

Una propuesta políticamente justa en teoría de la pena para Colombia

Ricardo Antonio Méndez Díaz

*Abogado Especialista en Derecho Penal y Ciencias Forenses (Universidad Católica de Colombia).
Candidato a Magíster en Ciencias Penales y Criminológicas (Universidad Externado de Colombia).
Docente del Programa de Derecho de la Universidad Autónoma del Caribe.*

Recibido: Mayo 2007
Aceptado: Septiembre 2007

RESUMEN

En materia de Derecho Penal se ha señalado como base que a partir del principio de Legalidad (Tipicidad), se constituye la Teoría de la Pena (donde se entiende que la pena es la consecuencia última de todo delito). De no ser así, ella pertenecería al derecho privado, pues en su origen el Derecho de Penas es del derecho privado, en un Estado en el cual existía la pena de muerte, la tortura, los malos tratos y la deportación; y donde ese verdugo que las ejecutaba debía estar legitimado (Por el contenido de violencia en los actos del verdugo – ius talionis). Se puede decir que surge entonces la cuarta categoría del delito, la punibilidad, cuya función consiste en valorar si la pena es necesaria en el caso concreto.

Palabras Claves: *Pena, Justicia, Política Criminal, velo de la Ignorancia, Intuicionismo y Utilitarismo.*

ABSTRACT

In subject of Penal Right, has signalled like base, that from the principle of Lawfulness (Tipicidad), constitutes the Theory of the Penalty (where understand that the penalty is the consequence last of all crime). Of not being like this, she, belonged to the private right, pues in his origin the Right of Penalties is of the private right, in a State in which existed the penalty of death, the torture, the bad deals and the deportation; and where this hangman that executed them had to be legitimated (By the content of violence in the acts of the hangman – ius talionis). Can say that it arises then the fourth category of the crime, The Punibilidad, cuya function consists in valuing if the penalty is necessary in the concrete case.

Key words: *Penalty, Justicia, Politics Criminal, veil of the Ignorance, Intuicionismo and Utilitarismo.*

La Teoría de la Justicia de Rawls

Considero acertado, el remontarnos inicialmente a *John Rawls*, entiendo que en él se construyen dos principios sobre los cuales basar la noción de *Justicia Social* a partir de una po-

sición original equivalente al contrato social de los filósofos políticos clásicos. Es por ello, por lo que reclama desde sus más íntimos pensamientos que las instituciones básicas cuando no son justas (*Justicia Imparcial*) a una sociedad, ellas deben ser sometidas inmediatamente a cambios.

Es ahí, cuando desde su *Teoría de la Justicia* (1971)¹, pretende retomar sus bases en el intuicionismo (*Intuición – relación de trato intelectual con el objeto y justificada en el Pensar Metódico*) y el utilitarismo; entendiendo el primero como una pluralidad de principios de justicia vinculados a cada persona individual, los cuales debemos aplicarlos según nuestras intuiciones (*poder de intuición moral*), y el segundo: se presenta como una teoría capaz (*ya sea por el bienestar de la mayoría*) de ordenar diferentes alternativas de acción frente a conflictos morales y dar respuesta a las disputas que se suscitan en ese orden, cosa que no podía entregar el primero.

Si asumimos de forma crítica la posición de Rawls, debemos empezar concluyendo de lo anterior que:

- El utilitarismo², tiende a ver a la sociedad como un cuerpo, donde resulta posible sacrificar a una parte en razón de las otras. Allí se hace importante la idea de Independencia, División y Separabilidad de las gentes.
- El bienestar no es lo que requiere toda la atención normativa, pues esto implicaría entender a los individuos como “*simples portadores pasivos de deseos*”.
- El utilitarismo es ciego ante las violaciones a los derechos, constitutivas de una intuición bastante fuerte, amparadas en nombre del bienestar general.
- También se le objeta falta de conciencia, en la medida que la proveniencia de las preferencias puede ser cuestionable, o la expresión de las preferencias puede sufrir distorsiones, o simplemente no toma en consideración opciones posibles por no tener conocimiento de ellas.
- La fidelidad al sistema social puede exigir que algunos, en particular los menos favorecidos, tengan que renunciar a ciertas ventajas en aras del mayor bien colectivo.

1 RAWLS, John. *La teoría de la justicia* (1971). Tomado de: The Ayn Rand Letter Vol. II, No. 10 Febrero 12 de 1973. Muchos filósofos y economistas creen que Rawls hizo una importante contribución a la filosofía política. Otros encuentran que el trabajo de Rawls no es convincente y está muy alejado de la praxis política. Sí que hay un consenso general en que la publicación de *Teoría de la Justicia* en 1971 conllevó una reactivación de la filosofía política. La obra de Rawls es multidisciplinar, y ha recibido especial atención por parte de economistas, politólogos, sociólogos y teólogos. Rawls es el único entre los filósofos políticos contemporáneos que ha sido frecuentemente citado por las Cortes de los Estados Unidos.

2 RAWLS, John. Un acto es correcto cuando maximiza el bienestar social o suma promedio de utilidades de los miembros de la sociedad. Es así, una concepción teleológica o consecuencialista, esto es, la corrección moral de un acto depende de su capacidad para producir un estado de cosas previamente valorado.

- El intuicionismo³, no entrega una herramienta para aplicar o jerarquizar intuiciones.
- Tampoco nos da criterios para reconocer intuiciones correctas. Sin embargo, no podemos eliminar a nuestras intuiciones del programa de búsqueda de los principios correctos de justicia.
- El intuicionismo se vincula a la noción kantiana de inviolabilidad y dignidad de la persona.

Frente al intuicionismo y al utilitarismo Rawls se vincula a una tercera tradición, que no es propiamente de filosofía moral, sino de filosofía política: el Contractualismo. Históricamente la idea del *contrato social* es usada para explicar el poder del Estado. El liberalismo (su obra el *Liberalismo Político*), es proclive a usar el argumento del contrato en la medida que pone acento en la idea de autonomía de los individuos, encuentra fuerza en la idea de que la propuesta sobre justicia, es o podría ser aceptada por los afectados por ella. La idea del contrato explica que debemos obedecer aquellas normas que nos hemos comprometido a cumplir justamente por eso, por que nos comprometimos⁴.

Si revisamos El Contrato Hobbesiano, este es un acuerdo que todos firmaríamos de encontrarnos en el estado de naturaleza, pues establece reglas mutuamente beneficiosas. El Contrato Hobbesiano se plantea por tanto como un acuerdo real; lo cual implica que no habría incentivos para tratar como iguales a los más débiles, siendo esto contraintuitivo en la búsqueda de la justicia⁵. En *Hobbes* la regla de que se deben omitir las penas inútiles: “*En la venganza -la retribución de un mal mediante otro mal- no se debe observar la magnitud del mal ocasionado sino la utilidad de cara al futuro. De aquí se deriva la prohibición de castigar con otra intención que no sea la mejora del autor o la dirección de otras personas*”.

3 BRUGGER, Walter. *Diccionario de filosofía*. Editorial Herder, Barcelona, 1988. pp. 319 – 322 ss. Intuición sensorial, intuición intelectual, intellectus principiorum, intellectus y ratio.

4 RAWLS, John. *La teoría de la justicia* (1971). Frente al intuicionismo y al utilitarismo Rawls se vincula a una tercera tradición, que no es propiamente de filosofía moral, sino de filosofía política: el Contractualismo (véase, la distinción entre filosofía moral y filosofía política). Tal como el de Kant, es un acuerdo que firmaríamos si nos encontráramos en determinadas condiciones ideales, en las cuales se representan nuestras características de seres libres e iguales. Pero, ¿para que nos sirve saber que acuerdo hubiésemos firmado en condiciones ideales, si no tienen nada que ver con nuestra vida real? La idea central del contrato rawlsiano – según Wolf – es el juego de regateo que tenía por finalidad entregar un principio moral, sin premisas sustantivas. El juego de regateo se basa en una negociación entre sujetos, que pretende llegar a una acuerdo unánime sobre los principios que servirán de criterios para valorar sus instituciones y sus costumbres.

5 RAWLS, John. *La teoría de la justicia* (1971). Tipos de contrato.

El contrato para *Rawls*, no es más que un recurso teórico para afirmar el igual estatus moral de las personas (*su igual importancia*) y así construir unos principios de justicia a la luz de los cuales se pueda juzgar a las instituciones fundamentales de la sociedad. El objetivo del contrato es el establecimiento de ciertos principios de justicia, que regirán las instituciones básicas de la sociedad (*la estructura básica*) y no servirán para solucionar casos particulares.

Dichos principios sólo se aplican en sociedades bien ordenadas. Ésta es aquella orientada a promover el bien de sus miembros, esto es, donde priman las circunstancias de la justicia. Sociedades en que existe una superabundancia de bienes o una carencia de ellos, o donde las personas son física y mentalmente muy diferentes no calzan dentro de este perfil.

Para *Rawls*, no existe un criterio sustantivo para determinar lo que exige la justicia (*Procedimental*). Sin embargo existen procedimientos que nos pueden dar una ayuda para llegar a resultados equitativos. Existen por tanto:

- Justicia Procedimental Pura. No se sabe cual es el resultado que se quiere lograr, pero el procedimiento establece un resultado equitativo.
- Justicia Procedimental Perfecta. Existe un procedimiento que es capaz de garantizar que siempre se arribara a un resultado juzgado como deseado.
- Justicia Procedimental Imperfecta. Existe un resultado querido, que juega como criterio de evaluación del éxito del procedimiento, pero sin embargo no existe un procedimiento capaz de garantizar el éxito en la búsqueda de tal resultado. Según Rawls, en la búsqueda de los principios de justicia nos encontramos en una situación de Justicia Procedimental Pura.

*Rawls*⁶ argumentó sus dos principios (Libertad y Diferencia) basándose en la premisa de la posición original, según la cual los individuos bajo un *Velo de la Ignorancia* elegirían los principios de la justicia. La posición original tiene que ser entendida como un desarrollo de las teorías del Contrato Social asociadas con

6 En su célebre obra, Teoría de la Justicia, Rawls argumentó sus dos principios basándose en la premisa de la posición original, según la cual los individuos bajo un velo de la ignorancia elegirían los principios de la justicia. La posición original tiene que ser entendida como un desarrollo de las teorías del Contrato Social asociadas con *Hobbes* (Todos contra todos), *Rousseau* (El hombre es bueno), *Locke* y *Kant*, siendo la obra de éste último crucial para Rawls. Rawls argumentó que las partes en la posición original adoptarían los dos principios de la justicia para gobernar la estructura básica de la sociedad. Rawls defiende el método que denomina "equilibrio reflexivo", que compara los resultados obtenidos en la posición original con nuestros juicios particulares. Todos coinciden en que el contrato se justifica en que lo adopta la mayoría, una mayoría mecánica como facticidad, como hecho histórico.

.....
"Los dos principios de la justicia son el principio de la Libertad y el principio de la Diferencia. Los dos principios se aplican sólo a la estructura básica de la sociedad, pero no a las acciones de los particulares o del gobierno".

Hobbes (Todos contra todos - "*bellum omnium contra omnes*"), *Rousseau* (*El hombre es bueno*), *Locke* y *Kant*, siendo la obra de éste último crucial para él.

Los dos principios de la justicia son el principio de la Libertad y el principio de la Diferencia. Los dos principios se aplican sólo a la estructura básica de la sociedad, pero no a las acciones de los particulares o del gobierno. El principio de la libertad requiere que la estructura básica ofrezca al ciudadano un esquema de libertades básicas, como la libertad de pensamiento, libertad de expresión, entre otros. De otro lado, el principio de la diferencia permite las desigualdades sólo cuando beneficien al grupo social menos aventajado. *Rawls* afirma que los dos principios están léxicamente ordenados, teniendo prioridad el principio de la libertad sobre el de la diferencia en caso de conflicto⁷.

La *Teoría del Velo de la Ignorancia* es utilizada por *Rawls* para llegar a los dos principios de la justicia. El velo de la ignorancia consiste en que cuando las personas eligen los principios de la justicia no saben cuales van a ser sus circunstancias específicas (*tanto como la posición social ocupada*)⁸. Razón por la cual, los principios que emergerán del velo de la ignorancia pueden ser considerados justos.

La teoría ha de considerarse como un medidor de equidad de los principios de la justicia; por esto, los principios que no emergieran del velo de la ignorancia no serían aceptables, y por esto se deben excluir. La misma funciona como un mecanismo revelador que nos permite alcanzar los principios de la justicia y se nos presenta como un punto de vista desde el cual los principios de la justicia deberían ser examinados⁹.

7 Método: la posición original y el equilibrio reflexivo.

8 Rawls revisó los dos principios posteriormente. "Teoría de la Justicia" contiene la primera y más citada versión de los principios, pero Rawls los modificó en "Liberalismo Político" y "Justicia como Equidad". Las tres obras deberían ser consultadas para un análisis completo del contenido y significado de los dos principios.

9 El mismo Rawls acepta que las condiciones originales son inusuales. El objetivo de la idea del velo de la ignorancia es el de utilizar este concepto como un test sobre la equidad de los principios de la justicia. Los principios que no emergieran del velo de la ignorancia no serían aceptables. Los principios que se propondrían si las circunstancias futuras de un individuo se supieran, se deben excluir.

La teoría de *Rawls* dentro de las teorías liberales de la justicia puede ser tildada de igualitaria. Las implicaciones que el igualitarismo tienen dentro de la teoría de la justicia dice relación con el modo en como afecta la distribución de los beneficios producto de la cooperación social.

En las sociedades las desigualdades (*de todo tipo*) entre sus miembros tienen dos explicaciones: la arbitrariedad o la responsabilidad. La desigualdad por arbitrariedad implica que las características que las personas no pueden controlar de sí mismas. Esas circunstancias suelen vincularse a la posesión de ciertos bienes o ciertos talentos personales (*también la desigualdad puede ser instaurada mediante discriminaciones*)¹⁰. La desigualdad por responsabilidad responde a cierto estado de cosas que pueden ser imputables a decisiones tomadas conscientemente por los individuos en quienes repercuten.

En este escenario el igualitarismo pretende dirigir las instituciones del Estado a procesar los hechos de la naturaleza frutos de la arbitrariedad de una forma no pasiva, sino intentando aplacar su fuerza, e intentando hacer cargar a los individuos únicamente con las consecuencias que se siguen de sus propias elecciones. Pagar el costo de sus elecciones, es una máxima que conecta la teoría de la justicia igualitaria con el principio de autonomía kantiano.

No es contra las instituciones sociales contra las que *Rawls* se rebela, sino contra la existencia del talento humano. No contra los privilegios políticos, sino contra la realidad. No contra los favores gubernamentales, sino contra la naturaleza (*contra aquellos que "han sido favorecidos por la naturaleza", como si un término como "favor" pudiese ser aplicado aquí*). No contra la injusticia social, sino contra el hecho de que algunos hombres nacen con mejores cerebros y hacen mejor uso de ellos que otros¹¹. La nueva "teo-

10 La obra de Rawls recibió su réplica por parte del libertario Robert Nozick, compañero de Rawls en Harvard. De hecho actualmente "Teoría de la justicia" de Rawls y "Anarquía, estado y utopía" de Nozick son obras que se examinan conjuntamente para analizar los puntos en desacuerdo entre los social-liberales y los libertarios. El liberalismo de Rawls también ha recibido fuertes críticas por parte de comunitaristas como Michael Sandel. Entre los filósofos que han intentado mejorar o esclarecer "Teoría de la justicia" destaca Martha Nussbaum, que ha reinterpretado los argumentos de Rawls en términos de capacidades o "libertades sustanciales", un concepto prestado de Amartya Sen.

11 Liberalismo político. La última obra de Rawls se centró en la cuestión de la estabilidad: ¿puede perdurar una sociedad que se base en los dos principios de la justicia? Su respuesta a esta cuestión se encuentra en una colección de conferencias titulada "Liberalismo Político". En Liberalismo político Rawls introdujo la idea de la superposición del consenso-- o acuerdo sobre la justicia como equidad entre ciudadanos que pertenecen a distintas religiones y visiones filosóficas (o concepciones del bien). Liberalismo político también introdujo la idea de la razón pública--la razón común de todos los ciudadanos.

ría de la justicia" exige que los hombres contrarresten la "injusticia" de la naturaleza mediante la institucionalización de la más obscuramente impensable injusticia: De privar a aquellos "favorecidos por la naturaleza" (*esto es, las personas con talento, inteligentes, creativas*) del derecho al fruto de su trabajo (el derecho a la vida) y conceder a los incompetentes, los estúpidos, los vagos el derecho al disfrute de bienes que no podrían producir, no podrían imaginar y ni siquiera sabrían qué hacer con ellos.

Propuesta políticamente justa de la pena

Pretendiendo marcar derroteros frente al controvertido tema de la teoría de la pena, considero pertinente apoyarme inicialmente afirmando como debe entenderse el concepto de Justicia desde las bases de la Construcción Política (*Consenso*) y la Ley (*como herramientas de control*). La sociedad requiere de equilibrio para funcionar y es a través de los estudios sociológicos (*Funcionalistas*) como debe recuperarse la armonía alterada o perdida por comportamientos sociales que representan desviación, oposición o desorden frente a valores sociales establecidos. Es por medio del *Contrato Social* y de la noción *Consensual* que se expresa un Estado como liberal y democrático de Derecho, orientado siempre en la búsqueda del bien común, desde un punto de vista neutral, rechazando los atentados directos de esta visión social contractual y consensual que provocan los desadaptados con la ejecución de su conducta criminal.

Por las líneas de *Feuerbach*, manifestando que he de compartir su consideración de que la imposición efectiva de la pena debe mantenerse en el de la retribución justa ajena a los fines de la libertad, la liberalidad y de la democracia social¹².

Si bien apoyo los criterios de libertad que en él se emplean, aduciendo con ellos que si el hombre es un ser social y útil para ella, deberá ser ello lo que permita conducirlo dentro de los parámetros de la libertad, entendida esta, como el comprender que con la libertad de cualquier hombre y se deberá respetar la libertad de los demás toda vez que asumimos la convivencia social y es en ella donde reposa todo moviendo, de todo aquel, que se proclame libre. Para la constitución de la sociedad civil "*organizada*", es decir, como Estado, deberá dotarse de la violencia coactiva (*mediante la pena*) que es necesaria para poder imponer los derechos; la finalidad del

12 JAKOBS, Gunther. La pena estatal: significado y finalidad. Editorial CIVITAS, Madrid 2006. pp. 22 – 32 ss. Según Feuerbach el fin sólo se consigue si la pena amenazante tiene una entidad superior a la inclinación a cometer el hecho. En este contexto, en su opinión, resulta completamente indiferente si el uso del derecho es o no una conducta moral siempre que otro no quede sometido.

Estado es por consiguiente, la de garantizar a los conciudadanos el respeto y la permanencia de sus derechos al interior de unas normas políticamente aceptadas.

El grado de despersonalización del ser que delinque (*el cual no apoya*) a través del dolor queda librado al grado de seguridad y libertad social que el Estado en justicia haya alcanzado y esto solo se ve reflejado con la imposición real de la pena. Muy a pesar de que por ello (*la ejecución del delito*), se debe reconocer que solo aquel sujeto que puede entrar en los ámbitos de la culpabilidad penal podrá ser aceptado dentro del concepto de persona.

Concretamente, no puede entonces desconocerse que el reconocimiento de la sociedad civil, invita al reconocimiento de una sociedad organizada como estado y que esta a su vez exige la aplicabilidad de la violencia como forma de respuesta ante quien pone en peligro las reglas de convivencia y por ende los bienes jurídicos de los demás, quienes deben gozar de libertad para el desarrollo de ellos; como diría Feuerbach: "*la recíproca libertad de todos los ciudadanos*". Razón esta que permite admitir que el derecho debe dentro de sus facultades actuar con violencia frente a quien quiere deteriorarlo, será entonces el concepto de la pena lo que permitirá con amparo en la democracia legitimar ese castigo merecido por la infracción.

Es entonces, con la finalidad (*dentro del concepto de reciprocidad de libertad a los ciudadanos*) como el Estado el que debe asegurarse y así terminar asegurándonos frente a las ofensas de aquellos que no saben dirigir su libertad dentro de las reglas del orden justo. Es de entender que cada ofensa entonces contradice la finalidad de asociación en un Estado, por parte de los ciudadanos desadaptados y por ello, se concluye que el fin será el de excluir por completo los males, las ofensas o daños que puedan llegar a poner a los coasociados en inminente peligro al interior de la sociedad.

De lo anterior, no podré concebir una amenaza de la pena como función que pretenda darle solución a una sociedad sumergida en un conflicto social mediante esa intimidación o coacción psicológica de la pena (*Como la considera Feuerbach*) cuando la función considero debe ser mucho más acertada y ajustada a la realidad que cada Estado dentro de sus conflictos interiores vive y asume. Obviamente el delito no puede causarse si, previo a él, el delincuente no tiene presente que se someterá y expone a una pena de ser capturado (*Aun cuando éste, erróneamente considere que no será sometido, ni siquiera a la captura*). En una

sociedad no puede aceptarse la amenaza si no se están aquellas consecuencias lícitamente toleradas por una persona en derecho, ya que estas no podrán ser reclamadas por el titular del derecho de manera arbitraria, sino siempre sometido al imperio y respeto por la ley mayor (*La Constitución Nacional*).

Me apoyaré a continuación sobre los argumentos de Niklas Luhmann¹³ (*Acoplamiento estructural entre los sistemas mismos*), bien son los sistemas de comunicación y de conciencias, en donde cabe aceptar el acoplamiento estructural mediante el idioma, y trabaja de manera individual para pueda la conciencia percibir y recoger la información.

La Constitución, es el acoplamiento estructural por excelencia entre el Sistema Político y el Sistema Jurídico (*Derecho General*) al convertirse en normas. Por eso, la política observa el derecho penal como el instrumento que facilita la realización de los fines políticos en general (*Con su intérprete y acoplador inicial entre los dos sistemas*). Hace que lo político tenga repercusión y sentido en el ámbito Jurídico Penal, y el Derecho Penal recoge esa discusión y le da la legitimidad a las discusiones de la discusión Política (*Gobierno – Gobernados*).

Lo que hace la Constitución es procurar discusiones políticas realmente discutidas para que operen en el ámbito del derecho bajo los rumbos propios del derecho y con ello encontrar Soluciones Jurídicas para los problemas políticos que puedan presentarse (*de Ida y Regreso*), hace que un derecho penal sea más democrático y que tenga legitimidad. Acoplamiento entre el concepto de *bien jurídico*, el concepto de *persona* y el concepto de *la pena*.

Tratando de visionar un modelo de la teoría de la pena considero que se debe partir de que la sociedad en si misma es Comunicación, que interacciona a todos los integrantes de la sociedad para que ellos en su conjunto presenta también determinados

13 Luhmann, Niklas. (8 diciembre de 1927 - 12 noviembre de 1998). Nació en Lüneburg, Baja Sajonia, Alemania, en 1927. A los 17 años fue obligado a formar parte de la aviación nazi. Detenido por las tropas norteamericanas en Alemania, recobró la libertad y comenzó los estudios de derecho en Friburgo, donde se doctoró en 1949. Funcionario civil desde 1954, gozó de una excedencia (1960-61) para viajar a Estados Unidos y estudiar sociología cerca de Talcott Parsons en la Universidad de Harvard en Boston, que ejerce una influencia significativa en su pensamiento. En 1964 publica su primer libro, *Funktionen und Folgen formaler Organisation* (Duncker & Humblot, Berlín, 1964), e ingresa un año después en la Universidad de Münster en Dortmund, donde se doctora en sociología política en 1967, al tiempo que inicia su actividad docente. En 1968 se establece en Bielefeld, en cuya Universidad permanecerá el resto de su carrera, como catedrático y, desde 1993, como emérito. Aunque la idea de la comunicación está presente en gran parte de su obra, a mediados de los años 90 apareció *Die Realität der Massenmedien*, Westdt. Verlag, Opladen, 1995.

mensajes, determinados símbolos que son leídos por todos nosotros de manera conjunta cuando hablamos del fenómeno del Delito y cuando hablamos de la reacción que hay frente al delito que es la Pena en otro mensaje determinado.

Ya en el plano de la comunicación un derecho penal funcional en sentido estricto atribuye ya significados tanto a la acción delictiva, ósea el delito en sí, como a la pena en un ámbito simbólico como reacción al restablecimiento de la vigencia de la norma (así como lo plantea la teoría de Jakobs¹⁴).

Deber es, considerar que en la pena también debe reconocerse como primera forma de reparación de un derecho vulnerado a la *restitución del derecho: o restablecimiento* de la situación a aquella que se tenía antes de la violación del derecho. La restitución, que acompaña a la pena, entonces implica restablecer a la víctima, entre otras situaciones, el ejercicio y disfrute de las libertades individuales y los derechos humanos, la vida familiar, el empleo y los bienes perdidos por esta como causa de las violaciones a sus derechos cometidas por quien delinque, así como garantizar según el caso el regreso, por ejemplo si se quiere, a su lugar de residencia. Por consiguiente, los destinatarios de la pena no son sólo el autor en cuestión y otros delincuentes que ya tienen tendencia a cometer el hecho, sino las personas fieles al ordenamiento, es decir, la gran masa de éstas: deben conservar su fidelidad al Derecho y su confianza en la norma¹⁵.

La pena debe tener estrechamente vinculada al efectivo compromiso del sentenciado, para no volver intencionalmente a incurrir nuevamente en conductas delictivas que lo alejen (*de pretensiones sociales a las que el también pertenece*) socialmente, cualquiera que sea su naturaleza, contribuyendo efectivamente a la pena con beneficios alternativos como modos

14 JAKOBS, Gunther. La pena estatal: significado y finalidad. Editorial CIVITAS, Madrid 2006.

15 JAKOBS, Gunther. La pena estatal: significado y finalidad. Editorial CIVITAS, Madrid 2006. pp. 43 – 58 ss. El deber de reparación del autor. Si bien este contexto de fines -la pena para el mantenimiento de una vigencia de la norma que resulte realmente orientativa- probablemente no necesite de ulterior explicación, sí que es necesario explicar si -y en caso afirmativo, en qué medida- es legítimo perseguirlo, y para el tratamiento de este problema hay que recordar con carácter previo que el fin a alcanzar no consiste en absoluto en una seguridad completa frente a los delitos (como postulaba Feuerbach al menos en la formulación por él utilizada), sino en la vigencia del ordenamiento jurídico. En Derecho penal, no se trata de modo primario de prevenir delitos -de esto ha de ocuparse principalmente la policía-, sino de una reacción frente al delito que asegure que la fidelidad al ordenamiento jurídico se mantenga como actitud natural de la mayoría de todas las personas, por lo que las víctimas potenciales puedan tener la certeza de que no sólo tienen derecho a ejercer sus derechos, sino que podrán ejercerlos quedando incólumes, a menos que se ubiquen en los márgenes de la sociedad.

de no adquirir sinsabores en resentimientos que nos alejen de la paz. Esto dentro de los terrenos de las garantías o compromisos adquiridos de su no repetición, de las medidas de restitución del derecho, de las medidas de la indemnización o compensación, de las medidas de rehabilitación (*Restablecimiento de la integridad física, psicológica, moral, legal y ocupacional de la víctima*) y de las medidas de satisfacción (*A reivindicar la dignidad, el honor y la honra de la víctima*), que atienden a la garantía del derecho a la verdad.

En el ámbito político criminal se entiende hoy en día de que la pena no puede ser hoy persecución y debe ser superada por criterios preventivos. Por eso para no alejar al juez de su naturalidad con el tema de la pena, este deberá involucrarse al momento de aplicarla tratando de unir los sistemas de Política (*Sub. Sistema de Política Criminal*), sistema Jurídico (*Jurídico Penal*) y el sistema de Judicialización de la Pena.

Así entonces, también podríamos aceptar como propuesta una separación de carácter radical entre la política criminal y el derecho penal, por sus propias estructuras, se radicaliza de esta forma, si así se quisiera, la separación entre la política criminal y el derecho penal; ambos serían sistemas caracterizados por su propia auto referencia, es decir, trabajarían para sí mismos y con sus propios presupuestos cada uno de ellos y no se tendrían por que recoger contenidos de cada uno para resolver los problemas en el ámbito del otro, se presentaría una auto reproducción del sistema presupuesto, bajo sus propios elementos, bajo sus propios condicionamientos, pero siempre al interior del propio sistema. Esto no es lo que propongo y siento al tratar de explicarlo la desnaturalización de la política del derecho si se aceptáramos como modelos de solución la separación de sistemas que en la construcción de bases que justifiquen la pena debilitarían su estructura, como el cartón grueso y duro que sirve de techo a un hogar, mientras es tocado por la fuerza del agua en la tormenta sopla y llueve.

Es así, que la pena debe darnos a los coasociados medios mínimos y menos lesivos entre los medios de defensa adecuados para poder rechazar la puesta en peligro de un bien jurídico del cual somos titulares. Esto reconoce la personalidad que no pierde el ser humano (*Delincuente, por ese solo hecho*) cuando es autor de un delito, su estadio de personalidad, de ser persona y no se le suspende tampoco esa calidad de humano, a pesar de ser el más bajo de los delincuentes.

Es por eso, por lo que hay que tratar de entender que es el sistema penal, y del derecho penal en general

quienes se encuentran en función de la sociedad, se encuentran en función de la sociedad como principal proveedor de servicios, principal cliente y no es a lo política la cual ha de servir el derecho penal; sino a la sociedad en si misma. Esta concepción del Estado debe ser la de aquel que pretende sentar sus bases políticas en derechos realmente reconocidos y sustentados en prácticas para el conglomerado social que permita la libertad de utilidad de los derechos de cada cual y así poder hablar de un castigo en la imposición de la pena pero solo cuando se este desconociendo que se goza de esas libertades.

No podemos con lo anterior, nunca despreciar que la principal característica del derecho penal es la aplicación de penas y en el ámbito político criminal lo político en general encontraremos al gobierno, los gobernantes y los gobernados alejados de esta aplicación, pero aunque suene contradictorio involucrados finalmente para poder aceptarla como justa, o mejor ajustada a criterios de justicia. Por eso la parte física, el encierro físico del condenado tampoco es una noción que debe ser vista en el ámbito del derecho penal, es una situación verificada en el ámbito de ejecución de la pena, de ahí el llamada a la convivencia de estos tres (3) sistemas (*Político Criminal, Jurídico Penal y de Judicialización de la Pena*) en pro de una pena útil aceptada socialmente dentro de sus criterios de reparación, intencionalidad restaurativa y justicia.

Pretendo ser entendido en anteriores ideas con la seriedad de un postulado socialmente justo, ya que sin justicia se tornaría imposible hablar de sociedad, dentro de la óptica de la utilidad social que acompaña nuestra cruda realidad; muy a pesar de estos momentos de dolor, dentro de una guerra civil que espero se haga superar. Pero muy a pesar de este profundo dolor, no veo venganza sino luz en esta gran batalla donde aún confió en la salvación, de quien por el castigo se someterá.

Quiero además, compartir por último, esta poesía seleccionada del libro antología de la poesía jurídica¹⁶, de la autoría de Carlos Fradique-Méndez y con la cual manifiesto por completo mi confianza final en la ejecución e imposición de la pena.

**Respetad al condenado
(Gonzalo Arango)**

La pena de muerte es criminal.
Nada se gana matando a un hombre
Si su crimen queda impune ante si mismo.

Respetad al condenado

Para salvar la posibilidad de que se salve
O se destruya con su propia libertad.

Nada de venganza ni clemencia.
El sufrimiento es su única expiación
Ante la vida y su conciencia.

Conclusiones

A lo largo de este estudio, ha de entenderse que el estado debe asegurar a los residentes de su territorio las condiciones de una existencia que satisfaga sus necesidades vitales, lo que se logrará con la protección de los bienes jurídicos tutelados y el aseguramiento del cumplimiento de las prestaciones públicas primarias. El derecho penal es de naturaleza subsidiaria, los recursos penales, por ser los más drásticos y severos, tiene que ser los últimos en su aplicabilidad en contra de quien delinque; se deberá entender que el legislador no podrá castigar conductas no punibles, ni lesivas, ni perjudicables de bienes jurídicos tutelados, sin importar que dichos actos sean moralmente reprochables.

La pena, al momento de imponerse o graduarse, no debe considerarse como la efectividad de la amenaza legal, con lo que se excluye la finalidad de la prevención general en este estadio. El castigo debe ser conforme a derecho, es decir, al momento de imponerse la pena lo que se busca es la inviolabilidad del ordenamiento jurídico, que se plasma con la conocida frase de Hegel: "*La pena es la negación de la negación del derecho*". En pocas palabras la pena se justifica en su imposición por la salvaguardia del orden jurídico en la conciencia de la colectividad.

En Colombia, la crisis real de nuestro sistema carcelario no corresponde a lo que en teoría se enseña al interior de los claustros de la academia, es triste ver como nuestras cárceles son verdaderas universidades del crimen.

Un Estado no puede ponerse al mismo nivel en que se encuentra un individuo aislado (Que delinque), el individuo aislado actúa con rabia, por pasión, por interés, por defensa; el Estado deberá contestar de forma mesurada, expresa y reflexivamente. Aceptando entonces que tendrá el deber de defenderse, pero reconociendo que es mucho mas fuerte (*Tiene el privilegio y el beneficio del monopolio de la fuerza*) que el individuo aislado como para necesitar eliminar su vida en defensa propia.

El hecho de infligir dolor penal puede ser comprendido como símbolo de una contradicción; pues la destrucción o limitación de la libertad del

16 FRADIQUE-MENDEZ, Carlos. Antología de la poesía jurídica. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogota D.C., 1998. pp. 247 – 248 ss.

delincuente, es decir, la coacción dirigida contra él, muestra que su uso de la libertad es irrelevante. En el Derecho, únicamente se puede considerar el delito en cuanto a vulneración del Derecho, y a la pena, sólo en cuanto salvaguardia de una realidad jurídica puesta en peligro por el hecho que otra persona con categoría de delincuente asume.

Mediante el apoyo conjunto la sociedad civil, no puede perseguir la libertad e impedir al mismo tiempo los abusos que se generen contra ella; sobre

estas mismas bases ha de entenderse que, aquel Estado que se pretenda Estado de libertades (*Estado Social y Democrático de Derecho*), no puede garantizar seguridad absoluta; su estructura e identidad (*Con lo que promete mantener el orden justo*), no es la preocupación por un máximo de seguridad, sino de juridicidad, esto es, vigencia del Derecho, y el Derecho está en vigor también cuando se produce una conducta antijurídica, concretamente cuando esta conducta se denomina y trata como delito.

BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, Kai. *El proceso penal alemán y la reforma en América Latina*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá D.C. 1998.

ARBOLLEDA VALLEJO, Mario. *Código Penal Anotado*. (Ley 599 de 2000). Editorial Leyer, Bogotá D.C. 2000.

APONTE, Alejandro. *¿Derecho penal del enemigo o derecho penal del ciudadano?*, Editorial Temis, Bogotá D.C. 2005.

BECCARIA, Cesare. *De los delitos y las penas*. Editorial Temis, Bogotá D.C. 1994.

BOBBIO, Norberto. *Las razones del abolicionismo*. La Vanguardia 26-08-01.

BONORINO, P.; PEÑA, J. *Filosofía del derecho*. (Plan de formación y capacitación de la Rama Judicial). Consejo Superior de la Judicatura 2006.

BROEKMAN, Jan. *Derecho, filosofía del derecho y teoría del derecho*. Editorial Temis, Bogotá D.C. 1997.

BRUGGER, Walter. *Diccionario de filosofía*. Editorial HERDER, Barcelona, 1988.

CANCIO MELIA, Manuel. *Los orígenes de la teoría de la adecuación social*. Editorial Universidad externado de Colombia, Bogotá D.C. 1998.

CANCIO MELIA, M.; SUAREZ GONZALEZ, C.; PEÑARANDA RAMOS, E. *Un nuevo sistema del derecho penal*. (Consideraciones de la Teoría de Gunther Jakobs); Editorial GRIJLEY, Lima 1998.

CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal*. Editorial Temis; Bogotá D.C. 1988.

CODIGO PROCESAL PENAL COLOMBIANO, Ley 906 de 2004.

CONSTITUCION, Política Colombiana. Bogotá D.C. 1991.

FERNANDEZ CARRANQUILLA, Juan. *Concepto y límites del derecho penal*. Editorial Temis, Bogotá D.C. 1994.

- GARCIA, Percy. *Acerca de la función de la pena*. Revista electrónica de ciencia penal y criminología, Numero 6 r5, del 5 de Mayo del 2004.
- GARGARELLA, Roberto. *El constitucionalismo según John Rawls*. Universidad de Buenos Aires, Argentina 2002.
- GILL, Hipólito. *La individualización de la pena*. Editorial Gabinete de Estudios Culturales, Panamá 1996.
- HIRSCHBERGER, Johannes. *Historia de la filosofía (Tomo I y II)*. Editorial Herder, Barcelona 1991.
- JAKOBS, Gunther. *Sociedad norma persona*. Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogota D.C. 1996.
- JAKOBS, Gunther. *Sobre la teoría de la pena*. Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogota D.C. 1998.
- JAKOBS, Gunther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Editorial Civitas, Madrid 2006.
- KAUFMANN, Arthur. *La filosofía del derecho en la Postmodernidad*. Editorial Temis, Bogota D.C. 1998.
- KELSEN, Hans. *La teoría pura del derecho*. Editorial Temis, Bogota D.C. 1984.
- LESCH, Heiko. *La función de la pena*. Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogota D.C. 2000.
- LESCH, Heiko. *Injusto y Culpabilidad en derecho penal*. Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogota D.C. 2001.
- LOPEZ DIAZ, Claudia. *Código Penal Alemán (StGB)*. Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogota D.C. 1999.
- MIZRAHI, Esteban. *La legitimación hegeliana de la pena*. Revista Electrónica de Filosofía. Vol. 29 – Nov. 01 (2004).
- MONTEALEGRE, E.; PERDOMO, J. *Funcionalismo y normativismo penal*. (Una introducción a la obra de Gunther Jakobs). Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogota D.C. 2006.
- MONTESQUIEU, Charles. *El espíritu de las leyes*. (Traducción Mercedes Blázquez y Pedro de Vega), Ediciones Universidad de Valladolid, España 1980.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito en política criminal y reforma del derecho penal*. Edit. TEMIS Bogota D.C. 1982.
- PEREZ PINZON, Álvaro. *Los principios generales del proceso penal*. Ediciones Universidad Externado de Colombia, Bogota D.C. 2005.
- RAWLS, John. *La teoría de la justicia*. (1971). Tomado de: The Ayn Rand Letter Vol. II, No. 10 Febrero 12 de 1973.
- ROXIN, Claus. *Política criminal y estructura del delito*. Ediciones PPU, Barcelona 1982.
- ROXIN, Claus. *Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en derecho penal*. Revista electrónica de ciencia penal y criminología, Artículo de Junio 26 de 2001.
- SILVA SANCHEZ, Jesús. *Estudios de derecho penal*. Editorial GRIJLEY, Lima 2000.

SILVA SANCHEZ, Jesús. *Los indeseados como enemigos*. (La exclusión de los seres humanos del Status Personae). Revista electrónica de ciencia penal y criminología, Artículo RECPC 09-01 de 2007; Enero 31 de 2007.

TOBON SANIN, Gilberto. *Filosofía del derecho penal*. Editorial SEÑAL, Medellín 1998.

VARIOS, Autores. *Lecciones de derecho penal*. (Parte General). Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogota D.C. 2006.

VARIOS, Autores. *Dogmática y criminología*. (Homenaje al Dr. Reyes Echandia). Editorial Legis, Bogota D.C. 2006.

VARIOS, Autores. *Estudios penales*. (Homenaje al Dr. Gaitán Mahecha). Editorial Legis, Bogota D.C. 2005.

WELZEL, Hans. *II Jornadas Internacionales de Derecho Penal: "Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la política criminal y la dogmática penal del siglo XXI"*. Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, A.C. México D.F. 23 al 27 de Agosto de 2004.