

EL HOMBRE FRENTE AL DERECHO PENAL EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Zeneida de J. López Cuadrado*

Resumen

El derecho penal no se puede seguir sosteniendo en su carácter punitivo y represivo sino que debe trascender a niveles superiores en los que el hombre sea su centro, con un nuevo perfil que permita construir un orden más justo, que proporcione seguridad jurídica, todo ello dentro de un acto de aceptación colectiva inspirado en una concepción democrática.

Palabras clave: Derecho penal, Estado social.

Abstract

Penal Law cannot continue being founded on its punitive and repressive character, it must move up to higher levels where man can be its center, with a new profile which will allow the construction a more just order, the provision of a juridical confidence and all this framed within a collective acceptance action inspired on a democratic conception.

Key words: Penal Law, social state.

Fecha de recepción: 4 de octubre de 2001

* Abogada, Especialista en Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia y profesora de Derecho Penal General, División de Ciencias Jurídicas, Universidad del Norte.

Este artículo no tiene pretensiones diferentes a las de exponer un pensamiento que, por fortuna, ya resulta un lugar común para quienes, a pesar de los diversos ángulos en que nos hallamos ubicados en el devenir vivencial, y más allá de las diferencias conceptuales, compartimos la misma angustia ante el espectáculo que ya casi de manera monótona, pero no por ello menos trágica y cruel, ha puesto en escena la realidad, con el avance en ocasiones indiscriminado del derecho punitivo, que bajo el pretexto de su positivización olvida su principal función, sino es que se puede decir la única que lo legitima: dispensar al ser humano un adecuado resguardo a sus derechos fundamentales, para estabilizar el orden social general sin desmedro de las minorías, lo que le impone la aspiración de ofrecer soluciones cada vez más justas, de manera que ya no cabría seguir sosteniendo, con el filósofo, que el primer deber del derecho es saber lo que quiere,¹ sino que habría que invertir el postulado para reclamar que lo primero sea saber «cómo quieren los hombres que sea su derecho». Y es que tan nocivo resulta adjudicarle al derecho penal la facultad de direccionar el comportamiento de los hombres, a través de modelos impuestos institucionalmente, como conferirle la de legitimación del poder, pues las dos tornan peligrosa la cercanía entre poder e ideología, de manera que el derecho penal pasa a ser un instrumento en las manos de quienes tienen capacidad y pretensiones de configurar o –desconfigurar– la sociedad según sus fines y propósitos, lo que obviamente involucra a todos los que deciden con respaldo en la Ley, dado que con esa capacidad decisoria se hace uso del derecho penal para atraer consenso en torno a la determinación que se quiera tomar; y entonces, como la función es legitimar, la exigencia se queda en la aspiración de que todo lo que se haga sea percibido como legítimo, bastando sólo con la apariencia de legitimidad, mientras en el fondo se enmascara la arbitrariedad y el abuso de poder.

Esta es una idea sobre la cual volveremos, para demostrar cómo ya no basta el principio de legalidad por el que Beccaria propugnaba como baremo de contención a la tiranía, pero baste por ahora recalcar que en tanto que es derecho, el derecho penal debe ser justo y respetuoso de las garantías, lo que sólo se logra con una visión global que incluya la **Constitución**, de lo contrario tendríamos que darle otro nombre y no el de derecho, así sea derecho penal, y ya aquí nos acercamos a nuestro tema.

Desde tal vertiente, y habiéndose anunciado ya que no basta la legalidad, aunque sin desconocer su importancia histórica y actual, bueno

¹ Citado por Alvaro Orlando Pérez Pinzón, *Introducción al Derecho Penal*, 3ª ed. La Habana, Gente Nueva, p. 59.

es hacer la breve revisión de cómo se han venido entremezclando los hilos de poder y Estado a través del llamado «derecho» a castigar.

Iniciaré por la ubicación del denominado derecho penal, y que alguien cercano, con verdad, lo menciona como la administración del dolor; lo segundo será el derecho a castigar, si es que podemos llamar, en efecto, un derecho al tantas veces manipulado, traído y llevado *Ius puniendi*; y por último, la parte más oscura, más olvidada, tal vez deliberadamente, que es precisamente el objetivo de todo lo anterior, la ejecución de las penas, con las prácticas que en el submundo carcelario palpitan y que todos conocemos, pero a todos nos da miedo asomarnos, porque entonces perderíamos aún más, si es que cabe, los escasos argumentos que aún obstinadamente se esgrimen para seguir manteniendo los hombres encarcelados, bajo condiciones que serán vergonzantes en el futuro.

I. UBICACIÓN DEL DERECHO PENAL EN EL ORDEN SOCIAL

Existe la aceptación generalizada de que al derecho penal, como mecanismo de control social, se le ha adjudicado la finalidad de obtener determinados modelos de comportamiento individuales en la vida social, lo que si no se alindera adecuadamente, devolviendo a la sociedad la capacidad de ir señalando las conductas que le resultan intolerables, es validar que el derecho penal como fuente de poder siga categorizando los «comportamientos desviados», y por ende, discriminando los individuos, según los objetivos que de momento se persigan, bajo el pretexto de la «misión» de Estado, lo que sería volver por los fueros del sometimiento individual, mientras el Estado avanza en terrenos que de ordinario le deben estar vedados, como el fuero interno del individuo y sus expresiones dentro de una sociedad pluralista, que tienen que permanecer dentro de su espacio de libertad, salvo que con independencia de consideraciones meramente éticas, tengan la potencialidad de lesionar los bienes jurídicos que dimanen de la misma sociedad, y que el derecho penal debe reconocer, no crearlos.

De allí el peligro de adjudicarle a la pena el papel de «confirmar la identidad normativa de una sociedad», pues el desencanto sería total si finalmente, como conclusión, surgiera la concepción de la pena como instrumento de poder de definición de la sociedad, pues por esa vía sería susceptible de legitimar tanto un Estado que velara por el respeto a la vida y garantías de sus asociados como aquel que quisiera identificarse a ultranza con el sojuzgamiento de cualquier sector de sus miembros, sexo, raza o religión, pues tanto uno como otro están configurando su idiosincrasia, imponiendo un deber general, y aun si en el segundo se alcanza a imponer la

práctica que coarta la libertad de configuración personal, pretendiendo influir la conciencia general, el que no esté conforme con esa orden, y la transgrede, será sancionado, y por tanto seguirá estando vigente, que allí no han cambiado los factores de dominación y violencia que lo incubaron, y sólo habría que aceptar que se ha impuesto un nuevo orden normativo, mas no un orden justo, y menos un hombre nuevo.

II. EL DERECHO PENAL SUBJETIVO (*Ius PUNIENDI*)

Para llegar a la comprensión de cuál es el papel que le corresponde al *Ius puniendi* dentro de un Estado social y democrático de derecho, para que no pierda su legitimidad, cabe revisar cuál es el que ha jugado en regímenes a los que ha servido, y en los cuales inclusive puede resultar irónico que pudiera seguir recibiendo el nombre de «derecho», a menos que se acepte la denominación de «derecho perverso», como se ha dicho del que imperó en la Alemania nazi, pero que es lo mismo que negar su existencia.

Entendido el *Ius puniendi* como potestad radicada en cabeza del Estado, para –en virtud del poderío e imperio de que está revestido como su titular– declarar punibles determinados comportamientos, que deben ser los que por su especial gravedad atenten contra la convivencia comunitaria, para imponerles penas o medidas de seguridad como su consecuencia, en un Estado social y democrático de derecho no se puede dejar de lado que se trata de una organización de hombres y para los hombres; no obstante, veremos a renglón seguido cómo se ha plegado, para secundarlas, a distintas concepciones políticas.

1. Estados absolutistas

El derecho de penar se consideraba de origen divino. «No hay autoridad sino bajo Dios, y las que en la tierra hay, por Dios han sido establecidas, por lo tanto, todo el que se opone a la autoridad se rebela contra lo que Dios ha instituido»², epístola de San Pablo, invocada por los reyes absolutos, que obraban como ministros de Dios. El derecho penal era un dogma por esencia, y halló su fundamentación filosófica en el idealismo alemán, desde el cual Kant, en su *Metafísica de las costumbres*, hacía prevalecer la ley penal «como un imperativo categórico», y la pena, desprovista de toda interpretación utilitarista, como retribución, «para que cada cual sufra lo que sus hechos merecen y la culpa de la sangre no pese sobre el pueblo que no ha exigido ese castigo», que tal parece

² Epístola de San Pablo a los Romanos, 13, 1-2.

recreación del Edipo desterrado, para que su pueblo se libere del castigo; el contenido de la pena es el talión, que en Hegel, al interpretar el delito como negación del derecho y la pena como «la negación de esta negación», se torna equivalencia entre delito y pena³. El poder punitivo es, entonces, expresión del poder político; su fundamento es metafísico; el ser humano no es titular de derechos sino de deberes; los derechos eran del monarca, del Jefe de Estado; y el delito no es lesión de derechos, sino infracción de deberes. Caldo propicio para que Beccaría expresara en 1764: «[...] *Y es cosa tan común como funesta ver en nuestros días que una opinión de Carpzovio, un uso antiguo señalado por Claro, un tormento sugerido con iracunda complacencia por Farinaccio, eran las leyes obedecidas con seguridad y satisfacción por aquellos que para regir las vidas y fortunas de los hombres deberían obrar llenos de temor y desconfianza*».⁴

2. Estado Liberal Clásico

La legitimidad del absolutismo se vino a cuestionar con el iluminismo. La concepción epistemológica del iluminismo pone límites al delito y a la imposición de penas; se da la primera generación de derechos humanos, vida, libertad, que el Estado no debía transgredir. Con Rousseau se dio paso a la teoría del contrato social, conforme a la cual el delincuente es aquel que se coloca en contra del contrato social, es un traidor en cuanto rompe el compromiso de organización, producto de la libertad natural u originaria, con lo cual deja de ser miembro de la organización y debe ser tratado como un rebelde. El contrato social es la fuente legitimadora del *Jus puniendi*, tanto en sentido material como formal, y de esa manera también se torna en su límite, pues sólo el legislador puede decretar penas, como representante de todos los hombres que han convenido en el contrato, y como éste es para la felicidad de los hombres, la ley penal debe tener como tarea más prevenir que retribuir, siendo el criterio básico la necesidad para la conservación del vínculo entre los hombres, por lo que «*Todas las penas que sobrepasan la necesidad de conservar ese vínculo son injustas por naturaleza*».⁵

³ Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*, tomo I. Trad. Diego Manuel Luzón Peña. España, Civitas, 1997, p. 83.

⁴ BECCARÍA, César. *De los delitos y de las penas*. Estudio preliminar de Nodier Agudelo Betancur. Textos Fundamentales de Derecho, N° 2. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994, p. 1.

⁵ *Ibid.*, p. 9 y ss.

3. Estado Liberal Intervencionista

Con el modelo intervencionista, que abandona la posición de Estado «Gendarme» para intervenir activamente en la regulación social, el fundamento del derecho penal viene a encontrarse en el positivismo, y su interés se radica en la eficacia de la lucha contra el delito, por lo que fácilmente «*La pena se convirtió a veces en un arma del Estado esgrimida contra la sociedad, trocándose la eficacia de la pena en terror penal*». ⁶ Pero bien pronto la pretendida racionalidad derivada de la norma jurídica llega a su crisis con los regímenes de guerra; con el positivismo se pervierte el estado de derecho, y así como el principio de legalidad sirvió de límite al absolutismo, a menos de doscientos años, después del grito de Beccaria, también sirvió de fundamento a la intolerancia y a la barbarie, barriendo el pensamiento liberal, para volver a entronizar el derecho penal como instrumento de opresión del hombre para el hombre. En los regímenes nazistas y fascistas, todos los que hemos transitado por el derecho penal hemos leído u oído el ejemplificante artículo con el que se destruyó totalmente el concepto de bien jurídico al consignarse que «*era delito todo lo que atentara contra el sano sentimiento del pueblo nazi*»; norma, dentro de un pretendido legalismo, que igualmente fue pretexto para el más grande atentado contra la humanidad, que aún no termina de horrorizarnos.

4. Estado Social de Derecho

Reacciona el mundo, consternado tras la Segunda Guerra Mundial, y entonces, bajo tan estremecedora lección, la preocupación es fijar límites claros a la intervención estatal, que entonces se dirige es a «*crear condiciones reales que favorezcan la vida del individuo*», ⁷ profundizando en los derechos humanos y legitimando la acción punitiva, sobre una base democrática y participativa, reconociéndosele una finalidad garantista al derecho penal. Dicho lo anterior, el fundamento del derecho a castigar sale definitivamente de la esfera meramente normativa penal en que se había encasillado, y viene a posar su mirada en valores supremos que se objetivizan a través de los principios constitucionales, de modo que sin renunciar a la legalidad pueda encontrar sus límites en la absoluta necesidad de su intervención, siempre permeada por la protección de bienes jurídicos, siendo éstos los que la sociedad ha estimado fundamentales, y por tanto dentro de la tolerancia y el pluralismo distantes de consideraciones éticas, morales o prejuiciadas.

⁶ MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona, Ariel, 1994, p. 37.

⁷ *Ibid.*, p. 33.

Pero sobre todo, ese límite del derecho penal debe encontrarse en la **dignidad humana**, como referente de toda intervención estatal, para que no sólo sirva a la mayoría, sino que respete y defienda la minoría, sobre la base de principios coherentes de equidad y justicia reconocidos por la Ley, concebida como una totalidad y no como jirones de normas que se pueden rasgar, en su creación o en su aplicación, para ponerlas al servicio de determinados intereses, así sea que se presenten éstos bajo ropajes éticos en busca del hombre ideal, que de todas maneras desembocan en una indebida intromisión en la esfera individual del hombre real, que es al que se debe dirigir el derecho, reconociendo sus diferencias, sus limitaciones, el ámbito que lo cerca, fragmentándose para darle cobijo dentro del ordenamiento jurídico al cual pertenece, y que tiene que venir inspirado por la Constitución, como argumento de legitimidad; sólo así se podrá enmarcar el derecho penal, como derecho, dentro de un Estado social y democrático, campo dentro del cual fuerza reivindicar con Dworkin, como fórmula que erradique el absolutismo, que: «**El objetivo de la adjudicación constitucional no es sólo nombrar derechos, sino asegurarlos, y hacerlo por aquellos a quienes correspondan esos derechos**».⁸

El derecho penal ya no puede seguirse sosteniendo sólo en el principio de legalidad, pues así como históricamente sirvió a su finalidad de poner límite a la arbitrariedad y a la tiranía, también la arbitrariedad y la tiranía se han enmascarado en la ley para legitimar sus fines; por tanto, el derecho penal tiene que salir del positivismo, para mirar a la **Constitución Política**, como pilar de garantía, cimentado epistemológicamente en el postulado dogmático de la **dignidad humana**, y si aun ello no bastara, aunque no ha dado aún todo su rendimiento en derecho penal, habría que trascenderlo, para llegar al elemental principio de humanidad, porque más allá del problema de dignidad, con el que irrefutablemente cabe reclamar con el filósofo que el hombre sea un fin en sí mismo, para que resulte intolerable su cosificación en cualquier circunstancia, lo que palpita es la necesidad de rescatar la esencia humana, de reconocerla con toda su extensión y privilegios, para que como función negativa se constituya en baluarte impeditivo de toda discriminación, y en su forma positiva funja como exigencia del respeto a los derechos humanos fundamentales, como propuesta de reafirmación de nuestra individualidad, con la toma de conciencia de **nuestra humanidad**; condición de la que no puede despojarse al hombre en ninguna circunstancia en que se encuentre, pues aún bajo el estigma de haber delinquido, dentro del proceso penal, será sujeto y no objeto. Si los **dere-**

⁸ DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la justicia*, 2ª ed. Barcelona, Gedisa, 1992, p. 274.

chos humanos hay que enarbolarlos en cualquier situación, como mecanismo de protección frente a cualquier forma de totalitarismo de violencia animal, de exceso, el eje central entonces es el hombre en su dimensión real, que en cualquier condición debe seguir manteniendo sus derechos humanos fundamentales, como atributos básicos de la personalidad, la vida, la igualdad, la dignidad, para que no se siga replicando el ilegalismo a través del legalismo aparente; para que no se sigan vulnerando las condiciones vitales de existencia, desde cualquier lugar en que nos toque actuar; porque tal vez la única reforma urgente es la de volver a ser humanos, volver a ser fundamentales, volver a ser fundamentalmente humanos. Esa humanidad que es la fibra común que me obliga a respetar al otro, porque soy yo mismo en diversas circunstancias; el sentimiento común que late con la misma fuerza en nuestros campesinos e indígenas desplazados, desarraigados de su mundo, o en todos los hombres y mujeres del mundo, pues, al fin y al cabo, en todos encontramos las mismas lágrimas y las mismas sonrisas, la misma fuerza y la misma ternura, la misma infranqueable dignidad. Inclusive, o mejor, sobre todo para el derecho penal, es ella—la dignidad—la que permite en cualquier contexto levantar la cabeza y reafirmarse como ser humano, reclamarse, como ser actuante de su propia historia, y que en tanto no resulte vulneradora de los derechos de los demás, debe transitar liberada de condicionamientos distintos a los que sean necesarios para el mismo desenvolvimiento de la sociedad de que se nutre el ordenamiento jurídico total, asegurando la aspiración que el derecho avance por los caminos de la justicia, con una actitud en la que *«su objetivo, en el espíritu interpretativo, es colocar el principio por encima de la práctica para demostrar el mejor camino hacia un futuro mejor, cumpliendo con el pasado. Es, por último, una actitud fraternal, una expresión de cómo estamos unidos en una comunidad a pesar de estar divididos en lo que respecta a proyectos, intereses y convicciones. Esto es, de todas formas, lo que el derecho es para nosotros: para las personas que queremos ser y la comunidad que queremos tener»*.⁹

4.1. *La Constitución colombiana de 1991*

«Art. 1º. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general».

⁹ *Ibid.*, p. 290.

Con la puesta en vigencia de la Constitución de 1991 se dio el paso entre nosotros de un Estado de Derecho a un **Estado Social de Derecho**, frase que no puede ser un simple adorno literario, sino que tiene que irradiar sus efectos en lo institucional y en lo personal, pues si nos comprometemos con la idea de la integridad jurídica, de cara a la Carta Política hay que asumir igualmente un cambio de postura. Y si en algún campo esto es particularmente sensible es en el del derecho penal, no sólo por el vuelco que se dio en cuanto al sistema de regulación, del inquisitivo a uno con pretensiones de acusatorio, para lo cual se creyó bastaba la creación de la Fiscalía General de la Nación –pero constituye éste un punto sobre el que bastante tinta ha corrido, y en el que por su contenido específico no nos detendremos–, sino sobre todo por el cambio de visión y la revisión que forzosamente tiene que generar, bajo el mismo contexto constitucional que la proclama «Norma de normas», en su artículo cuarto, exigiendo su aplicación preferencial en todo caso de incompatibilidad con la ley u otra norma jurídica; lo que es apenas un reconocimiento a su carácter de supremacía sobre todo el ordenamiento jurídico. De modo que desconocer la Constitución Política sería tanto como desconocer la misma organización jurídico-social, con los postulados que a través de la decantación histórica hoy se exhiben como garantías conquistadas por los hombres; pretender un derecho penal alejado o contrario a la Constitución, es hablar de un derecho penal arbitrario, o mejor, no es hablar de derecho, pues nada puede haber con este nombre que no respete las normas superiores, y de allí que la dogmática moderna no se contente con establecer que la Constitución Política es pauta interpretativa del derecho penal, sino fuente y límite de la actividad punitiva; y así, cuando el artículo 230 de la Carta dispone que los jueces están sometidos al imperio de la ley, no significa, no puede ello significar sólo el Código Penal, o sólo las leyes penales, pues la Ley de leyes es la Constitución Política, carácter que la misma Carta reclama.

La Constitución no es un mero punto de referencia para el derecho penal sino su fundamento, y en últimas habría que aceptar que es la Constitución la que declara lo que es el derecho penal, siendo por demás variados, sin que nadie lo discuta, los campos en que hay lugar a la aplicación directa de las normas constitucionales, dado su carácter normativo, y por ende, exigible y alegable ante los tribunales, ya que no es, ni puede ser un catálogo de frases románticas, sino lo que es: la norma **suprema** del ordenamiento jurídico estatal que vincula a los ciudadanos y al poder público, lo que puntualiza la guardiana constitucional cuando expresa: *«La Corte debe reafirmar que las garantías procesales derivadas del artículo 29 de la Constitución, obligan de manera directa y preferente, superponiéndose a las disposiciones legales, anteriores o posteriores a la Constitución, que les sean contrarias o que pudieran*

*llevar a consecuencias prácticas lesivas del derecho fundamental que la Carta Política quiso asegurar».*¹⁰

Asumir, como corresponde, que este es un Estado social y democrático de derecho, implica de por sí que se encuentra fincado sobre el respeto a las garantías fundamentales, y que sus pilares, por demás proclamados en la Carta, están constituidos por el respeto a la dignidad humana, la libertad individual, el libre desarrollo de la personalidad, la prevalencia del interés general, la solidaridad, el trabajo como obligación social, el principio de la igualdad material, que, sólo a título enunciativo y no excluyente, se yerguen como imperativos de los cuales todos los actos estatales deben estar precedidos, puesto que *«Un Estado social y democrático de derecho tiene que reconocer al hombre como una entidad ética diferente al Estado, autónoma y superior, pues constituye su finalidad. La entidad ética del Estado sólo se entiende y legitima al servicio de la entidad ética del hombre».*¹¹

De modo que las constituciones ya no tienen el carácter pasivo que otrora se les asignara como meros estatutos organizativos del poder sino que *«han ampliado sus contenidos para intentar cumplir, con idénticas pretensiones de eficacia, funciones de promoción y redistribución del bienestar social y económico; en definitiva, las leyes fundamentales han asumido, globalmente consideradas, una función transformadora de la sociedad. Las constituciones, afirma al efecto Ribero Bastos, ya no son un mero retrato de las relaciones existentes actualmente en la sociedad. No se resignan a su dimensión estática. Quieren ser, y efectivamente lo son, objetos útiles en la anticipación del futuro. Delinean las bases conformadoras del porvenir, procurando por lo mismo, suministrar los parámetros para la actuación del Estado».*¹² Válidos planteamientos que nos muestran una «Constitución Dirigente», que no obstante entre nosotros había perdido su condición frente al derecho penal, ya que el estatuto punitivo, Decreto-Ley 100 de 1980, tenía once años de rezago frente a las normas superiores, no así el procedimental, que a través del decreto 2700 de 1991 se puso a tono con las nuevas instituciones y procedimientos establecidos en la Carta, y de todas formas, los dos constituían una afrenta al principio de reserva que la ley superior consagraba; todo ello sirvió de fundamento, precisamente, a las aspiraciones de la Fiscalía General de la Nación de hacer uso de su iniciativa

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-217, 16 de mayo de 1996. M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

¹¹ PÉREZ PINZÓN, *op. cit.*, p. 54.

¹² FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. «La Inconstitucionalidad por omisión: ¿Cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica». En: *Inconstitucionalidad por omisión*. Bogotá, Temis, 1997, p. 11.

para presentar proyectos de Ley, que se concretó en la Ley 599 de 2000, que entró a regir el 24 de julio pasado, y en cuya exposición de motivos se sostuvo:

«La entrada en vigencia de una Constitución Política, en la que se consagra un nuevo concepto de Estado, con instituciones, principios y valores acordes con las tendencias políticas, sociales y jurídicas que actualmente se aplican en las sociedades democráticas más avanzadas, impone el examen y la consecuente adecuación del sistema normativo que se venía aplicando»; y en apoyo de esta posición se transcribe la sentencia C-070 de 1996 de la Corte Constitucional:

En el ejercicio de la facultad punitiva del Estado, el legislador debe propender a la realización de los fines sociales del Estado, entre ellos, los de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y de asegurar la vigencia de un orden justo...»

Sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es, acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridas humana...¹³

Siguiendo ese norte, en el artículo segundo del nuevo Código Penal se introduce como norma rectora el principio de integración, que fija:

Las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este Código.

Reivindica así la Ley 599 de 2000 la importancia de la Constitución y el derecho internacional consagrando el carácter integrador del derecho penal en su artículo segundo, con lo cual quedará muy difícil que se siga dando la espalda a tan fundamentales soportes a la hora de administrar, y valga decir, reclamar justicia, lo que ya de por sí venía siendo recalcado por las altas cortes y los doctrinantes, que propugnaban porque las decisiones judiciales se produjeran con respeto pleno de los principios y las garantías constitucionales como presupuesto de legitimidad, *«cuyo extrañamiento, así fuese por motivos de conveniencia o pragmatismo, tornarían el ejercicio del poder del juez en prototipo de arbitrariedad y tiranía»*.¹⁴

¹³ Cfr. GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso. Exposición de motivos al proyecto de Ley por el cual se expide el nuevo Código Penal.

¹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de abril 17/95. M.P.: Juan Manuel Torres Fresneda.

Para que el Estado responda a su configuración de social y democrático de derecho, tiene que tener implícitas como calidades esenciales, primero, que para que sea social, su intervención reguladora tiene que estar dirigida a originar condiciones sociales, que en realidad y no sólo de manera formal propendan al desarrollo individual, cuyo límite sea el del otro, bajo los fundamentos de **igualdad y libertad**, que serán entonces los que le den el sello de democrático, lo que entre nosotros bien se puede derivar del enunciado de los fines esenciales del Estado, que trae el artículo segundo de la Carta: *«Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución»*, pero más específicamente cuando desde el artículo 13 se consagra la libertad e igualdad ante la ley, haciendo intolerable toda discriminación **«por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica»**, exigiéndole a renglón seguido al Estado **«promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, y adoptar las medidas a favor de grupos discriminados o marginados»**.

Llevadas estas bases al campo del derecho penal, guardan especial significación para el poder coercitivo, en tanto que no basta entonces a sus fines sociales y democráticos el obedecimiento ciego de la autoridad, sino que tiene que permitir y auspiciar, si se quiere, las posiciones críticas que permitan la revisión permanente de los comportamientos catalogados o catalogables como nocivos a la convivencia social, que se tiene que fragmentar para dar espacio a la diversidad, que también representa la comunidad, y por ende, bajo los fundamentos de igualdad y libertad como referentes de la dignidad humana postulados en el artículo 13, no podría el derecho penal dentro del estado social pretender la regulación de categorías que son ajenas a la voluntariedad del ser humano, por estar fuera de su control y elección, sino que tiene que fincar sus raíces en el bienestar **general**, y le está vedado fomentar beneficios de unos grupos sobre otros, que resultan sospechosos debido a que no guardan parámetros racionales, sino que se alimentan del maltrato histórico a las minorías.

Se trata, sin más, de la legitimidad del Estado social y democrático de derecho a través de su base fundamental, que es la dignidad humana, que es el hombre, hacia el cual debe girar su centro el derecho penal; se trata del respeto a **«la primacía de los derechos inalienables de la persona»**, que postula el artículo 5 de nuestra Constitución, que obliga a que la pretensión normativa de regulación de la vida social tenga que pasar por la cultura de la interpretación que no busque una justificación político-moral a la coerción sino socio-individual, pasando por la aceptación general, sin deslindarse de tiempo y lugar en que pretende operar el derecho, dirigido al hombre real, en toda su dimensión.

Dentro de este giro, no obstante todas las críticas que han llovido y seguirán lloviendo al Código Penal puesto en vigencia el 24 de julio del año que avanza, hay que abonarle que gira su centro de gravedad del principio de legalidad al de la dignidad humana, que es el primer artículo en vez de aquél, y desde allí se empieza a desgranar, siempre teniendo al hombre y sus derechos fundamentales como norte. Esto, en medio de las condiciones de violencia y desigualdad que asolan nuestro contexto actual, es una muestra de cómo, si el fundamento epistemológico es la conciencia de la humanidad, siempre será posible, por lo menos, una propuesta de interpretación que salvaguarde las garantías y limite la intervención estatal.

III. EJECUCIÓN DE LA PENA

Aquí me permito seguir a Foucault¹⁵ desde el interrogante sobre ¿Como es posible que partiendo de una teoría del derecho penal como la de Beccaría pueda llegarse a algo tan paradójico como la prisión? Y cabe agregar, cómo es posible que aún se mantenga a pesar de que hace tiempo se demostró su crisis; y el mismo Foucault da la razón cuando alude a su ambigüedad, porque realmente es todo y es nada, es un internado, un hospital o es el «depósito de hombres» en que se ha convertido. Nos jactamos de que han desaparecido los suplicios, nos avergonzamos de los siglos anteriores, con sus mazmorras, sus tormentos, descuartizamientos, decapitaciones, en los que se convocaba al pueblo al espectáculo de la ejecución de la pena, en la que el rey hacía participe al pueblo de la barbarie, como testigos, pero también como objeto de terror. En efecto, ya no se exhibe el cuerpo del reo descuartizado, amputado, marcado, quemado, decapitado, se ha abandonado el afán de revestir de ceremonial la ejecución pública, y ello porque las voces de protesta hacían ver la semejanza, y aún más, la superación del salvajismo, del castigo, al del crimen que se pretendía sancionar. Beccaría ya lo había dicho: «*El mismo asesinato que se nos representa como un crimen horrible, lo vemos cometer friamente sin remordimientos*». Así se convertía al verdugo en criminal, y a los jueces en autores de asesinatos.

El castigo empieza así a ocultarse, se vuelve la parte más escondida del proceso penal. Pero ello, no sólo ventajas apareja, pues si bien se sustrae de su carácter de espectáculo circense de horror y venganza, hace que al desaparecer de la vista pública, de la percepción cotidiana, entre en el mundo de la conciencia abstracta, y entonces triunfa el postulado de que lo que

¹⁵ Cfr. FOUCAULT, Michel. *Vigilar y Castigar: el nacimiento de la prisión*, 9ª edición en español. Siglo XXI, 1984.

debe primar es la certidumbre de ser castigado y no el horror del castigo, que es esto lo que aparta del crimen, no porque carezca de validez tal postulado, sino porque a través de él se oculta la ejecución, y la mecánica del castigo cambia sus formas. Ya la administración de justicia, que más que nunca se llamaría administración del dolor, pasa del espectáculo sangriento de la sanción a esta otra más refinada que es la prisión, de la que decimos que ha sido una conquista de la humanidad, pero yo les aseguro que las condiciones actuales harán que en unas décadas se sienta el mismo repudio que ahora sentimos hacia las prácticas medievales, y los bárbaros seremos nosotros.

La justicia no toma ya por sí misma la ejecución de la pena, ya no hay una glorificación de la fuerza y la barbarie. Si antes la ejecución misma era una vergüenza suplementaria que a la justicia le avergonzaba imponer al condenado, ahora se mantiene a distancia, más que eso, se olvida a dónde y cómo va a ir el hombre al que se condenó a prisión. Y aún hay quienes la rodean de motivos altruistas, de un sentido de protección y paternalismo, y hasta resulta fácil, si se repara en las funciones que se les adjudican a las penas. Sólo cabe recordar que los jueces y sus reos están atados a la misma rueda, a todos rige el derecho penal. Sólo se puede sobrevivir a eso reconstruyendo el papel de los jueces demócratas, que no sean más la boca de la ley, que exigía Beccaría en un grito desesperado por poner límites a la barbarie en su contexto de la época, y recoge de Montesquieu, con la misma desconfianza a los jueces, al contrario, que la sociedad actual tiene que volver la mirada esperanzada, para que se interprete la ley justa y se deseche la injusta, para que el sistema no siga avanzando a tumbos, prohijado de principio a fin, unas veces en forma coherente con los más encumbrados principios de legalidad y otras revolcándose en el lodo de la ignominia de los hombres vilipendiados, y todo cubierto por el manto de la legalidad, creando normas que se superponen las unas a las otras, de acuerdo con el contexto político del momento. La misión de los jueces no son las leyes sino la humanidad; es considerar al hombre como su elemento nuclear, en cualquier espacio en que éste se encuentre. Para no seguir negándonos a darle su verdadero alcance se requieren funcionarios comprometidos con el pensamiento, portaestandartes del Estado social de derecho, que les reclama ser unos reales dispensadores de justicia, que en el enfrentamiento entre justicia y ley siempre opten por el primero; que tengan compromiso con el pensamiento; que entiendan la justicia como un valor; que sean dignos y entiendan de dignidad como condición humana; que desechen el lastre del burocratismo; que dejen de ser tecnólogos de códigos y bajen de la jaula de leyes que les aprisiona el pensamiento a la realidad cotidiana del hombre y sus circunstancias, lo que ahora se ha tornado en imperativo cuando desde el

artículo 56 del Código Penal de 2000 se ha reconocido la disminución de la exigibilidad, y por tanto el atenuante punitivo; cuando la conducta punible se realiza «*bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad*».

EPÍLOGO

- Del derecho penal se ha dicho que es «el brazo armado de la Constitución». Penosamente se podría aceptar esta afirmación dentro de un Estado social y democrático de derecho, pues en tanto que «arma», sólo puede generar temor, lo que obligaría a preferir inclusive a Dworkin cuando en el prefacio del citado *Imperio de la Justicia* dictamina que «la ley es espada, escudo y amenaza», pues por lo menos deja el refugio del escudo, cuyo espectro se puede ampliar, para repudiar la existencia de leyes sin derechos; pero no resulta del todo inconveniente reconocerle la calidad de «arma» para que se genere la obligación de su manejo prudencial, igual que con toda arma, más cuando la mayoría ignora de qué manera tan grave se encuentra apuntando a su cabeza.
- Tal circunstancia tiene necesariamente que reorientar la teorización en vez de ceder a los cantos de sirena de la prevención general negativa, pues bajo la amenaza, que se torna inane, en tanto la desconoce la mayoría, y el ciudadano con conocimientos especiales, que es la minoría, sólo se puede sentir violentado ante una espada que sin necesidad se le blande, fácilmente empieza a recorrer el camino de la intimidación y el terror ciudadano, del que, desde la óptica del positivismo, estaremos llamados apenas como testigos convalidadores cuando esa espada caiga sobre los ciudadanos. Es lo deseable, que la pena transite por la prevención general positiva, que dentro de un Estado Social de derecho tendría como función la regulación activa de la vida social, y por tanto sólo en esa medida tolerable; por lo que ya ante su concretización, siempre tendría que retroceder ante su necesidad frente al individuo. Es decir que aún el conflicto entre la prevención general positiva y la prevención especial deberá ser resuelto en favor de este último; aspiración que ha sido recogida en el nuevo Código Penal a través del principio de necesidad de la pena –art. 3–, al que le da vida en el 34, cuando viabiliza la prescindencia de la pena en los eventos de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, «*cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor, a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo*

grado de afinidad»; y también en el 124, con el que el legislador le sale al paso a la etización que subyace en la penalización del aborto, cuando primero reconoce el atenuante punitivo para el aborto que se realice «cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas», y avanza, para posibilitar que se prescindiera de la pena cuando realizado el aborto «en extraordinarias condiciones de anormalidad», ella no resulte necesaria en el caso concreto párrafo a propósito del cual sostuvo la Corte Constitucional al sostener su exequibilidad:

- «La utilidad de la pena, de manera ineluctable, supone la necesidad social de la misma; o sea que, en caso contrario, la pena es inútil y, en consecuencia, imponerla deviene en notoria injusticia, o en el regreso a la ley del talión, que suponía la concepción de la pena como un castigo para devolver un mal con otro, es decir, la utilización del poder del Estado, con la fuerza que le es propia, como un instrumento de violencia y vindicta institucional con respecto al individuo, criterio punitivo éste cuya obsolescencia se reconoce de manera unánime en las sociedades democráticas»¹⁶, que cabe agregar, en términos racionales, ni exige ni se escandaliza por el no castigo de estos hechos.
- La pena, entonces, tiene que retomar estrictamente los principios de necesidad y proporcionalidad, pero traspasados por la primacía de la dignidad de la persona, como cristalización del principio de humanidad. Si se ha dejado de lado en los siglos el flagelar el cuerpo humano para el castigo de los delitos, si sólo se priva del bien jurídico de la libertad como consecuencia jurídica de la pena, aunque para ello, claro está, tengamos que encarcelar el cuerpo, no hay ninguna razón para que persistan las penas innecesarias, y los tratos crueles, inhumanos y degradantes, que rechaza la Constitución de 1991. Y, en ese orden, el artículo 4 de la nueva codificación punitiva, que pretendió emularla, establece como funciones de la pena las de «prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena». Se aprecia entonces cómo se renuncia a legitimar el derecho penal sólo a través del castigo. Pero ello es quitarle todo rango de protección al bien jurídico y abrir la compuerta para que se tuerzan los hilos que se tejen entre pena y expiación, delito y pecado, poder y derecho.

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-647/2001, 20 de junio. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

- Hay que rescatar la pena del lugar de olvido donde se encuentra, para ubicarla como principal actora del derecho penal. Es por allí, inclusive, donde se debe empezar el estudio del área; es allí donde finalmente va a desembocar toda la problemática; es allí donde se recoge la esencia, la postura ideológica y epistemológica del derecho penal. Y siendo coherentes con este pensamiento, hay que reclamar los alcances de la preservación del principio de legalidad, no para quedarse en él, y no sólo en la definición de qué es delito y cuál es la pena que se le impone, sino que tiene que concretarse en la ejecución, con el propósito de reclamar la legalidad del delito, de la pena y de la ejecución. Esto conlleva a que salga de la oscuridad, a que se debele frente a la sociedad, y definitivamente a que se judicialice, pues el principio de legalidad no se puede agotar en el simple formalismo de fijar para ciertos hechos la pena correspondiente, sino que la consecuencia jurídica del delito, para que satisfaga el requerimiento social, debe señalar su duración, precisar su naturaleza, que respete en grado máximo el principio de la humanidad, y en toda su integridad la dignidad del hombre. Y esto no se logra en tanto no se extienda la protección estrictamente legal sobre el régimen de ejecución, que igualmente tiene que respetar los atributos básicos de la personalidad, la vida, la igualdad, la dignidad, que dentro de la asepsia de la pena moderna formalmente no se tocan pero materialmente se destruyen.

- Si bien hay que reivindicar la eficacia de limitación punitiva del principio de legalidad, el derecho penal ya no puede seguirse sosteniendo sólo en él, pues como ya se dijo, debe ser trascendido para darle vigor a la Constitución, transida de valores superiores que hagan del hombre su centro, con un nuevo perfil, que le posibilite la construcción de un orden justo, que proporcione seguridad jurídica, pero permeada por la aceptación social de una concepción democrática; para que así los vaivenes normativos, bajo el manto aparente de legitimidad, no nos lleven a tener que lanzar el lamento del Zadig de Voltaire, cuando hizo propósito de guardar silencio por haber sido sancionado, primero, por sostener, ciertamente, que no había visto ni sabido nunca de la perra de la reina y del caballo del rey, previo pago de la multa, para poder defenderse, luego de lo cual se le absolvió bajo la admiración de todos, por su profundo discernimiento, no obstante la multa de cuatrocientas onzas, que *«el escribano, los ujieres, los procuradores fueron a su casa con gran pompa a devolvérsela, retuvieron la suma de trescientos noventa y ocho por las costas del juicio»*; pero posteriormente, como al ser indagado acerca de un prisionero de Estado que se había escapado y pasó bajo las ventanas de su casa, no contestara nada, pero se le demostrara que sí había mirado por la ventana, se le condenó por ese crimen a quinientas onzas de oro y dio gracias a los jueces por su indulgencia, como es costumbre en Babilonia, clamando:

¡Vive Dios!, se dijo para sus adentros. ¡Qué digno de lástima es uno cuando se pasea por un bosque por el que han pasado la perra de la reina y el caballo del rey! ¡Qué peligroso es asomarse a la ventana! ¡Y qué difícil es ser feliz en esta vida! (Voltaire, 1985)¹⁷.

■ *Ut supra*

Culminadas estas notas llega a mis manos el proyecto de acto legislativo por medio del cual se pretende modificar la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación. Con largueza se podría escribir sobre ello; baste por ahora la perplejidad que suscita el imaginar que se pueda revestir al Presidente de facultades para que «expida un nuevo Código de Procedimiento Penal», lo que es, sin más, volver por los fueros, que se estimaban superados, de la violación del principio de reserva, que nuestra Constitución establece en su artículo 150-10, no sólo bajo la atribución general al Congreso de hacer las leyes, sino con la prohibición expresa de conferir facultades al Presidente para expedir códigos, y menos con la categoría de Ley estatutaria, pues por antonomasia el Código de Procedimiento Penal establece los «*procedimientos y recursos para la protección del derecho fundamental a la libertad de las personas*», que es la primera materia que prevé el artículo 152 de la Carta. Pero ésta es tan sólo otra muestra más de la desvalorización de la Constitución, que, a cambio, con la terquedad que amerita la facilidad con que se deja de lado por los «legisladores» de turno, hace necesario que una y otra vez se proclame como fundamento y límite insoslayable del poder punitivo, que en un Estado social y democrático por lo menos debe ser coherente y respetuoso de las normas superiores, que le dan vida a través del reconocimiento del individuo, a menos que, como se dijo, renuncie a seguirse llamando «derecho».

¹⁷ Citado por Umberto Eco, «Cuernos, Cascos, Zapatos. Algunas Hipótesis sobre tres tipos de Abducción». En: *El signo de los tres*. Barcelona, Lumen, 1989, p. 278.