

# EDITORIAL\*\*

\* Dedicamos este número, como se desprende del Editorial y de la Sección de Derecho Penal, a la publicación de las ponencias presentadas durante la celebración del Sesquicentenario de la legislación penal colombiana, la cual se llevó a cabo los días 26 y 27 de junio de 1987 en las instalaciones de la Biblioteca Luis Ángel Arango de Bogotá, entidad que prestó invaluable colaboración al Grupo de Estudio de Derecho Penal "RICARDO MEDINA MOYANO", y a la Editorial Temis, para la feliz conmemoración de tan magno y trascendental evento.

Quiere así la Revista vincularse en alguna medida con dicho acontecimiento invitando a la reflexión y al estudio de los trabajos que hoy aparecen, y a que se fomente la investigación científica en este campo del conocimiento, acorde con las exigencias que impone nuestro medio (*Nota del Coordinador*).

\*\* Este editorial fue elaborado por el Grupo de Estudio de Derecho Penal "RICARDO MEDINA MOYANO" integrado por los estudiantes de último año de Derecho de la Universidad La Gran Colombia de Bogotá, Lucy Jeannette Bermúdez, Arturo Alayón Guevara, Raúl Molano, Manuel Bernal, Alberto García Fernández y Omar Guzmán, dirigido por el profesor CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE, actualmente catedrático de Derecho Penal Comparado en la Universidad Santo Tomás de Bogotá.

## HACIA UN DERECHO PENAL REAL

A no dudarlo, el estudio analítico y crítico del pensamiento penal colombiano está por hacerse, y en verdad que constituye una necesidad para que sea posible determinar cuáles han sido su secuencia ideológica, sus variantes filosoficojurídicas, sus fines específicos en los diversos momentos sociopolíticos por los que hemos atravesado y, principalmente, determinar si los cambios de corrientes doctrinarias han servido para avanzar en el logro de un sistema penal más justo, respetuoso de los principios de dignidad humana, legalidad y culpabilidad como fundamento de la responsabilidad punitiva, que impone la política criminal como baremos a la potestad punitiva para evitar el abuso de poder en los Estados de Derecho.

Establecer cuáles han sido los motivos reales para los cambios, por demás frecuentes, de la legislación penal en nuestro medio, es un camino que debemos recorrer para que el examen actual que podamos hacer no sea ahistórico e idealista, además de encubridor de una constante realidad crítica de la sociedad y, más concretamente, de los destinatarios estigmatizados en el fondo oscuro de la estratificación clasista, quienes quieren conocer en qué consiste realmente el principio rector de igualdad ante la ley penal, la característica de generalidad en la selección de las conductas prohibidas o el por qué la inviolabilidad del derecho a la dignidad humana excluye a los inimputables, al consagrarse como medidas de seguridad privaciones efectivas de la libertad, indeterminadas en el tiempo, lo cual las convierte en penas más gravosas que las que se imponen a quienes delinquen con plena convicción y voluntad, vulnerando en esa forma esta limitante, al igual que la de la legalidad, la proporcionalidad y el principio de mínima intervención.

Estas incógnitas por resolver, aparejadas a la interesada tradición de importar la ley, la doctrina y hasta las soluciones politicocriminales, deben constituir lugar destacado en la discusión y elaboración penal, pues la falta de un saber penal auténtico no constituye la remembranza de un pasado, sino lo que se puede llamar un "pretérito-vigente", que suscita importante problemática si se piensa en que no se puede seguir considerando este fenómeno como simple consecuencia del facilismo o de la desidia legislativa; muy por el contrario, tal procedimiento se encuentra sustancialmente unido a la estructura de poder y a los fines deliberadamente buscados. De ahí que se trate de no permitir y obstaculizar, desde la cátedra hasta la judicatura, cualquier intento por desmitificar el decadente formalismo para adentrarnos en el contenido material del sistema penal, el cual se imposibilita mediante la aplicación del puro positivismo normativo que, amparado en un típico cientificismo, insiste en continuar con la farsa de interpretar la norma como si se tratara de un raro ente metafísico, lejos de considerarla como resultado de la evolución y el contexto historicopolítico, abandonando las imprescindibles vinculaciones filosóficas y desconociendo el conflicto social que trata de solucionar.

Aparentemente, la respuesta a estos interrogantes constituye el cuadro programático de las nuevas tendencias penalísticas y criminológicas en nuestro país, y si nos plegáramos a la retórica interesada del no compromiso y omitiéramos el cuestionamiento necesario para la clarificación de su análisis, bien podríamos afirmar que son superfluos los intentos por plantear premisas para establecer cuál es el estado actual del estudio del derecho penal en Colombia, pero, precisamente, es aquí donde radica lo interesante, por lo contradictorio, de la inquietante dinámica que, hoy más que nunca, ha permitido creer que nos encontramos en un punto de avanzada, cerca quizá de las metas utópicas de RADBRUCH o de HULSMAN.

Las nuevas brechas que se abren con el estudio crítico del sistema penal entre nosotros, por sí mismas demarcan su importancia y así lo han demostrado, principalmente, la actividad académica y la proliferación de literatura que constantemente traen a discusión la falacia de aquellas tendencias que ya han cumplido su papel histórico y que por inconsistentes, al ser desconocedoras de las garantías fundamentales del ser humano, no pueden permanecer legitimando su violación mediante un equilibrio técnico que para sostenerse ha tenido que crear una irreal imagen de hombre.

Es imperioso, por tanto, avanzar hacia un derecho penal real, que lleve a entender que la interpretación de la ley "...no debe limitarse a un examen formal y de cierto modo mecánico de los textos..., sino que toca penetrar en el sentido profundo de las instituciones políticas y del ordenamiento jurídico que nos rige...", para desde esa posición, analizar las repercusiones que produce en el equilibrio del Estado de Derecho, conforme alentadoramente lo consideró la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 5 de marzo del presente año al declarar inconstitucional el decreto 3671 del 19 de diciembre de 1986, por medio del cual se trasladaba la competencia para conocer de algunos delitos de narcotráfico cometidos por civiles, a la justicia penal militar\*.

Hemos dicho que el progreso es aparente, queriendo significar con esta expresión la confusión que se presenta no respecto a quienes con serios fundamentos y compromiso ideológico cuestionan el sistema penal en todo aquello que sea necesario para denunciar el abuso del poder, como tampoco desconocer la necesidad que en esta y en lejanas latitudes existe de abandonar, de una vez por todas, la supeditación del objeto al método, de no desconocer que al penalista también le incumbe el análisis del proceso de creación de la ley, de los fenómenos sociopolíticos en que esta aparece y se aplica, que no se puede seguir supeditando lo sustancial a lo formal, en fin, descubrir la realidad del sistema penal para que no sea la manifestación soterrada de la simple represión. La apariencia a que nos referimos tiende a cuestionar el camuflaje que se descubre al confrontar la realidad con las metas que dicen perseguir y el doble discurso que manejan quienes en forma irresponsable y guiados por personalísimos intereses, en lugar de contribuir al logro de aquellos fines, lo que crean es un estado de desconcierto y confusión que es necesario clarificar para identificar los análisis críticos que verdaderamente contribuyen a

\* Tal decisión puede consultarse en *Nuevo Foro Penal* N° 36, págs. 241 y ss, con comentario del Dr. HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO.

brindar soluciones a nuestra problemática, no a la de los países centrales, pues ya la cuestión no es de pura erudición y, de otra parte, si existe compromiso y honestidad en sus expositores y defensores. De no ser así, seguiremos por el camino de un idealismo más, que, sin lugar a duda, es tanto o más perjudicial que la ideología que manejan quienes abiertamente siguen creyendo que el derecho penal es solo técnica, más o menos abstracta, donde debe primar el esquema formal ante la justicia.

En efecto, como reiteradamente se ha manifestado, la dependencia del pensamiento penal colombiano en relación con el europeo, al igual que sucede en el contexto latinoamericano, no constituye nada oculto desde el momento mismo en que se realizó el tránsito legislativo al surgir las repúblicas independientes en la primera mitad del siglo pasado, situación esta que persiste hasta el presente como medio idóneo para obviar la necesidad de realizar los correspondientes estudios politicocriminales que, desde luego, impedirían ese burdo procedimiento en la medida que al establecerse las causas socioeconómicas y políticas que, hogaño igual que antaño, son generadoras de la criminalidad. Un tal proceder implicaría dar soluciones básicas a los problemas sociales y no acudir a la reacción penal como primer recurso; por ello es por lo que se prefiere seguir solucionando los problemas en sus efectos, ignorando nuestros propios fenómenos sociales.

Esta importación legislativa se ha visto respaldada por el sustento que le ha brindado una doctrina interesada en deslindar el proceso de criminalización con el de aplicación de la ley, sin mira distinta que la de armar una teoría justificadora con argumentos tan deleznable como el de la omnipotencia del legislador, su sabiduría y hasta prolongando en el tiempo su voluntad, olvidando que, como lo afirma BINDING, una vez expedida la ley, esta se torna absolutamente independiente de quien la elabora y corresponde ser interpretada y aplicada al caso concreto, sin desconocer la realidad social existente al momento en que aparezca el conflicto y no condicionada al interés particular que bien pudo motivar su promulgación.

El análisis de esta situación constituye uno de los postulados de mayor importancia en las tendencias críticas actuales, que también corresponde a la dialéctica progresista europea y esto no tiene nada de criticable, por el contrario, inclusive, sin necesidad de rótulo alguno, es a donde debe tender una concepción real del saber penal; lo censurable y sobre lo que debemos detenernos es respecto a si se está cayendo en otra dependencia y, por ende y curiosamente, encubriendo el problema, lo cual es exactamente lo que se critica de las corrientes tradicionales.

Tomar como punto de apoyo las soluciones dadas a los problemas europeos puede constituir una no despreciable ayuda para ampliar los elementos de juicio que nos posibiliten un análisis integral, siempre y cuando sean viables respecto de nuestra propia realidad; pero trasladar ahora, no solo la ley y la doctrina sino también fenómenos que en nuestro ámbito cultural nunca han existido, es al menos inapropiado, pues se desenfoca el problema al dejar intactos los que nos corresponden y únicamente logramos alcanzar un envidiable enciclopedismo y un dominio de la crítica central, pero, entretanto, lo que se está obviando el debate a la crisis que se afirma se quiere solucionar. En consecuencia, por ningún motivo se

puede desconocer nuestro sistema penal, pues de hacerlo se incurre en el error que, precisamente, sirve como objeto de crítica.

Es entonces fundamental clarificar el estado actual del pensamiento penal y criminológico nacional para que sea coherente y honesto decidiéndonos, además, a hacer nuestras propias investigaciones para dejar de tomar olímpicamente las realizadas en otras latitudes como si fueran propias. Es que no podemos someternos a engaño, cuando se resulta elucubrando, luego de densos análisis, sobre fenómenos juridicocriminológicos extraños, como correspondientes a nuestro ámbito cultural, elaborando un discurso ideal y pensando, por ejemplo, que la pena privativa de la libertad, entre nosotros, se origina en el fenómeno "cárcel-fábrica", cuando el pasado histórico nos demuestra que en Latinoamérica no existió tal relación, o mostrar como una lucha ganada la proscripción de la responsabilidad objetiva, con fundamento en los planteamientos europeos, cuando aún subsiste en la ley penal colombiana al consagrar fenómenos como la preterintención o la *actio liberae in causa*; y, qué decir de la manifiesta incoherencia entre quienes tienen un sitio destacado en la doctrina nacional que, previa rotulación de criminólogos de avanzada, resultan manejando un esquema dogmático a ultranza de la teoría del delito o desconociendo los básicos principios de favorabilidad o el derecho de defensa y hasta el de legalidad y dignidad humana.

Por lo demás, es preciso hacer claridad respecto a aquellos penalistas o criminólogos que pretenden ganar adeptos en los dos bandos, ya a nivel nacional o internacional, de acuerdo a los intereses que se persigan en un momento determinado: críticos del sistema penal en unas oportunidades y defensores convencidos en otras.

Esta cómoda y reprochable posición debe ser denunciada, pues, además de deshonesta, permite crear un híbrido nada esclarecedor sobre la verdadera concepción que se maneja por quienes están dedicados al estudio del derecho penal y de la criminología, pues no es difícil encontrar penalistas matriculados como críticos defendiendo los intereses que censuran, o como redactores de estatutos integrando comisiones que se sabe previamente son conformadas por el legislador extraordinario, desconocedor de la intervención ciudadana en el proceso de establecimiento de las disposiciones legislativas como corresponde a la estructura jurídica del Estado de Derecho o, lo que es más común, como jueces que resultan más inquisidores que los reconocidos como tales.

Es claro, entonces, que no cuestionamos a los investigadores honestos ni censuramos la necesidad de trabajar por un derecho penal real, humano, respetuoso de las garantías hasta ahora alcanzadas, no desconocedor de la realidad social, económica y política del país, como tampoco del análisis comparativo extranjero, siempre y cuando no sea ahistórico para nuestra cultura; lo que censuramos es la bipolaridad científica e ideológica de todos aquellos que con seguridad han omitido hacerse la aguda pregunta a que invita el profesor ZAFFARONI: ¿Qué es lo que causamos?

Grupo de Estudio de Derecho Penal  
RICARDO MEDINA MOYANO

## SECCIÓN DE DERECHO PENAL