

El derecho penal colombiano: ¿ciencias o humanidades?

*Laureano Contreras Vergara**

“Lo importante es que el escritor sueñe y que sea fiel a su sueño. es decir, que trate de contarlo sinceramente sin agregar nada para adornarlo”.

J. L. BORGES

“Un derecho penal de la liberación ...un derecho penal de tal manera perfilado solo puede existir en una sociedad y entre unos hombres que crean en la libertad, busquen el amor, recreen la solidaridad, quieran la paz, prefieran la justicia, amen la universidad, practiquen la ciencia y tengan todavía fe en el hombre, como creo que todos nosotros la poseemos todavía”.

J. FERNÁNDEZ

1. INTRODUCCIÓN

Históricamente, las normas que controlan socialmente al ser humano florecen en la ondeante temporalidad de la vida. De ella se nutren, día a día, en la no separatividad de lo dialéctico: lo móvil y lo constante. Lo primero, realizando los sueños con alas de la melodía humana; lo último, en los acordes exactos de la posibilidad científica.

¿Es posible aprisionar la fragancia plural, multicolor, abierta y libre de la expresión vital, dentro del marco del pensamiento cien-

* Fiscal Tercero del Circuito de Medellín.

tífico? ¿Puede encerrarse el ardor brillante de la luz humana, el alborozo de la verdad, la canción de las arpas de la vida, en la corrección objetiva de la meditación técnica? ¿El juicio de derecho nace del aroma infinito de la razón en la conceptualización disciplinar, o baila con la vida, a veces lastimando al cielo, en la sinfonía azul sin cadenas de la danza existencial?

Para solucionar los anteriores interrogantes, todos los tiempos y todas las teorías iluminan innumerables senderos, rasgando el velo de lo informe, de donde brota, con distintos matices, “sin romper su mudez por entre el claro de la bruma”¹, el alborear de lo humano, a veces armónico, a veces confuso, a veces disímil, pero siempre humano, cuyo correr realiza la infinita aventura de la existencia. En ella brota el conocimiento con la música infinita del corazón, en los colores de fuego y de sangre, en la libertad de la tormenta, de TAGORE:

“Mi corazón, ¡cómo canta en esta luz del sol! ¡Qué alegre está mi vida de flotar así, con todas las cosas, en la oscuridad del tiempo, en el inmenso azul!...

”Busca tu belleza, corazón mío, en el movimiento del mundo, como la barca, que coje su gracia del viento y del agua...

”En este mundo mío tan pequeño, ¡qué miedo de disminuir, en un átomo, lo más mínimo! ¡Levántame tú hasta el centro de tu mundo; concédeme la libertad de darlo todo alegremente!”².

Nace el anhelo por una elemental aproximación a las ideas jurídicas penales, meciéndolas con el corazón, soltándolas a las pulsaciones de la vida, para soslayarlas con sus clamores, sus fatigas e ilusiones, e ingresar en la fiesta de la vida de los hombres:

“Las cosas corren en torbellino y rien a carcajadas por el cielo; arena y polvo bailan y dan vueltas, como niños; y la conciencia del hombre se despierta con la gritería, y sus pensamientos anhelan jugar con las cosas.

”Nuestros sueños, que derivan en la corriente de lo vago, tienden los brazos para aferrarse a la tierra; y sus esfuerzos se endurecen y se convierten en piedras y ladrillos, y así se va edificando la ciudad del hombre.

”Vienen, en enjambre, voces del pasado que buscan respuesta a los instantes vivos. El batir de sus alas llena el aire de trémulas sombras, y los pensamientos insomnes de nuestra frente dejan sus nidos y emprenden el vuelo por el desierto de lo indeciso, en una apasionada sed de formas.

”Son peregrinos sin lámpara, que buscan la costa de la luz para encontrarse en las cosas. Serán atraídos por los versos de los poetas, hallarán albergue en las torres de la ciudad no planeada; los llamarán a las armas, de los campos de batalla

¹ RABINDRANATH TAGORE, en un poema compuesto para las fiestas del día de la apertura del Colegio Indo, Montpellier, Francia. Cfr. *La religión del hombre*, Madrid, Edit. EDAF, 1982, pág. 13.

² RABINDRANATH TAGORE, “Pájaros perdidos”, en *Obras escogidas*, 3ª. ed., Madrid, Edit. Aguilar, págs. 1194 y 1209.

del futuro; les mandarán que vayan de la mano a las luchas de la paz que ha de venir”³.

La inquietud germina sinceramente en el corazón, como los anhelos de Alonso Quijano, *el Bueno*, en la libertad azul, fresca e ilusa de JUANA DE IBARBOROU: “Fulgura tal cantidad de estrellas esta noche, que me pregunto cómo puede haber en el cielo espacio para tanto lunar de oro. Tal vez por eso, a ratos, algunas se desprenden, quizás empujadas por las otras, que quieren sitio y cruzan la alta sombra como una larga flecha rubia. E inconscientemente, cuando veo desprenderse una estrella, alargo la mano con la absurda pretensión de apresar a la vagabunda”⁴...., y leer su mensaje de fe y de verdad, que hace estallar el corazón con su música irresistible, con la luz de oro que salta de las ideas proyectándolas en la libertad, y acariciando —en la constelación de su realización— la unión, la esencia y la forma, la armonía, un mundo distinto para los colombianos, de oportunidades, un mundo donde los intereses se concilien por el puente del amor y desaparezcan de las escenas las contiendas, donde el orden no surja de la frontera difusa entre la justicia y la violencia, de la represión-sumisión, sino, primordialmente, de la convención y de la persuasión, entendiendo que el desarrollo del individuo es producto de la libertad conciliada con la justicia, planteándose la pena de manera rezagada, tardía y escasa, en la tensión axiológica que ve al Derecho Penal como un camino para la liberación y la civilización⁵.

2. BOSQUEJANDO EL TEMA

A) En busca de un criterio de aproximación

Establecida por KELSEN⁶ la dualidad disciplinar entre la ciencia que estudia el ser del derecho y la que se dedica al deber ser del derecho, surge la inquietud por la autosuficiencia del derecho, o el “derecho a solas”, en términos de ANTONIO HERNÁNDEZ GIL⁷.

Esta aspiración centra el estudio de lo jurídico en el deber ser, como ciencia valorativa en el sentido puramente formal, planteándose la inadmisibilidad de un sincretismo metodológico entre esta visión de la teorización pura del derecho y la concepción explicativa de la realidad fáctica, elaborada por la sociología jurídica, que en el pasado condujo a las conocidas polémicas entre EHRlich y KELSEN.

³ RABINDRANATH TAGORE, “Regalo de amante”, en *Obras escogidas*, 3ª. ed., Madrid, Edit. Aguilar, págs. 303 y 304.

⁴ JUANA DE IBARBOROU, *El cántaro fresco*, 3ª. ed., Buenos Aires, Edit. Losada, 1973, pág. 75.

⁵ Cfr. SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, *Justicia penal*, México, Edit. Porrúa, 1982, págs. 3, 18, 69, 235 y ss.

⁶ HANS KELSEN, *Teoría pura del derecho*, trad. de Moisés Nilve, 25ª. ed. de la edición en francés de 1953, Buenos Aires, Edit. Eudeba, 1987, cfr. caps. I, III y VII, págs. 15, 65, 95 y 33.

⁷ ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, cfr. el prólogo de la obra de GREGORIO ROBLES, *Epistemología y derecho*, Madrid, Edit. Pirámide, 1982, págs. 13 y ss.

Objetaba el representante de la escuela de Viena el pensamiento sociológico de EHRLICH, su “derecho vivo —reglas que regulan el comportamiento humano surgidas del mismo hacer de los hombres y no de proposiciones abstractas dirigidas a las autoridades— con el ámbito ontológico del deber ser —consideración del derecho como un conjunto de normas o de proposiciones jurídicas que expresan un deber ser formal— y la identidad de derecho y Estado⁸, al concebir a este último como “una forma de unidad social y no un contenido”⁹.

En el presente momento histórico es innegable la influencia de Kelsen en el pensamiento jurídico actual, y la pureza de sus esfuerzos en el debate de la especificidad de lo jurídico; sin embargo, no se puede dar por establecido que el derecho vive en un mundo aparte y ajeno, sin conexiones con la política, la organización económica y la realidad histórico-social: “Así como en un océano hay ondas superficiales que nacen y mueren en un instante —escribe BENIGNO MANTILLA PINEDA— y ondas profundas que duran y dejan huellas permanentes, así también en el universo sociocultural se producen constantemente procesos de interacción que ejercen influencias tangibles y quedan por resultado estructuras permanentes y estables. A estos últimos, que pueden calificarse de procesos de interacción recurrentes, eficaces y maduros, dirige su atención la sociología para analizarlos y clasificarlos. Todo el universo sociocultural se puede reducir a procesos de interacción... El mundo jurídico, como sistema del universo sociocultural, se puede reducir también a las tres clases capitales de procesos de interacción: a) organizados; b) solidarios, y c) integrados”¹⁰.

La anotación precedente bosqueja un problema epistemológico, cuya solución no se halla en este escrito; no obstante, él aspira a demostrar —evitando el cómodo eclecticismo— el impulso creador, individualizador y refrescante de las humanidades, frente al conformismo dogmático que aletarga y anula la crítica y autocrítica jurídico-penal.

B) La dificultad científica

Como las ciencias, en su conceptualización sistemática y en el control lógico de sus enunciados tienen necesidad del lenguaje disciplinar, se puede afirmar que son “necesariamente reduccionistas de la complejidad social y de sus significaciones constitutivas”¹¹. Se hace esta afirmación porque, al elaborar el lenguaje científico, las ciencias reducen la complejidad social a “una complejidad conceptual, lógica-

⁸ Cfr. JESÚS VALLEJO MEJÍA, “Estado y Derecho en el pensamiento de Kelsen” en *Estudios de Derecho*, Medellín, Universidad de Antioquia, núm. 99 (marzo de 1981), págs. 101 y ss.

⁹ GREGORIO ROBLES, ob. cit., pág. 38.

¹⁰ BENIGNO MANTILLA PINEDA, “Comunicación y Derecho”, en *Estudios de Derecho*, Medellín, Universidad de Antioquia, núms. 105 y 106, págs. 521 y 522.

¹¹ LUIS ALBERTO WARAT, “Esbozos para una epistemología de las significaciones y sus proyecciones sobre el Derecho”, en *Estudios de Derecho*, Medellín, Universidad de Antioquia, núms. 105 y 106, pág. 9.

mente ordenada, pero significativamente empobrecida”¹². Así, esta estructura formal concebida, limita el conocimiento al no poder pensar el ser humano “más allá de los conceptos”¹³, sin abandonar la cientificidad o pureza de las ciencias.

Más allá de los límites del conocimiento científico —problemática de la individualidad científica— se aprecia un conjunto de complejas significaciones sociales, económicas, políticas y humanas, irreductibles al afán científico de la interpretación y aplicación de las “normas jurídicas a solas”, elaboradas dentro de una racionalidad jurídica lógico-formal, sin contenido social o político significativo. Es el mundo de las humanidades, el infinito mundo de las humanidades, lleno de expresión vital, más allá de las ciencias, y también de las ciencias...

Saliendo del mundo científico, aún dentro de sus fronteras, y entrando en el vasto panorama del cosmos, con sus encantos, sus rutinas, sus misterios y problemas, se inicia el vuelo humanístico, lleno de cambios incesantes —reales y soñados— que plantean el primer énfasis de la inquietud: “el derecho —anota WARAT— debe ser estudiado en el interior de una teoría de la sociedad”¹⁴, que permite bosquejar diferencias entre la especificidad científica conceptual y la humana, infinitamente variables, como la diversidad de las olas en el movimiento distinto, diverso, majestuoso y monótono del mar.

C) El cosmos y el movimiento: puntos de contacto

La sensación de libertad —abierta y plural de la razón, y de libertad romántica e ilímite del corazón— que se inicia “más allá del marco científico”, o al dejar la prisión científica, origina diferencias —no necesariamente antagonismos—¹⁵ entre las ciencias y humanidades. Estas desemejanzas, o más claramente, estas notas individualizadoras, se originan en el carácter esencialmente dinámico de la unidad del ser, con su necesidad ontológica de multiplicarse, revelando la unipluralidad dinámica, que se hace pluriunidad en el cosmos, como escribe ÁNGEL CAPPELETTI: “El cosmos... lleva en sí mismo y en cada uno de sus modos, la exigencia de unificarse otra vez en el fuego, totalidad del ser, unipluralidad”. El cosmos “fue siempre, es y será fuego siempre viviente” porque el mismo es “fuego siempre viviente que se manifiesta en la pluralidad de los seres”¹⁶.

¹² Ibidem, pág. 9.

¹³ Ibidem, pág. 9. “Parafraseando a KANT, el numen de las significaciones es inaccesible al conocimiento”.

¹⁴ Ibidem, pág. 23.

¹⁵ Es posible concluir —anota BALLESTEROS— “que entre ciencia y filosofía en el presente siglo se da una situación de continuidad, y no de ruptura, a diferencia de lo que había ocurrido en siglos anteriores... Esta tarea de mutua colaboración entre filosofía y ciencia, consiste en enriquecer la especulación de todas las riquezas que la ciencia recoge de la vida, y al mismo tiempo dar a la ciencia la conciencia de la verdad que encierra...”. (JESÚS BALLESTEROS, *Sobre el sentido del derecho*, Madrid, Edit. Tecnos, 1986, págs. 70 y 151.

¹⁶ ÁNGEL CAPPELETTI, *La filosofía de Heráclito de Efeso*, Caracas, Edit. Monte Avila, 1971, págs. 50 y 52.

Se agudiza, es bueno anotar, por las conceptualizaciones idealistas, trascendentales o categoriales *a priori*, bien sean hegelianas, del derecho natural, kelsenianas o fenomenológicas, etc., y la complejidad económica, política o social, significativamente actuantes, el tema de la identificación del derecho en la historia, o en el camino del mundo, cuando faltan por recorrer sendas nunca vistas, llenas de dudas, de desórdenes, de noches, de amaneceres, atesorando las estrellas del movimiento, con los versos de HERÁCLITO:

“...lo opuesto es concorde y de las cosas discordes surge la más bella armonía...

“Y de las cosas, lo Uno, y de lo Uno todas las cosas...

“No a mí, sino al Logos escuchando, es sabio confesar que todo es Uno”¹⁷.

Así, como un río de aguas peregrinas, que va y viene, inmóvil en el movimiento profundo de sus corrientes, portando el hechizo de todos los rincones, concibe HERÁCLITO al ser, como unidad que se manifiesta en lo múltiple, explicando el cambio y la transformación de las cosas en la Naturaleza, desde diversos niveles, en la relación de contrarios en el devenir, desarrollando de modo admirable las concepciones de ANAXIMANDRO:

“...todas las cosas según este Logos se originan...

“Del Logos con el cual continuamente conviven, del que todo lo gobierna, discrepan en gran manera, y las cosas que le salen al paso cada día, estas mismas les parecen extrañas”¹⁸.

Existen, entre las ciencias y humanidades, diferencias, a veces extremas, con la constante común de la luz, el movimiento y la vida, como PARMÉNIDES y HERÁCLITO, en el bello poema del primero reproduce HEGEL de SEXTO EMPÍRICO y SIMPLICIO:

“Están allí las puertas de la Noche
allí también las puertas de las sendas del
Día: y, enmarcándolas,
pétreo dintel, pétreo umbral;
y se cierran, etéreas, con las ingentes hojas;
solo la Justicia,
la de los múltiples castigos,
guarda las llaves de su uso ambiguo...

Pues que todas las cosas
Noche y Luz con nombres se apellidan,
y ya que todo lo de todas ellas

¹⁷ Ibidem, págs. 61, 62 y 64.

¹⁸ Ibidem, págs. 65 y 71.

de ambas potencias se hace a la medida,
todo, de vez, está de luz colmado
y no luciente Noche,
que ninguna otra cosa
entre ambas, Luz y Noche, se interpone”¹⁹.

3. CONCRETANDO LA INQUIETUD EN COLOMBIA

A) La pretendida homogenización cultural hispánica

En Colombia, la Constitución de 1886, en algunos de sus apartes propone la unidad en un solo Dios, una sola lengua, una sola raza y una sola historia, en un territorio culturalmente distinto, donde las reivindicaciones marginales, campesinas y étnicas, bosquejan una realidad existencial en la que el Derecho Penal muchas veces les niega la añoranza de luchar por su legitimidad y autonomía, pretendiendo una igualdad, mediante la renuncia de la propia identidad, en la integración al todo homogéneo cultural que yace en el interior del sistema normativo.

Mediante la criminalización sistemática de la lucha civil, v. gr., considerando hecho punible la protesta legítima (asonada), contravención el trabajo marginal, o crimen el efímero sueño con el cual se encubre la tortura del hambre y de la frustración, se ha buscado la solución a la violencia del país por medio de diálogos conciliatorios para las formas de violencia negociables (¿la política?) que aspiran a reformar la distribución de la tierra, el ingreso, el poder, el narcotráfico, el sicariato, la autodefensa, dejando a un lado manifestaciones sociales que difícilmente tienen representación real, como los indígenas, las minorías étnicas (Antropología Filosófica) y quienes viven en marginalidad —cordones tuguriales, inválidos, ancianos, gamines, enfermos mentales, presos, etc.— (Sociología, Criminología). Estos grupos, por carecer de líderes en el Congreso o en el gobierno, solo disponen de la expresión tumultuaria para interesar a los mandatarios en sus problemas.

Cuando se aborda el problema de la violencia, por ejemplo buscando soluciones en fórmulas jurídicas, generalmente se acude a la inspiración extracontinental, y se olvida “que las tres cuartas partes de los alzados en armas contra el Estado operan en territorios étnicos, como el Cauca, región que por excelencia encarna las variaciones objeto de esta ponencia: negros que practican la agricultura y la minería artesanal en el litoral pacífico, o que cuidan fincas de café y cacao en el enclave campesino de Puerto Tejada y Villarrica. Waunanas que conviven con los negros en las selvas de humedad. Colonos mestizos: finqueros unos; otros ganaderos, y unos terceros clientes de programas para sustituir cultivos ilícitos por aquellos que nunca les pintaron el paraíso terrenal. Paeces, con sus 450 años de oposición

¹⁹ HEGEL, *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, tomo I, México, Fondo de Cultura Económica, trad. de Wenceslao Roces, págs. 231 y 236.

al Estado. Guambianos militantes de la convivencia pacífica. En fin, herederos de paniquitas, totoroos y demás miembros del mosaico cuya riqueza no ha sido demolida²⁰.

La falta de incentivos en el sector rural, la pobreza absoluta, el subempleo, la ilusión de un mejor porvenir para los hijos de las familias campesinas, han traído como consecuencia el éxodo hacia la ciudad, con la subsecuente configuración de los cordones tuguriales, el empleo en “residencias” y “hoteles” de prostitución y vicio, con la vivencia de insospechados factores desencadenantes de violencia, como los enumerados por DRAPKIN: concentración de ciudadanos en las grandes capitales, la polución creciente del medio ambiente, la polución acústica o sonora, el debilitamiento del núcleo familiar por la ocupación de la mayoría de sus miembros para lograr el mínimo presupuesto, exponiéndose los menores a los efectos de la calle, del vecindario, “y otras instituciones extrafamiliares, lo que facilita contactos interpersonales dudosos, orientando el proceso de socialización hacia metas que no son necesariamente las mejores y condiciona la formación de grupos o bandas de juegos infantiles. Cuando las circunstancias lo favorecen, estos grupos o bandas pueden transformarse, sin grandes dificultades, en pandillas de delincuentes de mayor o menor gravedad²¹.”

En síntesis, una complejidad cultural, social y económica, muy distinta de la europea, conforma el mundo real, donde lo jurídico a veces parece lo excepcional (culturalmente) en el vasto territorio colombiano.

B) Una realidad compleja y plural

Es importante mencionar, en Colombia, la deuda externa —“crimen de usura” que conduce a medidas recesivas, desempleo, miseria y muerte— con sus gravísimas consecuencias sociales y políticas, la concentración de la riqueza, el capital transnacional en forma de inversión directa²², las grandes diferencias existentes en la distribución de la riqueza, el desempleo, el subempleo, la pérdida del poder adquisitivo de los salarios, la elevación en las tasas de inflación y devaluación —como consecuencia de las tesis monetarias de la Escuela de Chicago, dice EMIRO SANDOVAL— que a veces originan protestas en algunos sectores de la población (huelgas, paros cívicos nacionales, creación de nuevas organizaciones populares, acciones de los grupos armados, etc.), reprimidas por el derecho mediante la creación de nuevos tipos penales, el aumento del alcance de los ya existentes y la agravación de las sanciones (estatutos penales especiales)²³.

²⁰ JAIME AROCHA RODRÍGUEZ, “Hacia una nación para los excluidos”, en *El Espectador*, Bogotá, julio 30 de 1989, Magazin Dominical número 329, “Etnias y conflictos”, pág. 14.

²¹ ISRAEL DRAPKIN, *Criminología de la violencia*, Buenos Aires, Edic. Depalma, 1984, págs. 18, 21, 22 y 23.

²² Cfr. HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO, “La problemática de la droga en Colombia”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 47, Bogotá, Edit. Temis, 1990, págs. 8 y ss.

²³ EMIRO SANDOVAL HUERTAS, *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Edit. Temis, 1989, págs. 24 y ss.

También, y por su incidencia socioeconómica, deben mencionarse las “drogas legales” (alcohol, tabaco, productos farmacéuticos o drogas de las transnacionales)²⁴, la formación de la “economía subterránea” con los dineros ingresados en el país por las ventas de droga a compradores estadinenses, ocasionando el abandono de cultivos de productos tradicionales por otros más rentables (marihuana y coca) o para el procesamiento de estos estupefacientes. Igualmente, el daño ocasionado a la sociedad colombiana con las actividades ilícitas del sector financiero²⁵.

En general, en Colombia, las noticias diariamente informan sobre asesinatos, incendios, saqueos, violaciones, torturas, condenas, en fin, establecen como eje de referencia la acción violenta²⁶. Así mismo, la pobreza cunde por la ciudad y el campo, abunda la prostitución y el vicio en los parques de las ciudades, pululan los raponeros y mendigos en las calles, deambulan los alienados por todas partes, vociferan los vendedores ambulantes de frutas, verduras, baratijas y cosas viejas en las aceras. Es la lucha cotidiana por la subsistencia, nada fácil, angustiante, casi sin esperanzas, en un medio de advertencias provocativas, de juicios severos y de desconfianza.

Y, en Medellín, donde ha nacido la presente inquietud, los jóvenes de la Comuna Nororiental, asentados en terrenos no urbanizables, de desecho, conforman el espacio de la exclusión, de la pobreza, donde viven más de 500 mil habitantes²⁷ abandonados a su propia suerte, rebuscando “la supervivencia cotidiana en un medio donde la muerte, propia o ajena, es solo uno de los tantos riesgos que conlleva la aventura de vivir²⁸”. En esta zona deprimida —“espacio de exclusión”— la “violencia es solo el signo, la manifestación ruidosa y perturbadora de procesos cuya raigambre es más profunda²⁹”, porque existe pobreza —ausencia de recursos materiales, de bienes y servicios, de alternativas vitales—, frustración, miedo, impotencia, inseguridad, segregación socioespacial y política; aquí el Derecho Penal debe concretar su ilusión auténticamente humana, su música y su poesía: “la justicia

²⁴ HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO, ob. cit., págs. 16 y ss.

²⁵ EMIRO SANDOVAL, ob. cit., págs. 28 y 29.

²⁶ “Es no obstante Colombia el país latinoamericano en el cual la violación de los derechos humanos, sobre todo aquellos relativos a la vida y a la integridad física de las personas, se ha convertido en una trágica constante cotidiana... En efecto, campesinos e indígenas constituyen el lote más numeroso de víctimas; luego se ubica el grupo de trabajadores por cuenta propia o modestos empleados urbanos. El porcentaje de empresarios es mínimo. Esto revela que las armas están dirigidas hacia quienes soportan las desventajas sociales y no sobre quienes se benefician de estas” (ROBERTO BERGALLI, “Poder político y derechos humanos en América Latina”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 43, Bogotá, Edit. Temis, 1989, pág. 99).

²⁷ GABRIEL IZQUIERDO MALDONADO dice que “la población de las comunas populares del Norte de Medellín asciende a 866.400 personas, que representan entre un 42% y un 47% de los habitantes de la ciudad”. Cfr. “Alternativas de vida y muerte”, en *Cien días*, vol. 3, núm. 11, julio-septiembre 1990, de *El Colombiano*, Medellín, septiembre 27 de 1990, pág. 16.

²⁸ MARÍA URIBE DE HINCAPIÉ, “Medellín o la historia de dos ciudades”, en *Cien días*, vol. 3, núm. 11, julio-septiembre de 1990, pág. 13.

²⁹ *Ibidem*, pág. 14.

social tiene más posibilidades en la desactivación de los conflictos que en el tratamiento esencialmente represivo"³⁰.

Es indudable que el "análisis sobre la cultura de la muerte" en las comunas populares a través de la represión —"el rostro de la ley"— "irrumpe en el barrio creando una violencia indiscriminada, arbitraria y muchas veces oculta, desatando fuertes reacciones en la población popular"³¹, porque a sus habitantes se les niega el empleo, se les cierran las puertas de los colegios, se les estigmatiza, convirtiéndolos en "base del rebusque periférico: desempleados, obreros, vendedores ambulantes, celadores, prostitutas, luchando con aguante por conseguir unos metros de espacio público, por un amparo legal, por un salario de hambre con la desventaja de ser siempre indeseables, problemáticos, desechables"³²; y, finalmente porque cuando "el centro es el espacio del protagonismo del poder, del dinero, del lujo, del Estado, la periferia es el lugar de la población dependiente, subordinada, servidora de los grupos sociales de los centros"³³.

Se comprueba, por último, en Colombia y en los restantes países latinoamericanos, como anota NOVOA MONREAL, "la existencia de una enorme masa, ampliamente mayoritaria, colocada en posición de franco menoscabo, víctima de la desnutrición, carente de vivienda, falta de educación y de atención médica"³⁴, que naufraga en la complejidad de la realidad, diversa y significativa³⁵, en donde se amalgaman los problemas mencionados, todos de importancia; y, frente a ellos, el derecho y la política del Estado.

C) El derecho y la política

A fin de combatir la criminalidad, el derecho penal colombiano ha elaborado soluciones normativas, estimables técnicamente mediante concepciones jurídicas de origen europeo. Estas teorizaciones foráneas se elaboraron en un continente con contradicciones de raza (no tanto contradicciones de clases, de grupos) que en vez de nutrirse en causas sociales múltiples, tenía interés en estabilizar la sociedad a través de justificaciones metafísicas por ejemplo., la idea del castigo como expiación y como venganza desarrollando los conceptos de la culpa, del libre albedrío, etc.,

³⁰ Ibidem, pág. 14.

³¹ GABRIEL IZQUIERDO, ob. cit., pág. 17.

³² Ibidem, pág. 16.

³³ Ibidem, pág. 16.

³⁴ EDUARDO NOVOA MONREAL, *Derecho, política y democracia*, Bogotá, Edit. Temis, 1983, pág. 51.

³⁵ "El discurso de la droga —afirma ROSA DEL OLMO— oculta los aspectos económicos y políticos del continente que impiden resolver el problema... será la única forma de comprender por qué miles de habitantes del continente se ven obligados en estos momentos a formar parte de las trasnacionales de las drogas en diferentes niveles. Un ejemplo que ilustra lo dicho es lo sucedido en Belice y Jamaica... la política norteamericana frente al azúcar le ha costado a la región más de 130.000 desempleados desde 1984, que no han tenido más remedio que convertirse en inmigrantes ilegales o en cultivadores de marihuana para sobrevivir... ¿Y qué está sucediendo con el café de Colombia?... ¡Esa es la cara oculta de la droga!" (cfr. ROSA DEL OLMO, *La cara oculta de la droga*, Bogotá, Edit. Temis, 1988, págs. 81 y 82).

manejados con la teorización de libertad³⁶. Este es el derecho penal nacional, con algunas modificaciones inspiradas en los vaivenes del pensamiento europeo (italiano y alemán, preferentemente).

Sin hacer críticas a las concepciones foráneas, ellas poco contribuyen a la superación de las dificultades nacionales, por desarrollar teorías nacidas en otro continente; y en Colombia las circunstancias son distintas³⁷, pues ellas evidencian el distanciamiento que el derecho toma de la realidad, al reprochar los comportamientos que no se adecuan a las prohibiciones elaboradas con fundamento a las ideas extranjeras, y concretando el ámbito de acción, como escribe EMIRO SANDOVAL HUERTAS, "exclusivamente al análisis y mejoramiento técnico formal de las normas, con base en nociones que oscilan entre el positivismo y la dogmática"³⁸.

Las enunciaciones anteriores, que no agotan todo el acontecer nacional, reflejan el distanciamiento del derecho penal de la realidad, y, lo que es más preocupante, su ineficacia y su oposición a la realidad. Parece como si el derecho penal colombiano se forjara para regir un mundo distinto, lejos del hombre colombiano y de sus vicisitudes, dando la impresión, a veces, de constituir uno de sus problemas.

De otro lado, el Estado no desarrolla un programa definido y serio, que aspire a controlar y superar los múltiples y complejos problemas nacionales, sino que navega en la barca burocrática, con ostensibles matices partidistas, de acuerdo con los intereses del político de turno. La afirmación anterior indica que la política del Estado —parcialmente entendida como desarrollo efectivo de las ideas del gobernante— posiblemente no aportará la solución a la realidad nacional bosquejada. Esta debe hallarse a partir de un cambio conceptual en el derecho, que se inspire en principios filosóficos madurados en nuestro continente, cuando está próximo un nuevo milenio, una época de cambios.

4. LA ACLARACIÓN EPISTEMOLÓGICA

A) Una ciencia en crisis

No es aventurado afirmar que el derecho penal nacional está sumamente lejos del hombre colombiano, pareciendo que es un medio empleado por el gobernante

³⁶ Esta concepción ha sido definida como metafísica de verdugos, que "en lugar de buscar las causas sociales y las formas de determinación de la conducta como la manera más expedita de tratar los problemas, convierten esa ideología en una fuerza de estabilidad de la sociedad". Cfr. ESTANISLAO ZULETA, *Psicoanálisis y Criminología*, Medellín, Edit. Percepción, 1986, pág. 77.

³⁷ "El verdadero derecho penal colombiano está todavía por construirse, es el reto presente y por ello nadie puede llamarse a engaños", FERNANDO VELÁSQUEZ V., haciendo claridad en forma admisible. "El Derecho Penal colombiano y la ley importada", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 38, Bogotá, Edit. Temis, 1987, págs. 427 y ss.

³⁸ EMIRO SANDOVAL HUERTAS, ob. cit., pág. 108.

para controlarlo, y reduciéndolo a desarrollar los esquemas partidistas. Por ello es posible pensar que el derecho penal colombiano no es una de las humanidades: le falta la preocupación más elemental por el ser humano nacional, constituyéndose en un sistema de normas distantes de la realidad, que en la parte sustantiva definen una serie de castigos como soluciones, sin bosquejar otras alternativas más acordes con los nuevos tiempos, como, por ejemplo, la asistencia material, la educación, la readaptación en centros distintos de las cárceles de muerte y descomposición, la convención, la persuasión, la solidaridad, la siembra y el cuidado de la armonía, etc.

¿Es, entonces, el derecho penal una ciencia? Puede decirse que es “la más deslumbrante y asombrosa de las estrellas de la cultura”, en palabras de BUNGE, considerándose “como un bien por sí mismo, esto es, como un sistema de ideas establecidas provisionalmente (conocimiento científico), y como una actividad productora de nuevas ideas”³⁹.

BUNGE enumera algunas características de las ciencias, anotando, entre ellas, que “la ciencia no es un sistema dogmático y cerrado sino controvertido y abierto. O, más bien, la ciencia es abierta como sistema porque es falible y por consiguiente capaz de progresar. En cambio, puede argüirse que la ciencia es metodológicamente cerrada, no en el sentido de que las reglas del método científico sean finales, sino en el sentido de que es autocorrectiva: el requisito de la verificabilidad de las hipótesis científicas basta para asegurar el progreso científico”⁴⁰. Dice, además, que “un sistema cerrado de conocimiento fáctico, que excluya toda ulterior investigación, puede llamarse sabiduría pero es en rigor un detritus de la ciencia”, admitiendo dentro de las hipótesis científicas “soportes no solo científicos, sino también extra-científicos, los primeros son empíricos y racionales, los últimos son psicológicos y culturales”⁴¹.

Frente a la caracterización del conocimiento científico citada, llama la atención que NOVOA MONREAL bosqueja el “adormecimiento” del derecho, su “alejamiento de la realidad social y su renuncia a satisfacer lo que toda sociedad progresista espera de él”, convirtiéndose “gradualmente no solo en un pesado lastre que frena el progreso social, sino que llega, en muchas ocasiones, a levantarse como un verdadero obstáculo para este”, encontrándonos “en presencia de un derecho obsoleto que el conservatismo de los juristas es incapaz de advertir y, mucho menos, de remover”⁴².

En Colombia, SANDOVAL HUERTAS trata el tema de la siguiente manera: “...la normatividad penal es empleada sistemática y consistentemente como uno más de los instrumentos a que recurren las clases minoritarias dominantes, para la defensa y la reproducción de las posiciones de privilegio que ostentan”, existiendo “serios

³⁹ MARIO BUNGE, *La ciencia, su método y su filosofía*, Buenos Aires, Edit. Siglo Veinte, 1979, pág. 9.

⁴⁰ *Ibidem*, pág. 58.

⁴¹ *Ibidem*, págs. 33 y 34.

⁴² EDUARDO NOVOA MONREAL, *ob. cit.*, pág. 51.

recelos” a la perspectiva crítica “provenientes sobre todo del temor al derrumbe de las tradicionales relaciones de dominación y hegemonía”⁴³.

La teoría de BUNGE, que precisa algunos de los elementos más significativos de la ciencia, permite afirmar —siguiendo a NOVOA y a SANDOVAL— que ellos no se hallan presentes en el derecho penal colombiano actual. Sin embargo, lo anterior necesariamente no niega el carácter científico del saber jurídico penal, sino que pone de manifiesto, más bien, el desequilibrio, las transformaciones, los cuestionamientos y las crisis de la última década del siglo XX, por la proximidad de un nuevo período histórico que impone un replanteamiento de las cosas.

Concretamente, y haciendo referencia a este aspecto de las ciencias, MARTIN HEIDEGGER escribe: “El verdadero movimiento de las ciencias es el de revisión de los conceptos fundamentales que puede ser más o menos radical y ver a través de sí mismo también más o menos. El nivel de una ciencia se determina por su capacidad para experimentar una crisis de sus conceptos fundamentales. En tales crisis inmanentes de las ciencias vacila la relación misma de la investigación positiva con las cosas a las que se pregunta. Por todas partes se han despertado hoy en las distintas disciplinas tendencias a poner la investigación sobre nuevos fundamentos”⁴⁴.

El problema epistemológico en torno al carácter científico o humanístico del derecho penal colombiano, se resuelve afirmando que se trata de una disciplina en crisis, donde se refleja la situación caótica en la cual se debate nuestra civilización. Ello conduce, ineludiblemente, como afirma MARTIN LACLAU, a “un replanteamiento de los temas filosófico-jurídicos desde la perspectiva abierta por el mundo actual”⁴⁵ a través de la investigación, haciendo claridad en el juego conceptual, e involucrando las nuevas valoraciones que las necesidades y posibilidades nacionales presentan históricamente.

B) *La nueva concepción: una ciencia abierta a las humanidades*

Es necesario, frente al derecho penal colombiano actual, adoptar una actitud de reflexión y crítica, sin repliegues, abriendo cauces superadores, teniendo en cuenta que aunque existan crisis de fundamentos, situaciones de incertidumbres, cambios de rumbo en el proceso cognoscitivo, estas dificultades están probando, como anota ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, tan solo que no se han agotado las posibilidades explicativas, y la marcha atrás, la involución, la resignación y la renuncia, son incompatibles con la propia estructura del saber⁴⁶.

⁴³ EMIRO SANDOVAL HUERTAS, *ob. cit.*, págs. 67 y 114.

⁴⁴ MARTIN HEIDEGGER, *El ser y el tiempo*, 4ª reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, traducción de José Gaos, 1986, pág. 19.

⁴⁵ *Cfr.* MARTIN LACLAU, “Sentido y vigencia de la filosofía jurídica en el mundo actual”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, núm. 3, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1983, pág. 413.

⁴⁶ ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*, 2ª ed., Madrid, Edit. Civitas, 1981, pág. 12.

La situación anterior es reflejo de la incesante movilidad de lo existente, sin que pueda desconocerse —desde esta ubicación histórica en la etapa de la cultura crítica— que la verdad o la razón se producen bajo el signo del tiempo (historicidad), siendo prueba de ello las crisis internas en las ciencias⁴⁷. Se afirma, por ello, que “el sentido de la apropiación de la verdad, que posiblemente es un estímulo sin el cual no se produciría el proceso inquisitivo del conocimiento, no debe obnubilar-nos de tal modo que nos creamos instalados en ella de un modo definitivo. La duda inagotable tiene más fuerza creadora que la certidumbre. Si a cualquier altura del decurso histórico nos considerásemos completamente convencidos y satisfechos de nuestros logros intelectuales, estaríamos desconociendo el devenir del hombre que exige las mismas posibilidades de afirmación y negación que nosotros irrogamos”⁴⁸.

Algunos autores piensan que es un error de la filosofía moderna, a partir de DESCARTES, considerar al hombre como una sustancia en la cual las distintas épocas históricas van dibujando variaciones accidentales, que no inciden más que en su superficie⁴⁹, porque “el hombre no es sustancia, no tiene una naturaleza fija, sino que se trata de un ente histórico, transido de temporalidad y ubicado siempre en una situación determinada, en una peculiar perspectiva desde la cual le es dado percibir ciertas facetas de la realidad. Su ubicación temporal determina que el hombre participe de determinadas creencias que constituyen, por así decirlo, el suelo en que se apoya para proyectar su vida hacia el futuro... Los avances de la ciencia y de la técnica han conducido a las sociedades a tales transformaciones que aún aquellas convicciones que eran reputadas como más firmes encuéntranse cuestionadas. Principios y creencias que tradicionalmente gozaban de general asentimiento entran hoy en irremediable crisis. El futuro se ha tornado incierto. El hombre no halla tierra firme donde apoyar sus pies... Las creencias desde las cuales vivíamos se han esfumado, sin que hayan sido aún reemplazadas por las que serán propias de la nueva edad que se avecina. Ello conduce, ineludiblemente, a la necesidad de un replanteamiento de los dos temas filosófico-jurídicos desde la perspectiva abierta por el mundo actual”⁵⁰.

ITALO CALVINO, bosquejando conceptos para el próximo milenio, escribe: “Si quisiera escoger un símbolo propicio para asomarnos al nuevo milenio, optaría por este: el ágil, repentino salto del poeta filósofo que se alza sobre la pesadez del mundo, demostrando que su gravedad contiene el secreto de la levedad, mientras que lo que muchos consideran la vitalidad de los tiempos, ruidosa, agresiva, piafante

⁴⁷ *Ibidem*, pág. 13.

⁴⁸ *Ibidem*, págs. 13 y 14.

⁴⁹ Cfr. MARTIN LACLAU, *ob. cit.*, pág. 412. Igualmente del mismo autor, “El derecho y el mundo moderno”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, núm. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1981, pág. 35.

⁵⁰ MARTIN LACLAU, *ob. cit.* (“Sentido y vigencia de la filosofía jurídica en el mundo actual”, págs. 412 y 413).

y atronadora, pertenece al reino de la muerte, como un cementerio de automóviles herrumbrosos... entre los valores que quisiera que se trasmitiesen al próximo milenio figura sobre todo este: el de una literatura que haya hecho suyo el gusto por el orden mental y la exactitud, la inteligencia de la poesía y al mismo tiempo de la ciencia y de la filosofía...”⁵¹.

Es indudable que el mundo ha cambiado, y con él, como repite HERNÁNDEZ, “ha cambiado, en conjunto, el panorama filosófico en torno al derecho. Sin embargo, el saber que se cultiva como prototipo de la ciencia jurídica no ha sufrido, pese a todo, un cambio profundo. Esta es una cuestión pendiente y quizá en marcha, pero todavía en los primeros pasos”⁵², observándose, últimamente, como un cúmulo de enfoques metodológicos distintos y dispares que propugnan vías desbordadas del esquema tradicional, “que van desde la repulsa del formalismo normativista para dar entrada a operatividades atenuadas a criterios realistas, teológicos y valorativos, hasta el establecimiento de formalizaciones más rigurosas conforme a las exigencias de la lógica formal y de la deontica. También se ha abierto camino un planteamiento epistemológico por el que tratan de obtenerse las consecuencias derivadas de la inclusión de la ciencia jurídica en el marco de las ciencias de la cultura. El derecho aparece contemplado desde otros ángulos de conocimientos, como el histórico, el sociológico y el comparatista...”⁵³.

5. ALGUNOS CAMBIOS MÍNIMOS

“Vengo a traer un ramo de sueños a este día”

CARRANZA

A) Integración de las ciencias y las humanidades

Como de las ciencias derivan adelantos técnicos, evolutivos, y de las humanidades las aspiraciones de libertad, igualdad y fraternidad —bellos aspectos de la sensibilidad humana—, todas, en conjunto, se aproximan más al conocimiento. Así escribe HERÁCLITO, en la cita que hace HEGEL de SEXTO: “Así como los carbones próximos al fuego se convierten en carbones ígneos, mientras que separados de él se apagan, así aquella parte de nuestro cuerpo separada de lo que lo rodea se vuelve casi irracional por efecto de esa separación... Así, aislado, el entendimiento pierde la fuerza de la conciencia que antes tenía; el espíritu considerado simplemente como algo individual y aislado pierde la objetividad, no es algo general en su individualidad, no es el pensamiento que se tiene así mismo por objeto”⁵⁴.

En el derecho, ciencias y humanidades, en vez de ciencias o humanidades, cuando no existe la suficiente claridad racional para afirmar que son extremos irreconciliables, y se aprecia que ambas están en movimiento, transformándose

⁵¹ ITALO CALVINO, *Seis propuestas para el próximo milenio*, Bogotá, Edit. Siruela, 1989, págs. 24, 133 y 138.

⁵² ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, *ob. cit.*, pág.

⁵³ ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la ciencia del derecho*, t. III, Madrid, 1973, pág. 425.

⁵⁴ HEGEL, *ob. cit.*, págs. 273 y 274.

EL DERECHO PENAL COLOMBIANO: ¿CIENCIAS O HUMANIDADES?

continuamente, que sus canciones se escuchan en el concierto del mundo en todos los tiempos, y es con ambos acordes con los que se entona el canto de la vida: la belleza de la danza existencial resulta de la diversidad de movimientos distintos, que entre sí se acercan y se alejan en la unidad de lo dialéctico.

No se discute la armonía exacta de las ciencias, ni la belleza contingente y plural de las humanidades; sin embargo, ambas conforman la vida, y por ello ambas están en el derecho, en representación oscura y multicolor, perenne y en movimiento, singular y plural, como la fragancia de lo vital: la no separatividad de todo lo humano, su unión. Sobre el particular escribe BERGSON: "La filosofía no consiste en elegir entre conceptos y en tomar partido por una escuela, sino en buscar una intuición única de dónde descender con igual facilidad a los diversos conceptos, ya que nos hallaremos por sobre las divisiones de escuelas... Casi no existe realidad concreta de la que no se pueda a la vez tomar las dos vistas opuestas y que no se subsuma, por consiguiente, en los dos conceptos antagónicos. Por eso existe una tesis y una antítesis que en vano se buscaría conciliar lógicamente, por la simplísima razón de que nunca, con conceptos o puntos de vista, se hará una cosa. Pero del objeto, aprehendido por intuición, se pasa fácilmente, en muchos casos, a los dos conceptos contrarios: y como por ello se ve salir de la realidad la tesis y la antítesis, se percibe al mismo tiempo cómo esa tesis y esa antítesis se oponen y cómo se concilian"⁵⁵.

En el vértice del antagonismo dualista, vaciando en el tiempo la tonalidad viviente, fluye la atracción por todo cuanto en la naturaleza y en la historia interesa al mundo como esencia y como modalidad contingente, mediante la humanización. Se desea igualar e integrar al saber en beneficio del ser humano, evitando en lo posible que la simpatía por una determinada expresión del pensamiento anule los aspectos positivos de otros, como recuerda MAX SCHELLER: "Bajo el signo de esta nivelación y de esta integración ha de erigirse la futura historia de la cultura humana, no bajo el signo de una repulsa partidista que rehace cierta especie del saber en favor de otra, ni bajo el signo del exclusivo fomento de lo históricamente «peculiar» a cada círculo de la cultura", porque "suponiendo que las ciencias positivas llegasen a la perfección de su proceso, el hombre, como ser espiritual, podría permanecer absolutamente vacío y aún podría retroceder hasta un estado de barbarie... puesto que el curso y transformación de la naturaleza han de servir, y no dominar, al advenimiento del centro más hondo que posee el hombre... Así resulta que la barbarie científica y sistemáticamente fundada, sería la más espantosa de todas las barbaries imaginables"⁵⁶.

En esta simpatía hacia todas las expresiones cósmicas que contribuyen a la evolución del ser humano, tienen igual valor las distintas esencias o formas contingentes del saber, y el timbre de su llamado se cuaja al rescoldo de un humanismo

⁵⁵ HENRI BERGSON, *Introducción a la metafísica*, Buenos Aires, Ed. Siglo Veinte, 1979, págs. 44, 45 y 46.

⁵⁶ MAX SCHELLER, *El saber y la cultura*, Buenos Aires, Ed. Siglo Veinte, 1983, págs. 87, 88 y 89.

práctico, procurando la unificación de las tendencias en el afán infinito del vuelo humano hacia su libertad, sin el límite temporal que implica el ancla de una sola conceptualización: el llamado del Universo desconoce las ruinas del tiempo, y entona con sus alas abiertas el canto del gozo de la luz humana. Todo cuanto implique el ascenso del ser humano hacia su despertar libre, igualitario y fraterno, llena de aliento vital la fluida brisa de la cultura plural en la unidad que todo lo abarca; y todo aprisionamiento del espíritu es un paso desacorde en la danza existencial. Dice así DORADO MONTERO: "Nuestros médicos sociales, los médicos sociales del mañana, no es precisamente cultura legal lo que habrán de menester... bueno es que sepan todo lo más posible... cuanto mayor es el número de representaciones mentales que tengan de los factores de la vida, más exactamente concebirán esta, mayor cantidad de relaciones y enlaces sorprenderán, y mejor podrán prever el futuro de los acontecimientos y aprovechar los elementos más apropiados para torcer o favorecer este curso... de todas las disciplinas hoy conocidas y cultivadas, han de conocer lo más posible..."⁵⁷.

Dar mayor valor a una rama determinada del saber, olvidando otras, en el infatigable mar del cambio, afecta la persecución de sus olas, sus luces y tinieblas, con perjuicio para el ser humano. Escribe sobre el particular, MAX SCHELLER: "Cuando una especie posterga a las otras dos, o a una de las otras dos, arrogándose exclusivamente la validez o dominio únicos, surge siempre un grave daño para la unidad y armonía de la existencia cultural del hombre"⁵⁸.

Para el derecho penal todo lo vital es importante, todo conforma el saber: es la "Canción de la Tierra que gira", de WHITMAN:

"...Las verdades de la tierra esperan...
son serenas, sutiles, intransmisibles por libros,
todo está empapado de ellos, y todo las transmite
de corazón...
sin negarse a nadie...
abrazando al hombre, abrazándolo todo...
abrazándolo todo... ningún ancla que lo sujete,
ninguna roca que lo golpee,
veloz, alegre, contento, sin aflicciones, sin
perder nada,
capaz y dispuesto a rendir estricta cuenta de
todo en cualquier momento..."⁵⁹.

Y el maestro de Pisa, en sus *Opúsculos*, advierte sobre la "Necesidad de profundos estudios jurídicos", "Ciencia y Sofisma", bosquejando "El Porvenir de la

⁵⁷ PEDRO DORADO MONTERO, *Bases para un nuevo derecho penal*, Buenos Aires, Ed. Depalma, págs. 69, 70, 71 y 74.

⁵⁸ MAX SCHELLER, ob. cit., pág. 86.

⁵⁹ WALT WHITMAN, *Hojas de hierba*, t. II, Barcelona, Edit. Teorema, 1984, págs. 59 y ss.

Ciencia Criminal". De estos estudios se transcriben las siguientes inquietudes: "No, no es verdad que pueda uno llegar a ser hábil juriconsulto, apoderado eficaz o sabio magistrado, solo aprendiendo de memoria los artículos de los códigos que rigen en un Estado... los sumos principios jurídicos... no pueden alcanzarse... si, por una parte, a su búsqueda se dedican profundas meditaciones, con la ayuda de una sana filosofía, y por otra, no se profundizan los esfuerzos de la humanidad en tal sentido...⁶⁰ y yo repito que con el solo estudio de los códigos quedamos por siempre ignorantes de la ciencia del derecho... cuidaos, oh jóvenes, de la seductora sirena del fácil dogmatismo. La sabiduría no puede ser completa si no es libre, y la libertad no puede ser duradera si no es sabia" (Discurso inaugural del año académico 1867-1868); "...la ciencia debe ser guía en la interpretación y aplicación de los códigos..." (Pisa, 2 de marzo de 1876); "...la luz espléndida de la verdad hará desaparecer los pequeños lunares que quedan en nuestra doctrina como vestigio de un pasado cuyas bases ya se han derrumbado totalmente. Y en verdad la generación que se levanta no querrá traicionar la misión a la que la destina la historia, renegando a los frutos de tantos estudios de nuestros padres y volviendo el efecto por los antiguos errores" (Pisa, 18 de noviembre de 1877)⁶¹.

B) El hombre, lo más importante

Aún, en los orígenes de la filosofía de la cultura, existe la preocupación de la cultura humanística por el hombre, permitiendo entender al ser humano —en el proceso del conocimiento universal— como superación de la violencia. Al meditar sobre HERÁCLITO se llega a pensar que las cosas individuales, al engendrarse y existir únicamente a raíz de la lucha, viven cada una mediante la destrucción de la otra y de la violencia: el proceso infinito del devenir es la transformación recíproca de los opuestos, tanto en el camino ascendente como en el descendente; y es, además, un concepto, el principio primordial, por cuya razón de todos los opuestos nace lo uno, como de lo uno nacen todas las cosas: es la unión, lo que es común a todas las cosas, reflejándose en el pequeño mundo del hombre, en su doble carácter de ser viviente y ser social, porque ya *l'homme est dans la nature, une partie de la nature*, y constituye la preocupación fundamental⁶².

El concepto anterior es indudablemente fecundo, "porque procediendo de él —escribe MONDOLFO— se llega a colocar al hombre, a la conciencia, al sujeto pen-

⁶⁰ En forma similar escribe DEL VECCHIO: "Una jurisprudencia desprovista de elementos filosóficos sería —según el ejemplo que KANT toma de la antigua fábula— semejante a una cabeza sin cerebro... No solo, pues, de los Códigos, o, como decía CICERÓN, «no del Edicto del Pretor, ni de las XII Tablas, sino de la íntima Filosofía debe obtenerse la disciplina del derecho»" (cfr. *Los principios generales del derecho*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1979, pág. 139).

⁶¹ FRANCESCO CARRARA, *Opúsculos de derecho criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1976, volumen I, págs. 73, 77, 79 y 81; volumen II, pág. 387; volumen VII, pág. 432.

⁶² Cfr. RODOLFO MONDOLFO, *En los orígenes de la filosofía de la cultura*, Buenos Aires, Ed. Librería Hachette, 1960, págs. 50, 51, 52, 53, 64, 65 y ss.

sante, en el centro de toda investigación y construcción filosófica, desde DESCARTES hasta KANT y nuestros días"⁶³. Esta conclusión se presenta estrechamente ligada al concepto de historicidad, es decir, al de la formación histórica de la cultura, que "nunca puede ser creación de un solo hombre en el limitado curso de su vida individual, sino conquista laboriosa y progresiva de una larga serie de generaciones en el amplio curso de la historia"⁶⁴, al cual es necesario tributarle el verdadero homenaje de la vida: su movimiento.

Únicamente en desarrollo de una relación, bien sea de ciencias y humanidades, en una relación viva, de hombre a hombre, es posible aclarar el alcance de este escrito, porque la ciencia filosófica del hombre, entre las cuales se hallan la filosofía y la sociología, parte de la consideración de este principio: el hombre con el hombre, en cuyo "estar —dos— en recíproca presencia se realiza y se reconoce cada vez el encuentro del «uno» con el «otro»...: únicamente cuando el individuo reconozca al otro en toda su alteridad como se reconoce a sí mismo, como hombre, y marche desde este reconocimiento a penetrar en el otro, habrá quebrantado su soledad en un encuentro riguroso y transformador"⁶⁵. De esta estimación surgen importan- tísimas concepciones para el derecho penal, como son, por ejemplo, el respeto y la dignidad del ser humano, cuya valoración contribuiría a los cambios positivos que se anhelan.

C) Hacia el Estado con posibilidades de realización humana

Es bueno anotar, en esta especie de conclusión que se soslaya de manera sumamente elemental, el interés en presentar la solución de los problemas de la justicia a través de la preocupación por el hombre.

Parece incuestionable que el ser humano es parte del Estado en razón de ciertas relaciones de la vida común que le interesan⁶⁶. Esta afirmación no agota todo el quehacer del asociado, quien busca, además, ciertas cosas que no son de la vida común, que no son del Estado ni para el Estado, y que son tan significativas —valiosas— como las cosas del Estado⁶⁷. Estos anhelos hacen posible la realización

⁶³ MONDOLFO, ídem., pág. 147.

⁶⁴ Ibidem, pág. 148.

⁶⁵ MARTIN RUBER, *¿Qué es el hombre?*, 13ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1985, págs. 145 y 151.

⁶⁶ CARRARA afirma que la asociación es una necesidad de la naturaleza del hombre, indispensable para su conservación y para sus fines. En la evolución la sociedad civil constituye el primer progreso, buscándose la protección de los derechos de la humanidad, amparando el derecho, o sea la libertad de todos los asociados, y el ejercicio racionalmente libre de las actividades humanas (cfr. *Programa...*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, pág. 15; t. VII, pág. 17; *Opúsculos...*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, pág. 194).

⁶⁷ "...el hombre, aun perteneciendo también al orden fenoménico, es íntimamente y se siente ser algo más que un fenómeno, al explicar su propia esencia, realizar su naturaleza, ser él mismo, es para él, más que un dato, un problema y una misión" (GIORGIO DEL VECCHIO, *Filosofía del derecho*, 9a. ed., Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1980, pág. 154). "En el trasfondo último de toda fundamentación jurídica, que es asunto de temáticas humanas, ha de situarse, junto a la consideración racional del hombre, la de su capacidad de libertad, sostén insoslayable de sus quehaceres" (JOSÉ LORCA NAVARRETE, *Justicia, Libertad*, Madrid, Pirámide, 1979, pág. 66).

material y espiritual del asociado, dando colorido a la cultura cuando no se destruyen ni menoscaben, al consagrarse la libertad, el respeto y la dignidad del ser humano⁶⁸. Es en la tutela de estos principios, en su institucionalización y realización material, que se facilita la vida en comunidad, y se empieza a bosquejar el Estado auténtico, que es un Estado para el hombre. Sobre el particular anota GARCÍA MÁYNEZ: "Si los valores solo tienen sentido para el hombre, y ser hombre depende de ciertos atributos condicionantes de la pertenencia a una especie homogénea, la naturaleza humana tendrá que constituir, al menos en sus aspectos esenciales, el fundamento objetivo de lo valioso. Por ello creemos que la solución de los grandes problemas estimativos deberá esperarse de los progresos de la antropología filosófica..."⁶⁹. En el bosquejo de este concepto se piensa que el derecho también constituye un elemento personalizante que contribuye a consolidar la continuidad personal, salvando "al hombre de la recaída en el mundo de los instantáneos", institucionalizando la fidelidad humana en cuanto afecta a terceros, al salvaguardar a "los otros contra mis posibles deserciones", uniendo "íntimamente derecho y vida humana"⁷⁰, porque el derecho solo tiene sentido en relación con el hombre: es un *ordre vital* y no un *ordre géométrique*, inerte y automático, que necesita fineza de comprensión, conocimiento de la libertad para avanzar más allá de lo mecánico (esquemático, analítico), hacia el concepto de impulso de amor [*élan d'amour*]⁷¹.

Parece indiscutible que el interés de la autoridad estatal se orienta, con relación al individuo, a procurar hacer más libre, digno y respetuoso el desarrollo de la actividad humana, mediante un hecho puramente humano, dirigido "solo a fines humanos", inmovible ante las furias de la mayoría y los abusos de la minoría: el derecho⁷². Mas, el derecho, en la orientación políticamente humana del Estado, procura la realización de ciertos fines humanos que se expresan, tímidamente, como límites para el Estado⁷³.

Estos límites enunciados son, fundamentalmente, el respeto a la dignidad del ser humano, vertido en la conquista no violenta de la libertad mediante una emanci-

⁶⁸ "El derecho no solo protege a la persona en su existencia material, sino también en su ser espiritual..." (cfr. a GIORGIO DEL VECCHIO, *Los principios generales del derecho*, ed. cit., pág. 101).

⁶⁹ EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ, *Filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1986, págs. 437 y 447.

⁷⁰ JESÚS BALLESTEROS, *Sobre el sentido del derecho*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1986, pág. 190.

⁷¹ Cfr. JESÚS BALLESTEROS, *Sobre el sentido del derecho*, ed. cit., págs. 92 y 190. Igualmente a HENRI BERGSON, *El pensamiento y lo viviente*, Buenos Aires, Edit. Pléyade, 1972, pág. 57.

⁷² Cfr. CARRERA, *Programa...*, t. I, ed. cit., págs. 5, 19 y ss.; t. II, págs. 13, 64 y ss.; t. VII, págs. 339 y ss.; t. IX, págs. 2 y ss.

⁷³ Con inusitada belleza y precisión técnica hace claridad al respecto FERNÁNDEZ, empleando un lenguaje de admirable colorido humano y filosófico, desarrollando los conceptos que otorgan contenido humanitario y personalista al Estado material de Derecho (cfr. "Los derechos humanos como barrera de contención y criterio autorregulador del poder punitivo", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 39, Bogotá, Edit. Temis, 1988, págs. 58 y ss.).

pación política con la oportunidad de dirigir la propia vida (libertad de profesión y de religión)⁷⁴, excluyendo toda degradación de la persona (pena de muerte, pena privativa de la libertad perpetua, trabajos forzados, penas desproporcionadas, torturas, tratos crueles, censura intelectual, etc.)⁷⁵, en fin, consagrándose que el ser humano tiene derecho, como escribe JACQUES MARITAIN, a ser tratado como una persona, no como una cosa al servicio del Estado, "y el grupo no alcanza su objetivo sino al servir al hombre y al saber que el hombre tiene secretos que escapan al grupo, y una vocación que el grupo no contiene"⁷⁶; el principio de intranscendencia de la pena, con rechazo a la pena como autoconstatación de la fuerza ("pena-venganza")⁷⁷, conteniendo otras vías alternativas, o mejor, una dimensión de mayor sensibilidad, "una tensión ontológica y axiológica del hombre en el vértice mismo de la pena"⁷⁸; la garantía del pluralismo político, concretado en la apertura formal y material hacia la democracia con oportunidades para todos los sectores de la comunidad civil, aspirándose a una sociedad igualitaria, y, también, a la creación normativa mediante el libre debate de los diversos grupos sociales para que la colectividad, inmediata destinataria de las normas penales, pueda manifestar su opinión⁷⁹; y, finalmente, la superación de la libertad y la igualdad formales, mediante un derecho con contenido humano y social, realizando materialmente el lema de "Libertad, Igualdad y Fraternidad", equilibrando la seguridad, la justicia y el bien de la colectividad, desarrollando los conceptos del derecho de los menores, de los débiles o de los pobres —hambre y sed físicas, apetencia, también de justicia social—, de los inválidos, de los marginados, de la salud, de la calidad de la vida, con acceso al trabajo, etc., garantizándose las libertades y derechos fundamentales al prohibirse su limitación por decretos leyes —su regulación corresponde al Congreso—, consolidando la exclusión de la violencia con la orientación filosófica que identifica a las ciencias y a las humanidades: el entendimiento bajo los conceptos de "razón y amor" enseñados por LEÓN TOLSTOY:

⁷⁴ Cfr. Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 5º, 18 y 26; Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, noviembre 4 de 1950), art. 4º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado por la Organización de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966), art. 7º; Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica", firmado el 22 de noviembre de 1969 por Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela) arts. 4º, 6º y 12.

⁷⁵ Y eliminando todo vestigio de estigmatización que conduzca al hombre a asumir un comportamiento de desviado como pauta de vida, creando ciudadanos de segunda categoría (cfr. a EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, "Aproximación a una política criminal democrática en la República Argentina", en *Ensayos de derecho penal*, México, Porrúa, 1986, págs. 459 y 463).

⁷⁶ JACQUES MARITAIN, *Los derechos del hombre*, Buenos Aires, Leviatán, 1982, págs. 26 y 43.

⁷⁷ Nace el anhelo de un salario por los trabajos realizados mientras perdura la reclusión, o la asistencia estatal para la familia en caso de hallarse en situación de indigencia o desamparo. Así mismo, el propósito de evitar los males de la pena privativa de la libertad, sustituyéndola por medidas en libertad.

⁷⁸ GARCÍA RAMÍREZ, ob. cit., pág. 69.

⁷⁹ Cfr. a MARINO BARBERO SANTOS, cit. por LUIS DE LA BARREDA SOLÓRZANO, "La democratización del Derecho Penal", en *Ensayos de derecho penal y criminología*, México, Porrúa, 1985, pág. 153.

“El amor es la única actividad razonable del hombre, el amor es el estado del alma más racional y más luminoso. Tiene necesidad, no más, de que nada le oculte el sol de la razón, único que lo hace crecer”⁸⁰.

En la humanización del derecho penal por el amor se introducen algunos cambios conceptuales, como el derecho-retribución, y pena-imputabilidad, dando prioridad a la equidad, posiblemente desarrollando el concepto de justicia-consecuencia jurídica⁸¹, las obligaciones estatales de asistencia, respeto, paciencia o discreta tolerancia, porque la situación actual no contiene los matices de una causa perdida: “Lo que a nuestro entender sí podría suceder, en un futuro indeterminado, es la sustitución de nuestra cultura y civilización por otras cuyas características esenciales nos es imposible vislumbrar... es indudable que los viejos patrones culturales ya han perdido su influencia y que los nuevos aún no se han establecido. Es decir, vivimos en una etapa de transición entre la escala de normas y valores que prevalecían a comienzos de este siglo y la próxima escala que aún no se ha elaborado, pero que no tardarán en aparecer...”⁸².

Finalmente, en la realidad colombiana algunas conductas corresponden a una desadaptación a las difíciles situaciones nuevas, que un día no muy lejano serán temas del pasado. Tal vez por ello se requiere de cierto tiempo, necesario para la maduración, asimilación y superación de los cambios que ocasionan algunas reacciones (conductas) desestimadas jurídicamente, y que insinúan —con sinceridad, observación y paciencia— la racionalización de algunos conceptos, entre ellos la claridad teórica que concreta KARL JASPERS: “La tolerancia no se confunde con el relativismo, actitud cómoda que se limita a dejar hablar, sin dejar interpelar, sino que estriba en aquella disposición de ánimo, pronta a oír y a subordinar el propio punto de vista a un proceso constante de comunicación”⁸³. En este sentido se aspira a un legislador más democrático, pronto a introducir en el derecho penal los cambios que los factores de desequilibrio y confusión aconsejan, buscando soluciones de fondo, relacionadas, primordialmente, con las causas de las reacciones de los asociados —no tanto con la pena— y cuando en la pena se piensa, este pensamiento debe ser tardío y rezagado, con la inquietud de una clara teorización, por lo menos, sobre las medidas en libertad.

Estos son los temas en los que convergen las ciencias y las humanidades, haciendo la claridad epistemológica sobre el derecho: en la tensión entre el ser y la libertad, el “poema comenzado es el hombre”⁸⁴, su esencial dignidad de persona, su libertad y respeto.

⁸⁰ GARCÍA RAMÍREZ, ob. cit., págs. 235 y ss.; 205-258.

⁸¹ LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, *El derecho y el amor*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1976, pág. 118.

⁸² ISRAEL DRAPKIN, ob. cit., pág. 34.

⁸³ JASPERS. Cfr. a BALLESTEROS, ob. cit. Es el pensamiento escogido como tema de reflexión en su obra.

⁸⁴ HEIDEGGER. Cfr. LORCA NAVARRETE, ob. cit., pág. 130.

Límites del derecho penal para controlar los riesgos sociales

(Una perspectiva crítica ante el derecho penal de peligro)*

Félix Herzog**

1. RIESGO SOCIAL Y AMENAZA DEL DERECHO PENAL

Hay muchos lugares en los que uno puede sentirse angustiado por el peligro que caracteriza a nuestra moderna civilización: en las proximidades de una central nuclear, de una zona de almacenamiento de residuos tóxicos, de una central purificadora, de una estación de maniobras, de un campo de ejercicios militares, de una fábrica química...

Bien mirado, y al respecto ha sido necesario un Tschernobyl para concientizar a muchos seres humanos, ya no se vive seguro en ninguna parte.

El agujero de ozono, los cambios climáticos, la abrasión y desertización, la muerte lenta de los bosques, son ejemplos de la situación generalizada de peligro para la humanidad, cuyas causas y efectos solamente pueden ser entendidos si se consideran globalmente.

Esta situación trae como consecuencia que la realidad, cada día más, se percibe y estructura a nivel cognitivo de acuerdo con un esquema de seguridad y riesgo [LAU, 1989, 418].

Los conflictos centrales de intereses sociales se avivan hoy, cada vez con más frecuencia, ante cuestiones de valoración, tolerancia y control del peligro [LAU, 1989, 420, 426 y ss.].

Con su estudio *La sociedad de riesgo [Risikogesellschaft]*, ULRICH BECK ha captado esa tendencia al desarrollo de la civilización técnica

* Traducción de ELENA LARRAURI (Universidad Autónoma de Barcelona) y FERNANDO PÉREZ ÁLVAREZ (Universidad de Salamanca).

** Profesor de la Universidad de Frankfurt.