a que estas desempeñen los designios que dichas clases en el poder desean que

⁷⁴En su artículo titulado: “Sobre la naturaleza del Derecho como forma social de dominación”. Moncayo, Víctor Manuel. Estado y espacialidad. Bogotá: CINEP. 1994. p 44.

realicen. Por ende bastaría con discurrir el velo que los mantiene en dicho engaño para iniciarse así un periodo de transformación social⁷⁵

En segundo lugar está el **Fetichismo**, entendido este como aquel fenómeno por el cual los procesos sociales asignan labores a mecanismos, que luego asumen esas funciones como cualidades de ellos. Pero en este caso se podría afirmar que la concepción errónea de la realidad con este es mucho más compleja, a diferencia de lo que se da con respecto a la ideología. Las formas de pensar elaboradas bajo este fenómeno (el fetichismo) y el efecto que estas producen no es como tal un engaño, pues estas relaciones sociales son objetivas, socialmente aceptadas y válidas, y hasta cierto punto son necesarias para caracterizar el modo de producción en el que se originan.

Es así como el oficio que puede prestar este concepto y que admite ligarlo así al de las supuestas funciones sociales que se le endilgan al Derecho penal, permiten construir un manto de sombras sobre los intereses que dominan y guían el actuar del mecanismo criminal, estableciéndose el Derecho penal como un Objeto de conocimiento, e imposibilitando su eliminación mediante una praxis social, puesto que la sociedad al permitir que se construya una argumentación de su discurso sancionatorio, establece que la necesidad de la existencia de este radica en una función social, sustentada en principios poco claros y que en su accionar no cumple.

En tercer lugar se observa la forma sujeto que conlleva a la correspondiente forma derecho; estas relaciones dicotómicas no son tan sólo representaciones imaginarias puesto que son parte de las relaciones sociales, pero es así como por intermedio de lo que denomina Pasukhanis los tres principios del derecho evidenciamos que:

⁷⁵ ZULETA, Estanislao. Sobre la democracia y la participación. En: <http://catedraestanislao.univalle.edu.co/>,

“...el egoísmo, la libertad y el valor supremo de la persona, están ligados indisolublemente unos a otros y representan en su totalidad la expresión racional de una sola relación social. El sujeto egoísta, el sujeto jurídico y la persona moral son las tres máscaras bajo las cuales aparece el hombre en la sociedad de producción para el mercado”.⁷⁶

Así el Derecho y específicamente la forma Derecho Penal actual, nace en medio del desarrollo de las relaciones sociales que se forjaron dentro del modo de producción capitalista permitiendo el surgimiento de la fetichización jurídica, como antes se permitió la fetichización de la mercancía, puesto que para esta sociedad de productores de mercancías se hacía necesario establecer, mediante un modelo sancionatorio, la protección a bienes jurídicos que representaran a la sociedad del capital, como por ejemplo la propiedad.

Por eso al igual que Víctor Manuel Moncayo se sostiene y se plantea en esta tesis que no se trata solo de conocer o de utilizar el derecho penal, sino de confrontarlo, con el anhelo de **SUPERARLO**.⁷⁷

Para esto hay que tomar como referente lo expuesto con respecto a las distintas formas que adoptan las relaciones sociales, analizando la importancia que cobra la configuración política que toman, siendo necesario precisar los mecanismos sociales que permiten establecer los instrumentos de sanción .

Como partida del análisis se debe tomar distancia de aquellas apreciaciones que toman al Estado como un ente aislado de la sociedad, situándolo en una posición de exterioridad con respecto a la forma social de la cual se ha derivado. Además también es necesario trascender aquella tesis que propone al Estado como

⁷⁶E. B. Pashukanis, La teoría general del derecho y el marxismo, Colección Teoría y Praxis. México D.F.: Editorial Grijalbo. 1995. p 43.

⁷⁷ Opus Cit. pp. 44 -46.

Instrumento de mediación en los diferentes conflictos que las relaciones capitalistas generan, de igual manera tampoco podríamos definirlo dentro de la tendencia que reduce al Estado a una estructura complementaria de reproducción de las relaciones económicas e ideológicas que configuran su accionar; pues las anteriores concepciones llevan a suponer que el Estado es un Ente (fetichizado) que puede “controlar amplia y conscientemente todos los procesos económicos, sociales y políticos”,⁷⁸ además se tendría que aceptar que a través del Estado se lograría “mejorar la sociedad capitalista neoliberal”, negándose así el paso a otro tipo de sociedades humanas.

Bajo la mirada histórica se puede observar que el Estado se establece como un instrumento organizado de fuerzas sociales debidamente estructuradas, cuyo papel principal es esencialmente represivo; este control de dichas fuerzas sociales permite el mantenimiento de la posición dominante dentro de las relaciones económicas de producción de un reducido grupo político, que establece su autoridad a través de mecanismos de dominación como la Fuerza⁷⁹ y la Hegemonía.⁸⁰

Por eso a nivel histórico el Derecho Penal Estatal tiene como imaginario social que es un recurso defensivo de las modernas sociedades y de aquellas que se abocaron hacia este proceso de Modernización, contra aquellos sectores de la población que representaran una oposición al surgimiento de las mismas, básicamente se estableció el derecho penal como un medio para controlar a aquellos grupos marginales de la sociedad que contravinieran el “desarrollo” social.

⁷⁸ MARX, C., «El fetichismo de la mercancía» en *El capital*, Tomo I, Trad de Wenceslao Roces, Ed. Cartago, Buenos aires, 1956, p. 63.

⁷⁹ “La fuerza implica el uso del aparato coercitivo que asegura o persuade a las masas a someterse a las exigencias de un determinado modo de producción”. *Ibidem*.

⁸⁰ “La hegemonía conlleva a la movilización del consentimiento activo de los grupos dominados por las clases gobernantes, a través de su liderazgo intelectual, moral y político. Además la hegemonía se mediatiza por medio de un sistema de aparatos ideológicos que se encuentran dispersos en la totalidad de la forma social (escuela, iglesia, medios de comunicación). *Ibidem*.”

Uno de los principales aplicadores del naciente termino de “contrato social” como aspecto legitimante de todo el poder estatal y del actuar del derecho Penal fue el Italiano Cesare Beccaria⁸¹, quien tomaría el postulado de la función del derecho penal como mecanismo para evitar un daño. Años mas tarde se extenderá este y otros principios al surgimiento de las teorías utilitaristas de la pena que buscaban legitimar el daño que produce la pena en el delincuente, estableciéndose así la relación clásica entre el fin de prevención general y el postulado de la culpabilidad que se enmarca dentro de la teoría no retributiva de la pena estatal, ya explicada anteriormente, y que se expone además como base de una legitimación irrenunciable frente a aquellos que habían contravenido lo estipulado en las diversas normas penales .

Estos principios se mantienen hasta nuestros días y se han establecido como ideologías sociales mediante las cuales se busca impedir el delito, a través de coacciones psicológicas ejercidas sobre el potencial delincuente con la amenaza de la pena.

Es de esta manera como se llega a explicar el planteamiento del derecho penal y criminológico, a través de dos escuelas que han sido las grandes fundamentadoras de la función de la pena, el Garantismo Penal y el Funcionalismo Penal:

a) **Derecho Penal Mínimo (Garantismo Penal)**: Como ya se ha anotado, la ley y todos los mecanismos e instituciones de regulación están íntimamente unidos en función de mantener el orden social y la “disciplina”, lo que garantiza que las relaciones sociales actuales perduren.

⁸¹ Beccaria Cesare. De los Delitos y las Penas. Buenos Aires: Instituto de Estudios Penales. p9. 2005.

Es de observar que el garantismo penal de Luigi Ferrajoli admite la justificación del Estado en términos de una teoría ius natural clásica lo que presupone retomar el postulado de Beccaria respecto del Estado derivado de “un contrato social”, es decir el Estado como ente que surge bajo la forma social de una invención que justifica su utilidad mediadora en las relaciones sociales de poder , sin tomar en cuenta la formación histórica por la cual ha pasado el Estado para llegar a su configuración actual. Un punto a destacar en esta reseña de la teoría garantista del derecho penal es que en ningún momento olvidamos reconocer que la validez de esta teoría es de vital reconocimiento dado que en su configuración en algo contribuye a establecer un límite frente al poder punitivo del Estado frente al régimen de “libertades”, así como la observancia de la pena cuya racionalidad se encuentra enraizada según la posición garantista en la minimización de la violencia fundamentado todo esto en la dignidad humana.

El Garantismo penal de Ferrajoli justifica la expropiación de la acción penal a la víctima toda vez que se ha establecido un monopolio del ejercicio del poder punitivo por parte del Estado y este monopolio se estructura bajo un proceso civilizado del conflicto social.

La teoría garantista retoma los postulados del utilitarismo penal dado que la pena debe contener una doble significación, pues debe asumir como finalidad la prevención de los “injustos delitos” e igualmente la finalidad de prevenir “las penas injustas” , es decir minimizar la reacción social violenta contra el delito; la pena representa por ende para la víctima un resarcimiento del daño causado así como una garantía de defensa social que el Estado otorga al ofensor, a su vez esta aplicación de la pena conlleva a que la sociedad soporte un mal que coercitivamente se infringe a quien causa un daño social reconociendo sin embargo a la pena como una aflicción.

Empero el Garantismo no contempla un análisis que conlleve al planteamiento histórico de su surgimiento, afectándose así la estructuración de la pena como una aflicción necesaria, lo que nos conllevaría a convalidar su aceptación como un ente supra histórico, ligándose así a supuestos doctrinales si ninguna fundamentación.

Para finalizar las observaciones sobre el postulado del garantismo en materia penal, se debe hacer referencia a la concepción que sobre el Estado maneja Ferrajoli, cuando referencia éste como: *Un programa normativo fundamental, mediante el cual se puede alcanzar la vigencia efectiva de los derechos humanos, esto aunado a las obligaciones del Estado y la respectiva distribución equitativa de los bienes y los servicios de una sociedad.*⁸²

Es así como la vigencia de los derechos humanos se encuentra inserta dentro de la legitimación de la justicia penal, pasando por la ampliación de nuevos espacios de discusión social que conlleven a su protección efectiva por parte del Estado; y la eliminación progresiva de delitos penales, a tal punto que las conductas que se consideran delictivas se reduzcan a su mínima expresión, y se apliquen en casos extremos y puntuales.

b) **Funcionalismo Penal (Derecho Penal del Enemigo):** “La sociedad es un sistema completamente cerrado. No hay im put , ni out put de comunicación o de información que conecte a la sociedad con su ambiente . Las comunicaciones son necesariamente operaciones internas.”⁸³

El anterior planteamiento se sitúa inmediatamente dentro de la concepción sistémica de Niklas Lhuman quien de antemano ubica a la concepción persona por fuera de la sociedad, en su entorno, no interesa, ni lo físico, ni la conciencia, ni los

⁸² FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 2004, p. 275.

⁸³ VÍQUEZ, Karolina. “Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?”. Polít. Crim. n° 3, 2007, A2, p. 1-18. [<http://www.politicacriminal.cl>]

individuos que no están dentro de la misma (sociedad)⁸⁴. Solo importa la lingüística -práctica. Cada sistema-sociedad funciona en forma cerrada, auto – regulada y subsiste gracias al mecanismo de auto poiesis, de auto producción, que le permite al sistema reproducirse con prescindencia de la existencia de sujetos.

Dentro del sistema funcionan sub sistemas que tienen como razón de existencia la reproducción de expectativas. Entre ellos tenemos el sub sistema legal o de justicia –el derecho- el cual según lo planteado por Luhman es totalmente ajeno al hombre como ser físico.⁸⁵ El derecho es entonces un sub sistema informativo cerrado que tiene como misión la decisión de optar por aquello que es legal o ilegal y por esto debe buscar su adaptación al resto de los demás sub sistemas .Es por esto que para evitar su colapso frente a lo ilegal, la legalidad del sub sistema derecho debe reaccionar de tal modo que la norma legal que se afectó debe recuperar su estabilidad y de este modo la confianza frente a los demás sub sistemas.

De este modo dentro del supuesto ideológico que subyace en la teoría de Niklas Luhman, el alemán Gunter Jakobs retoma su postulado sistémico para establecer que el derecho busca primordialmente la estabilidad y la permanencia de las actuales relaciones sociales dentro del sistema y la fidelidad a estas, para lo cual se requiere que se parta de la toma decisiones del sub sistema Estado y que estas decisiones no partan necesariamente del consenso social.

En seguida se establece el principio de la sociología sistémica en cuanto a que si alguien se opone a una regla determinada del sub sistema legal , ataca

⁸⁴ Ibídem

⁸⁵ Ibídem

directamente el funcionamiento de la totalidad del sistema y por tanto ingresa, tal y como lo denomina Jakobs, en la categoría del enemigo.⁸⁶

Es en este punto en que Jakobs asume una posición que en nada le desliga del análisis de la función sistémica del sub sistema derecho planteado por Luhman, dado que para él la pena es el mantenimiento de un sistema social⁸⁷, y de ahí se desprendería la necesidad de luchar contra el enemigo

Pasos más abajo expone: “Todo aquel que establezca su propia identidad de forma excesivamente independiente de las condiciones de una comunidad jurídica, ya no puede ser tratado razonablemente como persona de derechos”.⁸⁸

De este modo la teoría sistémica de Luhman es un replanteamiento del referente normativo como sub sistema preventivo que conllevaría a adoptar un esquema autoritario que tenga como finalidad la implementación de un sistema autoritario, que al decir de Ferrajoli: “El Estado es un fin (refiriéndose a la teoría de Luhman) y encarna valores ético políticos de carácter supra social y supra individual a cuya conservación han de instrumentalizarse el derecho y los derechos”.

Para establecer aun mas la posición de Jakobs y la toma de algunas posiciones sistémicas de Luhman se observa que este no considera la función de la pena para evitar posteriores lesiones a un bien jurídico, sino que por el contrario su finalidad se encuentra vinculada a mantener la vigencia de la norma. Es por esto que nociones como el de la culpabilidad se encuentran iluminadas por la finalidad que el Estado persiga con la imposición de una pena, y se entiende esta como una falta o infidelidad al derecho y a una determinación normativa. Así el principio

⁸⁶ *Ibíd.*

⁸⁷ Jacobs Günther. *La Imputabilidad Objetiva en el Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Traducción Manuel Cancio Mejía. 1994. p 10.

⁸⁸ VÍQUEZ, Karolina. “Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?”. *Polít. Crim.* n° 3, 2007, A2, p. 1-18. [<http://www.politicacriminal.cl>]

de la culpabilidad se encuentra condicionado en aquellos casos en que su aplicación ponga en peligro al sistema.

Para el funcionalismo penal, no es permitida mayor base de discriminación para el uso del instrumento punitivo, dándose a entender que el derecho penal puede aplicarse en todo momento y casi que en cualquier forma sobre personas, personalidades y conductas que afecten el sistema económico, social, jurídico o político; habría de esta manera pocos peligros tolerados, y solo se darían sobre la base de no afectación al sistema.

En cierta forma la teoría penal de este autor alemán tiene una base judío - cristiana, que reemplaza la idea de pecado por el de funcionamiento y la idea de Dios por el de soberano estatal:

Habiendo quedado por tanto, fijado lo fundamental, permítaseme una observación respecto a un asunto accesorio : ¿ por qué en la escena primaria mencionada al comienzo no se le reconoció a nuestro primer padre Adán el principio de confianza? En mi opinión, la denegación de esa posibilidad de descargo fue desde luego acertada. Y es que no se trataba de la cuestión de cómo había de enjuiciarse el comportamiento de Adán en las relaciones de los seres terrenales entre ellos; en esa medida la idea de un principio de confianza no sería muy desacertada (aunque probablemente no se tratase de un supuesto de exoneración completa). Por el contrario , lo que se ventilaba era la relación de Adán con Dios mismo, y esta relación en la concepción judeo – cristiana no es mediata; en este ámbito no existe reparto de trabajo en el sentido de que alguien pueda administrar el cumplimiento de los deberes que le competen por otros, ya que las normas afectan a cada individuo no en cuanto a miembro intercambiable de una sociedad, sino, precisamente con independencia de su imbricación social , de manera directa. En el marco de esta solución, al adaptarse a un mundo que quizá reniegue de Dios, y cada uno ha de evitarse de modo personalísimo caer en esa apostasía.

La falta de imputabilidad objetiva, por tanto, no excluye necesariamente la culpabilidad en el sentido de pecado, pero sí excluye – y con esto he llegado al final- la culpabilidad jurídico penal. ⁸⁹

⁸⁹ Opus Cit. Jacobs Günther. La Imputabilidad Objetiva en el Derecho Penal. p 35.

3. SUPERACIONISMO PENAL: PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.

3.1. ABOLICIONISMO PENAL Y SUS PRINCIPALES CRÍTICAS AL SISTEMA PENAL COLOMBIANO.

En épocas de crisis como la que experimentamos en el presente (no sólo en los países centrales del capitalismo por el colapso del dogmatismo neoliberal y el estancamiento de la producción industrial, sino igualmente por la crisis de los partidos políticos y el sistema representativo en todo el mundo) es necesario repensar todo el andamiaje científico, tecnológico y político, lo que exige tener capacidad crítica y vislumbrar el conjunto del proceso civilizatorio para inventar nuevos supuestos y alternativas. Para ello no bastan las ciencias de mediaciones, de los instrumentos de un sistema, sino las disciplinas que permiten repensar la totalidad de los medios y los fines, de su sentido último, para descubrir las contradicciones que han llevado a la sociedad en su conjunto a callejones sin salida.

Enrique Dussel.⁹⁰

Una vez satisfechas las dudas conceptuales que se propusieron para esta monografía, es importante explicar ¿qué es el abolicionismo y por qué es tan importante para la propuesta Superacionista en el derecho penal?, o bien, preguntado de otra manera, ¿Cuál es el sentido de la propuesta abolicionista que va a ser tomada acá?

Para iniciar se observa que Abolir significa: anular, dejar sin efectos, fuerza o vigor un precepto o costumbre. Etimológicamente proviene del latín abolere que

⁹⁰En: <http://estonoeliteratura.blogspot.com/2009/05/de-enrique-dussel.html>. Tomado del Diario la Jornada.

significa Suprimir. Pues bien para continuar es imprescindible decir que por abolicionismo se tratará principalmente la corriente de la criminología moderna o crítica que como su nombre lo indica, propone la abolición no solo de la cárcel, sino de la totalidad del sistema de la justicia penal; por cuanto se ha afirmado este sistema penal produce sufrimientos sociales que podrían ser resueltos a través de otros mecanismos mas adecuados. El abolicionismo pese a haber surgido con sustento político en el anarquismo, en la actualidad ha desarrollado un planteamiento teórico que le ha permitido adentrarse en otras esferas de la teoría política, a las que les guía una posición similar respecto de la abolición del sistema penal, pero mas que una teoría el abolicionismo busca ser un estilo de vida,⁹¹ y no solo se refiere al derecho penal, pues el concepto de la abolición se usó primero en la lucha por acabar la esclavitud.⁹²

Uno de los grandes postulados de esta propuesta fue realizada a inicios del siglo XX por Eugene Pashukanis y se encuentra en su texto titulado “La teoría General del Derecho y el Marxismo” en el que señala lo siguiente:

La criminología progresista Burguesa ha llegado teóricamente a la convicción de que la lucha contra la criminalidad puede ser considerada en sí misma como una tarea medica y pedagógica , puesto que los juristas con sus “cuerpos del delito”, sus códigos , sus conceptos de “culpabilidad”, de “responsabilidad penal plena o atenuada”, sus sutiles distinciones entre complicidad, participación , instigación ,etcétera, de ninguna manera pueden servir de auxilio para resolver la cuestión .Y si esas convicciones teóricas no han entrañado hasta hoy día la supresión de los códigos penales y de los tribunales , evidentemente se debe a que la SUPERACION

⁹¹ PINZON, Álvaro Orlando. La perspectiva abolicionista. En: Lecciones de Criminología. Bogotá: Asociación Colombiana de Criminología. Alfonso Reyes Echandía, 1988. Págs. 225 a 240.

⁹² Es de anotar además que bajo la consideración del penalista Pérez Pinzón el abolicionismo no es una teoría por su falta de precisión y explicación de los aspectos esenciales de su propio “Status quo”. Idem.

*de la forma jurídica a la transgresión de la Sociedad Burguesa, sino a una emancipación radical en relación a todas sus supervivencias.*⁹³

La síntesis anterior fue realizada a inicios del siglo XX como expresión de la denominada “criminología Crítica” que surge en unión de uno de los principales proyectos de la tendencia abolicionista que sería manifestada posteriormente por MATHIESEN; desarrollando este el argumento de la necesidad de una “acción política” en cuyo ámbito se sitúa la lucha por la abolición del sistema penal y cuyo punto de partida sería el estudio de la “alienación” en las sociedades modernas, en las que dicha alienación se desarrolla en todas las relaciones entre las personas que desempeñan cualquier actividad, lo que ha conllevado a desarrollar una lógica sistémica, permitiendo así ocultar de esta forma la represión ejercida a través del sistema penal e impidiendo la consecución de un sistema intermedio de solución de conflictos, partiendo de entender que el sistema penal no es el UNICO posible mecanismo de solución de los conflictos delictivos, permitiendo de este modo la posible abolición de la sanción punitiva.

Es de esta acción política resaltada por Mathiesen de donde el abolicionismo plantea como “tarea”, que la dirección que debe tomar dicha acción política se encamine a la disminución del carácter violento que posee el sistema penal, con la salvedad de entender dicho sistema Penal, solo como uno más de los mecanismos generadores de violencia que permiten el mantenimiento de la desigualdad social y económica. Se hace necesario entender entonces que la finalidad de la “acción política” no es evitar los conflictos o prevenir las dificultades, sino concientizar a las personas para que hagan frente a los problemas entendiéndolos integrados a su vida en sociedad.

⁹³ E. B. Pashukanis, La teoría general del derecho y el Marxismo, Colección Teoría y Praxis, Editorial Grijalbo, México, p 85.

Sin embargo como ya se explicó, el abolicionismo de Mathiesen se enfoca en la desaparición de la cárcel, en pro de la búsqueda e implementación de mecanismos sustitutos de la pena privativa de la libertad, en los centros carcelarios.

Dentro de la misma acción política aparece lo que sería uno de los puntos de encuentro entre la tendencia Abolicionista y la propuesta Superacionista, y es la que va enfocada respecto del cambio de “actitud” que se debe asumir como analistas de los conceptos estructurales del sistema penal; dado que términos como “pena”, “delito”, “culpa”, “peligrosidad”, no poseen una realidad ontológica propia que permita penetrar Filosóficamente para “entender los problemas que estos encubren”, un ejemplo claro lo tenemos con respecto al termino culpa, el cual además de conllevar un aspecto estigmatizante, no permite la extinción de dicha estigmatización ni aun con el cumplimiento de la pena. Tal como lo plantea Hulsman: *“La abolición del sistema penal es la abolición del sistema penal en nosotros mismos. Si nadie considera efectivo el sistema de justicia penal, si no se lo considera válido, el sistema deja de ser válido. Todos pueden abolir el sistema penal dentro de cada uno, pero no es tan fácil, lleva tiempo.”*⁹⁴

Una de las primeras críticas de carácter abolicionista, compartida plenamente por la tesis superacionista y recogida de manera oportuna por el ex fiscal Gómez Méndez está relacionada en lo concerniente respecto al tema de la forma como se legisla penalmente en nuestro país: “Se legisla para el momento, para solucionar de forma temporal una crisis presentada en la sociedad, *en fin para calmar las expectativas de la presencia de poder punitivo del Estado*, lo que ha

⁹⁴Trabajo presentado por el profesor Louk Hulsman en la Conferencia dada el 6 de noviembre de 1996 en el CINAP por el programa UBA XXII

llevado a una desproporción de penas entre los bienes jurídicos , cuando aquellos de mayor valor , deben implicar por su transgresión una sanción superior.”⁹⁵

Otro de los aspectos en los que se ha centrado la crítica abolicionista y que adquiere una tonalidad relevante con este escrito, es aquella que se tiene con respecto a la Función preventiva del Derecho Penal, el ex fiscal GOMEZ MENDEZ, señala en su anteproyecto que se presenta la pena como: “la amenaza de un mal”, ante la violación de las prohibiciones; un fin retributivo que se manifiesta en el momento de la imposición de la pena y un fin resocializador.

En un Estado social de derecho la ejecución de las penas debe tener una función de prevención especial positiva, esto es, en esta fase se debe buscar ante todo la resocialización del condenado.”⁹⁶ Es de tener en cuenta que dicha amenaza mediante normas penales no ha evitado la comisión de delitos en nuestro país, es decir la función de prevención general no se cumple.

Para finalizar las referencias a las críticas que se plantean respecto al como se ha cimentado la implementación del actual sistema penal en Colombia podría citarse la síntesis realizada en la presentación del ante proyecto de sustentación del actual código penal en nuestro país que en palabras de Gómez Méndez sería: “El sistema legislativo colombiano ha tenido como elemento preponderante en su estructuración la carencia del análisis científico. Dicho en otras palabras la LEY no ha podido encontrar la concatenación entre el ser humano y la realidad social.”

Como crítica del abolicionismo ampliamente aplicada en la materialización de la practica del derecho penal en nuestro país, tenemos que se evidencia de manera amplia el carácter anómico de la normatividad existente, toda vez que no se

⁹⁵ Gomez Mendez Alfonso , Proyecto de ley por el cual se expide el Código penal , exposición de motivos , agosto de 1998 , pag 8 .

⁹⁶ Ibídem. p. 13

cumplen las funciones esperadas en cuanto a la protección de la vida, ni la propiedad, ni la “armonía de las relaciones sociales”.

3.2. SUPERACIONISMO PENAL: ¿MÉTODO O SISTEMA?

Una de las primeras aclaraciones que tendríamos que realizar antes de proceder a pronunciar la respuesta a la anterior pregunta va enfocada respecto del significado del término Superación; empleamos el término SUPERACION como traducción aproximada del verbo aufheben y el latín tollere que significan al mismo tiempo >>levantar >> >>llevar >> o >>llevarse>> (algo por ejemplo un premio) y >>borrar>> “cancelar”, “destruir”.

Clásicamente se consideraba que el bien quedaba completamente cancelado o borrado sublatum por el mal, o la existencia era completamente borrada o cancelada por la no existencia, concepto que se encuentra expuesto principalmente en el texto de “Ciencia de la lógica” libro I cap I sección 1 en la que Hegel habla de la “superación del devenir” indicando que superar y lo superado o “lo que existe idealmente como un momento” es una de las nociones básicas en filosofía. En estos apartes Hegel se refiere al sentido de la palabra “superar” en el sentido en que: “la función básica desempeñada por la Superación sea la de desarticular y deshacer la rigidez de los conceptos que el entendimiento tiende a considerar desde un punto de vista “estático”.⁹⁷

Es de anotar de manera específica que la concepción de los autores de esta monografía con respecto al concepto empleado por Hegel no es tomado literalmente, dado que se emplea en el sentido de superación para describir el desarrollo del proceso de las conexiones del actual sistema penal y la posibilidad,

⁹⁷ Hegel Federico. Lógica. (enciclopedia De Las Ciencias Filosóficas I) (1918).

de establecer un método que conlleve a la consecución de un mecanismo en el cual se puedan resolver los conflictos que este sistema penal genera, que al decir de Luigi Ferrajoli son superiores a los males que dice confrontar⁹⁸. Basta afirmar que el Superacionismo penal busca contribuir en la consecución de un proceso necesario que permita el planteamiento y concreción de las diferentes propuestas que conlleven a la eliminación de las consecuencias contraproducentes de la criminalización y de la imposición de las penas, en este sentido su objeto de estudio parte del análisis de la sociedad como una totalidad.

Con respecto a si la propuesta Superacionista va enmarcada dentro de lo que podríamos denominar “configuración de un nuevo sistema penal” , se haría la misma consideración que hace Louck Hulsman de la pregunta respecto del abolicionismo; en este sentido su respuesta es negativa dado que no se podría hablar de una “alternativa” al sistema penal toda vez que está comprobado que este sistema actúa de manera “excepcional” y segundo por que como lo plantea el profesor colombiano Pérez Pinzón el abolicionismo de Hulsman es: “una forma espiritual y ejecutiva”⁹⁹. Es por esto que el Superacionismo constituye ante todo: “Una forma de organización del pensamiento y de la percepción de los fenómenos del control social”¹⁰⁰

En conclusión se hace necesaria la búsqueda una actitud filosófica que no solo sirva a la transición que hemos de recorrer del error a la verdad, sino por el contrario el pasar mas allá de la ilusión hacia la realidad para la consecución de ese estado de superación de la ilusión para el encuentro de la realidad social que nuestro estado de fetichismo jurídico envuelve tras las formas sociales tales como el Estado.

⁹⁸ Opus Cit. Ferragoli.p.p. 125 – 126.

⁹⁹ PINZON, Álvaro Orlando. La perspectiva abolicionista. En: lecciones de criminología. Bogotá: Asociación Colombiana de Criminología. Alfonso Reyes Echandía, 1988. Págs. 225 a 240 .

¹⁰⁰ Idem

3.3 ANÁLISIS SUPERACIONISTA DEL ESTADO Y DE LA PENA.

Con miras a lograr un primer acercamiento a la Forma social denominada <ESTADO> partimos del planteamiento de Cicerón cuando en su texto sobre la República se refiere a su concepción de Estado¹⁰¹: *“El ESTADO es cosa del pueblo, y el pueblo no es cualquier aglomeración de hombres reunida de un modo cualquiera sino una reunión de gente asociada por acuerdo mutuo para observar la justicia y la comunidad de intereses”*, por ello y partiendo de la enunciación de Cicerón es posible hacer las siguientes observaciones al respecto:

- 1) Es necesario desprenderse de la concepción estatal que plantea al Estado solo como el área compuesta por las instituciones coercitivas y administrativas que plantean “las clases dominantes”.

- 2) El Estado y la organización de la sociedad son desde el punto de vista político dos cosas diversas, pero lo que encubre la Forma social que esta genera es que en esencia el Estado no se determina más que por la forma en que se organiza la sociedad.

- 3) Por esta razón una de las objeciones que aquí se plantea frente al abolicionismo y la propuesta que se maneja respecto de cambiar la “jurisdicción penal” dentro de la misma orbita estatal, es que el estado tendería a reproducir una organización similar al sistema punitivo, que se intenta desinstalar, pues debe cambiarse la estructura económica e ideológica que forma la sociedad civil, dado que la principal fuente de contradicción en la que incurre el ESTADO al momento de regular mediante su función administrativa la imposición de las penas, deriva de la discrepancia principal existente entre los intereses generales y los intereses

98 Marco Tulio Cicerón. La República. Buenos Aires: Editorial Aguilar. p. 40. 1970.

particulares, es así como el derecho penal termina reduciéndose en lo que Pashukanis denominaba: “Una forma de relación entre sujetos egoístas aislados , portadores de un interés privado autónomo o de propietarios ideales”.

4) El Estado busca la solución de sus deficiencias mediante mecanismos que se expresan a través de medidas administrativas tales como el derecho penal.

Es así como llegamos al desvelamiento de la realidad que se oculta tras la Forma social ESTADO, toda vez que su análisis debe partir de la sociedad que determina la forma de existencia de dicho ESTADO, pero reconociendo además que dicha sociedad elabora un entramado contradictorio de relaciones tensionantes y que difícilmente a través de medidas administrativas se llegará a la solución definitiva de dichas tensiones sociales.

Por tanto culminaríamos, este breve análisis para dar inicio al planteamiento de la propuesta Superacionista, con palabras de Estanislao Zuleta: *“La democracia no se DECRETA, se LOGRA. Si un pueblo no la conquista por su propia lucha y por su propia actividad, no le va a llegar de ARRIBA”*.¹⁰²

3.4 SUPERACIONISMO, ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y DEMOCRACIA:

Uno de los rasgos fundamentales de la historia colombiana ha sido el carácter de su desarrollo económico que responde a un gran atraso en el Primitivismo de sus Formas Sociales y el correspondiente bajo nivel de cultura que contribuye a que dicho atraso se mantenga

¹⁰² Opus. Cit. Zuleta Estanislao En:<http://catedraestanislao.univalle.edu.co/>

Los autores de esta monografía consideran que solamente dentro de una democracia plena y un Estado social de derecho es posible la superación del conflicto criminal, tal y como hoy se conoce, es decir únicamente dentro del sistema social y político de la democracia social es posible llevar a cabo plenamente la propuesta superacionista.

Por tanto se hace necesario explicar el carácter de la democracia como una organización de seres humanos, que tiene como característica fundamental que la titularidad del poder reside en todos sus miembros, permitiendo la expresión plena de la voluntad colectiva.¹⁰³

Es de reconocer que al hablar de DEMOCRACIA se está hablando de un terreno que se presenta como un área de comunes intereses de la población. Pero la participación popular debe estar acompañada de unos elementos de mejoramiento en la calidad de vida privada, así como de la existencia de mayor tiempo disponible para los asuntos de la colectividad. Requisito indispensable para hablar en términos de la consecución de una Democracia Participativa Material lo constituye aquello que Estanislao Zuleta denominaba como:

“LA APERTURA DEMOCRATICA”, que es una “búsqueda de una democracia que no sea una burla para la población .Para ello se necesita una actividad a la que podemos llamar “participación”¹⁰⁴Lo que hace necesario la participación de la (s) víctima (s) en la solución de los conflictos criminales; al igual que la participación de las comunidades en los procedimientos que hoy llamamos criminales.

¹⁰³ Ibídem.

¹⁰⁴ Ibídem.

Por lo mismo en la actual Constitución Política de Colombia se señalan en su artículo 1, los principios básicos que conllevan a la consecución de los valores democráticos representados en lo que se denomina como **ESTADO DEMOCRATICO PARTICIPATIVO Y PLURALISTA**, concepción fundamental de la Convivencia, y de gran utilidad cuando de buscar la salida a los diversos conflictos que la sociedad Colombiana afronta se trata.

De ahí el “cambio de actitud” que se presenta en el paso de superación de la Democracia Representativa a la Democracia Participativa , entendida la segunda como una democracia de mayor amplitud toda vez que permite la intervención directa en la toma de decisiones que afectan a la comunidad, incluyendo las medidas coercitivas que se aplicarían en los conflictos criminales.

Se hace de este modo imprescindible impulsar la Lucha por la reconquista de algo que se perdió hace mucho tiempo, la creación de cultura por parte del propio pueblo, para lo cual es imprescindible crear comunidad pues para que haya cultura es necesario que haya vida en común. Por esto se haría necesaria la participación activa de toda la sociedad, con el fin de evitar la exclusión de las comunidades en los conflictos de violencia, pues la implementación de la democracia participativa supone el desenvolvimiento de una cultura de intervención de la comunidad en lo que hoy llamamos criminalidad, situación que se dificulta dadas las múltiples costumbres contrarias a este principio constitucional en nuestro país. Además la democracia participativa permite que se materialice la expresión de las distintas iniciativas que favorecen la intervención masiva en la deliberación popular en las audiencias públicas.

Además como lo ha expuesto constantemente la Corte Constitucional, el principio de la democracia Participativa constituye el elemento fundamental para la Consecución del Estado social de Derecho:

El principio constitucional de la democracia participativa tiene operancia no sólo en el campo de lo estrictamente político (electoral), sino también en lo económico, administrativo, cultural, social, educativo, sindical o gremial del país, y en algunos aspectos de la vida privada de las personas; y su objetivo primordial es el de posibilitar y estimular la intervención de los ciudadanos en actividades relacionadas con la gestión pública y en todos aquellos procesos decisivos incidentes en la vida y en la orientación del Estado y de la sociedad civil. ¹⁰⁵

La participación democrática a que alude el mencionado mandato constitucional, se refiere a la representación que tales organizaciones sociales deben tener en los distintos entes estatales que cumplen funciones que de una u otra manera les atañen, con facultad para intervenir en las decisiones que adopte o deba adoptar el Estado, relacionadas con esas asociaciones; en el diseño y ejecución de planes y programas de desarrollo económico y social... ¹⁰⁶

Y concluye señalando que:

La breve relación de las normas constitucionales sobre las que se edifica la democracia participativa, es suficiente para comprender que el principio democrático que la Carta prohíja es a la vez universal y expansivo. Se dice que es universal en la medida en que compromete variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación de poder social. El principio democrático es expansivo pues su dinámica lejos de ignorar el conflicto social lo encauza a partir del respeto y

¹⁰⁵ Sentencia No. C-336/94.

¹⁰⁶ *Ibíd.*

*constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción.*¹⁰⁷ (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Esto significa que ateniéndonos a los principios fundamentales de la democracia participativa, podemos entender que el pueblo es el más capacitado para resolver los conflictos de violencia que se suscitan en su interior, incluyendo los problemas que producen lo que hoy entendemos por derecho penal; o como dice Estanislao Zuleta en su texto sobre la democracia: *“El pueblo puede hallar soluciones a sus propias necesidades en los niveles mas elementales. El pueblo va encontrando sus propias necesidades y la forma de resolverlos.”*¹⁰⁸

Similares consideraciones ha tenido la Corte Constitucional cuando refiere al respecto en su sentencia C - 643 de 2000:

Ahora bien, la injerencia del pueblo en el proceso de toma de decisiones acordadas con sus necesidades vitales se hace aún más efectiva, a través de las instituciones y mecanismos propios de las democracias de participación o semi-directas incorporados en la nueva Constitución. Como consecuencia del reconocimiento de los derechos políticos reconocidos a los ciudadanos, éstos cuentan con la posibilidad de tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática, así como a tener iniciativa legislativa en las corporaciones públicas. El desarrollo legal alcanzado por dichos mecanismos de

¹⁰⁷ C.C. 089/94

¹⁰⁸ Opus Cit. Zuleta E.

participación ciudadana, objeto ya de pronunciamiento constitucional, garantizan precisamente esa efectividad.

De esta manera se afianza el camino para que los ciudadanos ejerciten el derecho y atiendan el deber ciudadano de participar en el plano político, lo que para esta Corporación presenta los siguientes objetivos:

- a) Realizar el ideal del estado democrático de derecho, de permitir el acceso de todo ciudadano a los procesos de toma de decisiones políticas; b) permitir el ejercicio de un control político, moral y jurídico de los electores por parte de los elegidos, sin intermediarios, con lo que se sanciona eficazmente la corrupción administrativa y el uso del poder en interés particular; c) hacer posible la construcción de un sistema político abierto y libre, donde el ciudadano tenga canales efectivos de expresión, que no excedan los límites de lo razonable y, d) propender por la solución de conflictos entre los órganos del poder público, acudiendo a la instancia política del electorado.*

En consecuencia, se puede decir que las ciudadanas y los ciudadanos colombianos cuentan con el bien preciado de una democracia participativa que irradia múltiples ámbitos de la vida nacional, en lo que atañe, entre otros asuntos, al poder público y social, a la organización electoral, al ejercicio de la función administrativa, a la prestación de los servicios públicos, a la administración de justicia, a la definición de las materias económicas, presupuestales y de planeación, así como al ejercicio del control fiscal.

Otro de los principios constitucionales que ampliamente se exponen en la actual Constitución Política de Colombia es el referente al deber de solidaridad de los particulares de quienes dicho deber se hace exigible en los términos de Conformación del Estado Social de derecho , es por esto que este deber debe irradiar TODOS los aspectos y momentos relativos a la punibilidad y además

participar en la elaboración de mecanismo que garanticen y rodeen el momento concerniente que se plantee para la resolución de los conflictos comunitarios.

El planteamiento de un proyecto Superacionista debe estar acompañado ampliamente de los Principios Constitucionales sufragados en la constitución nacional y en los principios de Democracia Participativa, para que estos postulados acompañen los mecanismos que permitan la verdadera resolución de los conflictos por la comunidad, así que no es gratis que uno de los mecanismos fundamentales para iniciar la formación de una cultura de democracia Participativa en nuestro país, se encuentra en lo dispuesto por el art 102 de la constitución:

El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan.

Para lograr que los principios de la democracia participativa se introduzcan dentro de la solución de conflictos criminales que hoy se tratan por el derecho penal, de manera por cierto muy precaria, se debe garantizar, primero que los participantes se ocupen de resolver esas situaciones “disfuncionales” con las reglas establecidas para ellos mismos; segundo obrar conforme al principio de solidaridad social, defendiendo y difundiendo los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica; tercero participando en la vida política, cívica y comunitaria del país y cuarto, tomando como base lo dispuesto en el art 13 de la constitución política, buscar y encontrar la instauración de la igualdad material de las partes, con lo cual se buscaría además una interpretación diferente de situaciones tales como “el estado de necesidad” que permitan la no

implementación de medidas penales, y se daría amplitud al principio de la democracia participativa.

3.5 PROPUESTAS ALTERNATIVAS PARA EL MANEJO DEL CONFLICTO CRIMINAL:

Un primer paso en la elaboración de un concepto Superacionista en el derecho penal, una vez implantado un Estado con gran poder de intervención social, es la puesta en práctica de la eliminación de delitos que pueden tratarse de otra manera, como es el ejemplo del porte ilegal de armas, el cual puede tratarse con el decomiso del arma de fuego que de manera ilegítima se posee, más una medida de trabajo social dirigido, que tendrá como fin la concientización del daño social que se produjo; así mismo se le debe dar participación a la comunidad para que ella misma proteja sus intereses ante la infracción de la norma.

Una propuesta para la participación ciudadana es la de **tribunal comunitario**, por constituir esta denominación la opuesta al **tribunal de derecho**, que resuelve aplicando o interpretando las disposiciones legales con base a la sana crítica, y que en muchas ocasiones no tiene una participación más allá de la permitida en la ley procesal. Este mecanismo se constituiría en un juzgamiento en donde los ciudadanos participan en la administración de justicia, tomando como referente los postulados de la Democracia Participativa, sumado a esto el fiel cumplimiento de los principios y garantías procesales. Pero quizás lo más importante, es que se logra una mayor participación social y economía procesal, entendida esta también desde el punto de vista de que se pretende un juicio rápido, sencillo y eficaz, donde la decisión que se toma no tarda, pues es emitida a través de un veredicto inmediato, sin dilaciones indebidas y con la simplicidad de formas. Esta economía procesal tendrá no solo que ver con el desarrollo del proceso, sino también con la

solución del problema de la duración del proceso y la supresión de tareas inútiles del mismo.

Esta institución no es creada en esta monografía, pues las dos grandes corrientes que sustentan esta organización, se encuentran exhibidas en algunos idearios europeos y anglo-americanos, así como en la justicia indígena, la cual se va a tratar muy someramente debido al poco conocimiento del tema que se tiene, pero que en otro trabajo de investigación más profunda se espera re -tomar. Ante esto es necesario decir que los sistemas ya señalados poseen características diferentes:

a. **El sistema anglosajón** compuesto por el jurado de acusación, que entre otras cosas, aprueba o no la acusación fiscal y el pequeño jurado o jurado de enjuiciamiento que establece la inocencia o culpabilidad, reservándose al Juez la calificación del hecho y la cuantificación de la pena.

b. **El sistema EUROPEO**, que en Francia, Italia y Alemania, es llamado "**escabinado**", está integrado por jueces titulados en derecho y por jueces "populares" o "legos" que actúan como jueces profesionales, que son los que elaboran la sentencia, guiados, jurídicamente, por un juez titulado.¹⁰⁹

c. **La justicia de las comunidades indígenas** :Se encuentra representada por la figura tradicional conocido como "El mediador" el cual es elegido entre el mismo nivel de los implicados y su finalidad es conllevar a la posible solución a los

¹⁰⁹ En el Artículo 6.1 del Convenio de Roma, promovido por el Consejo de Europa, los estados contratantes coincidieron en atribuir la condición de derecho humano a la garantía procesal consistente en obtener una decisión judicial en un plazo razonable.

El Tribunal del jurado se puede definir según las amplias experiencias que se han presentado a nivel mundial, como aquel tribunal establecido por la comunidad, compuesto por un número de ciudadanos que representan a la sociedad, y que sin tener calidad de jueces, participan del desarrollo del proceso y del análisis probatorio de la prueba, y **de acuerdo a su conciencia e íntima convicción emiten un veredicto**, declarando culpable o inocente al imputado.

problemas . Generalmente dicha solución se da través de la composición privada (aun para lesiones corporales).

Su principal mecanismo es la autocomposición que consiste en la solución del conflicto por la presencia de las dos partes: ofendida y ofensora.

La solución del conflicto se da a través tres formas extraprocerales: desistimiento , allanamiento y la transacción. En el desistimiento el agraviado retira su pretensión de castigo de su ofensor. El ofendido “se las aguanta”. En el allanamiento el ofensor reconoce la pretensión del ofendido aceptando lo que pida el ofendido. En la transacción ambas partes ceden ambas partes a sus pretensiones. Es de tener en cuenta que ante la imposición del respectivo resarcimiento a los problemas no graves se cumplen con la compensación o trabajo comunitario.

Los problemas graves se castigan con el destierro y el terreno del desterrado pasa a posesión de la toda la comunidad, esto en algunas comunidades, además n o existe la pena de muerte.

Es así como pensamos que se hace necesario un cambio radical en la política criminal, que en este momento dirige el congreso de la república y que consiste en el aumento indiscriminado de las penas y de los delitos, tal y como lo expuso el ex fiscal Luis Camilo Osorio en la universidad externado de Colombia hace ya algún tiempo:

Es precisamente lo que se propone con el aumento de las penas en el proyecto de Código Penal presentado al Congreso de la República en reciente ocasión, fundamentalmente para los delitos de mayor repercusión social (terrorismo, secuestro, narcotráfico, delincuencia organizada, corrupción, enriquecimiento ilícito y otros), porque se arrecia la prevención general en la fase de conminación...

Si los márgenes de punibilidad no se amplían, para el caso concreto de los preacuerdos y negociaciones, no pueden hacerse ofertas significativas de rebaja de pena, de tal manera que el imputado o acusado realmente se estimulen a reconocer la responsabilidad; o puede repetirse la experiencia frustrante del pasado, cuando por la multiplicidad de factores de reducción de pena, ésta quedaba situada en cantidad tan írrita que se convertía en burla a la justicia y en fraude a la sociedad.¹¹⁰

Otro de los aspectos en los que incidiría fuertemente es en la búsqueda de un cambio total del tratamiento que da medicina legal a la imputabilidad, donde los criterios peligrosistas han dado paso a la imputabilidad de delincuentes que evidentemente sufren trastornos de personalidad, como es el caso de los sicópatas; situación que no permite ningún tipo de solución ,ni para las víctimas, ni para la sociedad ,ni para los victimarios; los cuales a pesar de lo que creen muchos políticos que hacen proselitismo con el derecho penal también tienen derechos; por lo cual una cadena perpetua no sería una pena razonable, lo cual correspondería con lo planteado por Hulsman :

El problema del sistema de justicia, de la ley, es que estos problemas están totalmente descon-textualizados. Los hechos no se ven como un conflicto entre la víctima y el victimario y en el contexto en que se dio. La víctima no está ahí, solamente está el victimario. Esto es así, producto de que se trata de un sistema escolástico, uno está frente a Dios. El hecho se ve completamente ajeno al momento y se ve totalmente plano en tiempo y espacio.”¹¹¹

Debemos los ciudadanos entender de igual manera que el fetiche del castigo no será capaz de lograr que los conflictos criminales sean superados, pues cada delincuente arrastra tras de sí, un problema social que re significa los

¹¹⁰INTERVENCIÓN DEL FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN, DOCTOR LUIS CAMILO OSORIO ISAZA, EN LA INSTALACIÓN DE LAS XXV JORNADAS INTERNACIONALES DE DERECHO PENAL(Universidad Externado de Colombia, 27 de agosto de 2003

¹¹¹ Louk Hulsman en la Conferencia dada el 6 de noviembre de 1996 en el CINAP por el programa UBA XXII

componentes ideológicos y ontológicos del Estado, esto a la luz de la crítica que presentaba del procedimiento penal realizado por Hulsman cuando al respecto expone:

Por ese incidente (el delito), se aísla a la persona de su medio, sus amigos, su familia, del sustrato material de su mundo. También es separado de aquellas personas que se sienten víctimas de la situación que se le atribuye. Esas víctimas también son separadas de una manera similar. Entonces, la organización cultural de referencia, artificialmente mantiene a ciertos individuos separados de su medio distintivo y separa a la gente que se siente víctima de la gente que es considerada en este marco específico como victimario.

*En términos de derechos humanos se sabe que el individuo es libre y que está mal poner a la gente en prisión, está mal calificar a la gente como si fuera mala”.*¹¹²

De igual forma se observa a partir de esta consideración lo necesario de la implementación de un método de estudio social, que genere un ambiente más favorable al estudio del desarrollo de las tendencias alternativas al actual derecho penal:

*El abolicionismo académico entonces tiene que ver a la justicia penal como el resultado que es correcto, que el pensamiento ese es verdad. Tomamos esa institución (El sistema penal) en la cual nosotros hemos participado, hemos tenido nuestra experiencia y empezamos a pensar entonces que no es legítima; evaluamos su legitimidad. Y entonces cuando se evalúa la legitimidad se tienen que hacer dos cosas, la legitimidad a los ojos de mucha gente de la institución, esta fundada básicamente en las imágenes que la gente tiene de esa institución.”*¹¹³

¹¹² Idem

¹¹³ Idem

CONCLUSIONES

Antes de pasar a este capítulo, es necesario dejar en claro que por primera vez romperemos el protocolo de la presentación de trabajos de grado, incluido en las muchas veces absurdas normas ICONTEC, y vamos a hablar en primera persona, con el fin de dejar muy claras nuestras posiciones al respecto, por tanto pasemos a decir que:

El derecho Penal en nuestro país continua siendo en gran medida el instrumento mas utilizado para el control represivo del fenómeno delictivo .La pena como categoría del derecho penal obedece principalmente a la determinación social e ideologizada que bajo la perspectiva sociológica se enmarca dentro de la totalidad social, tomando como elemento preponderante las relaciones económicas y repercutiendo ampliamente dentro del actual sistema político. Nuestro sistema penal no ofrece más que respuestas represivas. La “política criminal” no ha salido de este mismo circulo de criminalización, penalización y prisionización.

Es por esto que uno de los principales componentes que no ha logrado ser disminuido dentro de la imposición de las sanciones penales es su carácter violento, lo que permite su continuidad como expresión de la violencia institucionalizada , es decir, como correspondiente al instrumento principal del cual se ha valido el poder político para su respectivo mantenimiento.

Tal como lo expone Sergio Politoff:

Según nos parece, esto significa que la fuerza penal del estado , mientras subsista , en una u otra forma , para aquellos casos en que no se vea una posible solución de remplazo , deberá estar presidida por la lucidez y el coraje , de admitir que no hay coartada metafísica que esa privación de la libertad , responde a una

táctica política juzgada necesaria , abierta al debate publico e impuesta con “mala conciencia.”¹¹⁴

En el recorrido histórico presentado a través de esta monografía hemos visto como el “imperio vanidoso” del derecho penal no ido mas allá del traspaso efectuado de la venganza privada a la venganza publica , en donde en ultimas se reduce al ciudadano a la sanción privativa de la libertad por parte de la represión efectuada por el Estado , lo cual convierte dicha actuación represiva en una actuación inmediateista que no resuelve “el conflicto social” generado por la comisión de un delito, convirtiéndose por ende el Estado en un protagonista mas de la situación conflictiva, permitiendo así que se amplíe aun mas la brecha entre el aumento del catalogo punitivo y el aumento de las actuaciones consideradas como criminales. La cárcel en Colombia ejerce un sufrimiento estéril por que hasta el momento han sido más los efectos nocivos que ha representado en cuanto a la perdida de la personalidad y sociabilidad del que en ella ingresa.

La pena, como eje que indica el objeto a proteger por el derecho penal, ha sido llevada a amplia discusión con respecto a las funciones que debe cumplir en una determinada sociedad, por esto, bajo la consideración de la pena como mecanismo que conlleva a la implementación de una prevención especial, se ha establecido que la misma se impone principalmente con miras a generar un estado de “temor” al posible criminal , lo cual como lo hemos visto en nuestro país no se cumple.

Es de anotar que si bien dentro de nuestro ordenamiento legal , no se busca , ni la destrucción del individuo (que viola un bien jurídico) , ni la venganza publica , se termina adquiriendo una justificación intimidatoria , que se manifiesta bajo la

¹¹⁴ Politoff, Sergio. postfacio al texto de Louk Hulsman Sistema Penal y Seguridad ciudadana En: Sistema Penal y Seguridad Ciudadana, Hacia una alternativa. Madrid: Ariel Derecho. 1984. P. 131.

imposición de una sanción , con la idea (fetichizada) de preservar “un bien Jurídico”, lo que conlleva a convertir dicha función en una practica de protección de los intereses privados , beneficiando principalmente a los sectores económicos y sociales mas poderosos.

Como se puede observar ni la pena, ni el derecho penal cumplen función altruista, ni beneficiosa para la sociedad, ya que mientras se intenta proyectar un deber ser desde el derecho penal, este no se cumple, principalmente por que el discurso que el derecho penal maneja carece por completo de un carácter filosófico que pueda conllevar a una situación diferente y por ende a superar su carácter de verdad limitada por su auto justificación.

Por tanto la critica realizada por la corriente abolicionista, se encuentra respaldada por la realidad social colombiana, puesto que ninguno de los reproches que realiza al conjunto del sistema penal puede ser considerado como falso.

Desde nuestra posición superacionista consideramos que debemos trabajar en función de Superar ese mal que ocasiona el derecho penal en su conjunto, pero esto no nos impide señalar que un aspecto criticable de la perspectiva abolicionista, se da en lo concerniente al método que implementa para derivar de este sus respectivos análisis, puesto que si bien dichos análisis encuentran amplio respaldo en las practicas penales y sociales, se hace objetable su forma de concebir las estructuras de poder, lo cual impide ampliamente visualizar que las estructuras de poder se encuentran principalmente en la sociedad, y que es precisamente allí (en esa denominada durante el siglo XIX por Hegel) “sociedad civil”, donde surgen dichos conflictos, olvidando además que el derecho penal obedece principalmente a esas estructuras de poder que orientan su actuación. Es así como el derecho penal y la correspondiente sanción penal constituyen ante todo una cuestión de poder, cuyos intereses incumben a unas necesidades y su posterior intento de satisfacción dentro de una determinada sociedad; por eso a la

Luz de enfocar la realidad social como Totalidad social , es preocupante observar el aumento de la punición en nuestro sistema penal, además llama la atención observar que el desplazamiento al derecho penal se convierte en un pretexto del Estado para eludir las soluciones efectivas a los problemas sociales, aunque dentro del sistema penal estipule soluciones jurídicas como los preacuerdos de responsabilidad, negociaciones de pena y el principio de oportunidad, (dentro unos márgenes de punibilidad amplios previstos en el Código Penal), se evidencia claramente que el fin que se persigue, cual es que los mismos protagonistas de la delincuencia se sientan incentivados para reconocer su responsabilidad y reintegrarse a la sociedad, no se cumple.

Tal como lo expone el ex fiscal Gómez Méndez en la ya citada presentación de su anteproyecto del actual código penal, tenemos que: *“En un Estado social de derecho la ejecución de las penas debe tener una función de prevención especial positiva, esto es, en esta fase se debe buscar ante todo la RESOCIALIZACION del condenado.”*¹¹⁵

Al respecto del planteamiento del ex fiscal Gómez Méndez, expresaríamos que uno de los puntos más controvertidos de dicha función re socializadora se encuentra de manera habitual dentro del mismo plano judicial operativo, que estipula como uno de los puntos centrales del proceso la solicitud de antecedentes penales, para que esta sea tenida como prueba para certificar la alta tendencia del procesado a la comisión de conductas delictuales.

La mejor resocialización (que además permite el surgimiento de una mejor política criminal), es una efectiva política social , que bajo la connotación actual de Estado social de derecho, se vería representada a la luz de los principios Constitucionales que orientan a la implementación de un control social activo, necesario para la

¹¹⁵ Opus Cit. Gómez Mendes.

subsistencia de un sistema (la validez de este control esta dado en la medida en que sea un control desideologizado) que desarrolle los postulados de la democracia participativa y pluralista que nuestra constitución política reseña , lo que conduciría a la consecución de grandes transformaciones sociales y no de simples reformas parciales , entronizándose además gran parte de dichos cambios en el rompimiento de la imposición vertical de la pena independiente de la participación del procesado (puesto que a nuestro entender solo se podría hablar de pena cuando hay acuerdo de las partes).

La implementación de una verdadera Democracia participativa permitiría además que las partes se reconocieran efectivamente dentro de la disposición de sus derechos y necesidades , lo que conduciría a realizar un estímulo en la participación y toma de decisiones que permitan asumir responsabilidades, puesto que en este caso es la comunidad quien participa directamente y es quien decide la solución definitiva al conflicto , lo que representa una reconciliación y por tanto regreso a la convivencia social .Además en casos de conductas violentas graves como las de la violencia sexual y la del homicidio, se buscaría un tratamiento psicológico, sociológico y antropológico, que si bien en un principio necesitaría una medida de limitación de la libertad, no sería precisamente una reclusión carcelaria sino una vigilancia de procesos psíquicos, donde al victimario, a su familia, y a las víctimas, se les haría un correspondiente tratamiento que garantizaría que una vez superado el estado narcisista causante del acto violento, se pudiese integrar a la sociedad. Se establece entonces una clara diferencia entre la actual corriente de deshumanización del ser humano en aras del fortalecimiento socioeconómico del actual sistema y por otra parte permite establecer la Superación dentro del parámetro de la justicia participativa y democrática que permitiría lo que Hulsman expone como:

“Hay una tendencia en el sistema a ser deshumanizado, porque para que el sistema sea humano, las personas deben sentirse responsables de lo que están

haciendo y sentir que la otra persona está influenciada por las consecuencias de lo que ellos hacen, de esta manera dialogar con las personas que están afectadas por las decisiones que uno toma”¹¹⁶

Durante el recorrido teórico realizado durante este trabajo de grado, tendríamos que resaltar además la gran capacidad ética que se requiere para llevar a cabo la implementación de lo que el fallecido Louk Hulsman consideraba , como el gran merito obtenido por la Constitución Política de Colombia de 1991 ;cuyo sustento de respeto a la Diversidad cultural representa un avance para servir de soporte a la implementación de un mecanismo que contribuya al sostenimiento de un autentico respeto por la dignidad humana:

En Muchos países en el mundo, por ejemplo en Colombia, en la década de los 90 se cambio la Constitución y la nueva constitución ha reconocido que Colombia es un país multicultural y la justicia indígena por ejemplo tiene su propio lugar. Una amiga mía está haciendo investigaciones en la comunidad indígena Baiu; se trata de una comunidad indígena de cientos de miles de personas, que tienen desde hace mucho tiempo su propia forma de hacer justicia y esa forma de hacer justicia en muchas maneras no involucra la forma punitiva. Por supuesto que aún en la comunidad Baiu hay cosas que ocurren que no son aceptables, pero la respuesta a esa “ley” entre comillas de los Baiu, es siempre la restauración y no la imposición de pena. Se trata de reparar las cosas y reconocer que hay algo que ha estado equivocado y entonces se transforma en una cuestión de honor, de las partes involucradas.¹¹⁷

Desde nuestra concepción Superacionista exhortamos a continuar en la investigación e implementación de prácticas alternativas que conllevan a la

¹¹⁶ Sistema Penal y Seguridad Ciudadana. Opus Cit.

¹¹⁷ Ibídem.

disminución y posterior superación del actual sistema penal, que tal como lo expreso el profesor Alfonso Reyes Echandia (y que constituye una insuperable síntesis de nuestro planteamiento superacionista):

Necesario es reconocer, no obstante que vivimos,- tal vez padecemos -una peligrosa tendencia hacia la hipertrofia legislativa que engendra un engañoso mensaje a la comunidad: el de la ley como mágica panacea para todos los males de la sociedad. Ya es tiempo de pensar en opciones distintas ; mecanismos que permitan la directa intervención de los coasociados en la solución de sus propios conflictos ; se trataría de ir atenuando paulatinamente el papel del estado como supremo y único dispensador de la justicia , para que sean los protagonistas mismos de la situación perturbadora quienes asuman con la inicial intermediación de aquel , la responsabilidad de superarla con los menores traumatismos posibles; por esta vía racional , comenzaría a descongestionarse el aparato judicial hoy asfixiado bajo el peso descomunal de una legislación extensa y caótica para dar comienzo a un lento pero sistemático y alentador proceso de autentica justicia comunitaria.¹¹⁸

¹¹⁸ Alfonso Reyes Echandía, aparte de las palabras pronunciadas el día 15 de febrero de 1985.

BIBLIOGRAFÍA

1. Libros en Físico

ALCACER GUIRAO, Rafael. Los Fines del Derecho Penal, Una aproximación desde la filosofía política. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 330 p.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 2004, p. 275.

DUSSEL, Enrique D. Filosofía de la Liberación. Bogotá: USTA. 1984. 250 p.

DUSSEL Enrique. Filosofía de la Liberación, Quinta Edición. Bogotá: Nueva América. 1996. 300 p.

FOUCAULT, Michel. En: La Verdad y Las Formas Jurídicas. Barcelona. Gedisa Editorial. 1978. 250 p.

GADAMER, Hans George. Verdad y Método II. Salamanca: Ediciones Sígueme. 1996. p 43. Traducción: Manuel Olasagasti. 500 p

GARAZALGA, Luis. Introducción a la Hermenéutica Contemporánea, Madrid: Gredos 2000. 250 p

HOULSMAN Louk Sistema Penal y Seguridad Ciudadana, Hacia una alternativa. Madrid: Ariel Derecho. 1984. 150 p.

JAKOBS, Günter. Sobre la teoría de la pena, (trad. Cancio Meliá), Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1998, p. 180 p.

MIAILLE, Michel. Una Introducción Crítica al Derecho. Madrid: Estampa. 1994. 300 p

Marco Tulio Cicerón. La República. Buenos Aires: Editorial Aguilar. 120 p.

MARX, C., «El fetichismo de la mercancía» en El capital, Tomo I, Trad de Wenceslao Roces, Ed. Cartago, Buenos aires, 1956, p. 400 p

MUÑOS CONDE, Francisco. Teoría General del Delito. Valencia: Tirant Lo Blanch 2005. 240 p

PARMA, Carlos. Reexaminando el Derecho Penal En: Memorias XVIII Congreso Latinoamericano, X Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología. Bogotá: Leyer 2004. p. 14. 1000 p.

Pashukanis, E. B. La teoría general del derecho y el marxismo, Colección Teoría y Praxis. México D.F.: Editorial Grijalbo. 1995. 250 p.

RUSH Y KIRKEIMER. Pena y Estructura Social. Bogotá: Editorial Temis. 1984 pp. 350 p.

VARIOS. Lecciones de criminología. Asociación colombiana de criminología Alfonso Reyes Echandía. Temis 1980. 301 p.

ZAFARONI, Eugenio Raúl. Criminología, Aproximación desde un margen. Bogotá: Temis.2003. 131p

2. Trabajos De Grado:

PEREZ ÁVILA, Mayra Yazmín. Incidencia de la aplicación del ideario liberal, en los modelos educativos de Colombia y Santander, en el ámbito sociopolítico. Trabajo de Grado de filosofía. Bucaramanga: Universidad industrial de Santander. Facultad de Ciencias Humanas. 63 P.

3. Libros Digitales

González, Fernando. Nociones Sobre Izquierdismo. En: <http://www.otraparte.org/actividades/index.html>. p2. **Extraído el 19 de julio de 2007.**

NAVAS CORONA. Alejandro. Criminología y Política Criminal. (SE) www.ellibrototal.com/200.75.44.108/total/. P 99. Extraído el 24 de junio de 2009.

4. Artículos de Revista en físico.

MONCAYO, Víctor Manuel. 1994. Sobre la naturaleza del Derecho como forma social de dominación. Estado y espacialidad. Revista Cien Días en el Mundo CINEP, SV (SN).

THIEGUI, Oswaldo Nelo. 1995. El Abolicionismo Radical y El Abolicionismo Institucional. Revista Chilena de Derecho Penal, Vol. 22, (N° 2).

5. Artículos de Revista en Digital.

GARCÍA CAVERO, Percy. Acerca de la Función de la pena. En: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=60&Itemid=27. Extraído el miércoles 20 de mayo de 2009.

ZULETA, Estanislao. Sobre la democracia y la participación. En: <http://catedraestanislao.univalle.edu.co/>. Extraído el 19 de Julio de 2009.

VÍQUEZ, Karolina. "Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?". Política Criminal. En: <http://www.politicacriminal.cl> n° 3, 2007, A2, Extraído el 15 de mayo de 2009.

6. Jurisprudencia:

6.1 Corte Constitucional Colombiana.

6.1.1. Sentencias de Tutela:

T – 881 de 2002.

6.1.2. Sentencias de Constitucionalidad:

Sentencia No. C-336/94.

Sentencia No. C-1112 de 2000

Sentencia No. C- 549 de 1994.

Sentencia No. C. 089/94