

REYES ALVARADO, YESID, "Derecho penal, justicia social y exclusión social", *Nuevo Foro Penal*, 102, (2024).

Derecho penal, justicia social y exclusión social*

Criminal law, social justice and social exclusion

YESID REYES ALVARADO**

"La expansión de la justicia penal es muy real en términos de control social, pero es muy simbólica en términos de capacidad de resolución de problemas sociales"¹, decía con razón John Vervaele al analizar críticamente la orientación que desde hace unos años y de manera creciente ha tenido el derecho penal hacia el concepto de seguridad². Los límites del poder punitivo del Estado siempre han sido una de sus mayores preocupaciones, y las contribuciones que ha hecho en ese sentido justificarían por sí solas el merecido homenaje que a través de este libro colectivo se le hace a su obra científica.

Dei deliti e delle pene sigue siendo citado como un hito en la historia del derecho penal, porque marcó el comienzo de su humanización; su mérito no radica tanto en los argumentos utilizados por Beccaria como en haber tenido el valor de pronunciarse públicamente sobre lo que ya muchos pensadores de su época venían advirtiendo: la necesidad de ponerle límites al poder absoluto que tenían los soberanos para decidir qué conductas eran consideradas como delitos, a quiénes se podía castigar por su comisión y con qué clase de penas.

* Este texto fue originalmente publicado en inglés; cfr. Yesid Reyes. "Criminal Law, social justice, and social exclusion". En *Of swords and shields: due process and crime control in times of globalization – Liber Amicorum prof. dr. J. A. E Vervaele*. Ed. Luchtman Michiel (Amsterdam: eleven, 2023), 139 y ss, trad. de María Camila Correa Flórez.

** Director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: yesid.reyes@uexternado.edu.co

1 John Vervaele, "Redefinición de los objetivos, la naturaleza e instrumentos del sistema de justicia penal bajo el paradigma de la seguridad", *Revista eletrônica de direito penal* 2, n°1, 2014.

2 Un concepto de seguridad que, además, está estrechamente unido a la idea de la prevención como fin de la pena y que, por eso mismo, termina por servir a los propósitos expansionistas del derecho penal. Michael Pawlik. *Das Unrecht des Burgers*. (Tübingen: Mohr Siebeck 2012), 82.

Esas preocupaciones fueron recogidas a finales del siglo XVIII por el pueblo francés al considerarlas como ejemplos del abuso de la clase dominante sobre los oprimidos y excluidos sociales. Con el triunfo de la Revolución Francesa surgieron principios como el de legalidad, erigidos en elementos centrales alrededor de los cuales los italianos y los alemanes comenzaron a desarrollar una dogmática orientada a consolidar barreras contra el abuso del derecho penal por parte de los Estados. No eran solo abusos relacionados con el derecho penal sustancial, como el de crear los delitos o las penas después de que la conducta se hubiera desarrollado, sino que podían percibirse con igual o mayor intensidad en el ámbito del derecho procesal penal en el que estaba contemplado el uso de la tortura para conseguir la confesión como prueba reina, y se toleraban e incluso estimulaban las inhumanas condiciones de reclusión de los condenados.

Se cuestionaba el abuso del derecho penal como forma de ejercer el poder, y eso comprendía tanto al derecho penal sustancial como al derecho procesal penal. Por eso los correctivos no podían agotarse en la obligación de definir previamente los delitos y las penas, sino que era necesario precisar los límites dentro de los que debían realizar sus actividades los encargados de investigar y juzgar los delitos, así como regular las condiciones de ejecución de la pena. En términos más generales, todo el movimiento impulsado por Beccaria estaba orientado a señalar que los soberanos no son libres en la utilización del derecho penal y que, por consiguiente, ese derecho penal no siempre es legítimo.

En la medida en que el sistema penal es una forma de control social utilizado por los gobernantes para mantener la armónica convivencia en comunidad, no cabe duda de que es una manifestación del poder político cuyo propósito es servir como una más de las herramientas orientadas a organizar y controlar la vida en sociedad. Pero por eso mismo resulta indispensable que el ejercicio de esa concreta manifestación del poder político tenga límites.

Seguimos alabando el valor de Beccaria, elogiando la trascendencia de sus ideas y recomendando su lectura a quienes se inician en las lides del derecho. Sin embargo, prestamos menos atención a lo que ocurre en nuestro entorno; un entorno en el que estamos volviendo de manera paulatina pero constante al ejercicio abusivo del derecho penal por parte de los poderosos; un derecho -pero especialmente un derecho penal- orientado a la exclusión: se excluye de la sociedad a los delincuentes hasta el extremo de negarles su condición de seres humanos como cuando se los califica de "ratas de alcantarilla"³; se reclama permanentemente que deben estar

3 En más de una oportunidad entre los años 2020 y 2022, el presidente de Colombia Iván Duque

encerrados en prisiones cada vez más tiempo y desde antes de que sean declarados responsables de sus delitos, se presta poca atención a las condiciones de las cárceles⁴; y cuando terminan de pagar su pena se les niegan opciones de trabajo que les permitan rehacer su vida en sociedad⁵, actitud con la que se los impulsa nuevamente a la delincuencia como lo que terminan siendo: un grupo de personas excluidas de la comunidad social⁶.

En las últimas décadas se le ha prestado mucha atención a la investigación y desarrollo de los elementos de la teoría del delito como parte del sistema penal, pero menos al fortalecimiento de los principios que rigen todo sistema y a otro aspecto que es clave en el funcionamiento de cualquier sistema: asegurarse de que con su diseño y funcionamiento se estén cumpliendo los fines para los que fue concebido. El sistema penal fue creado con el propósito de racionalizar el uso del derecho penal, empeño en el que juegan un papel determinante principios como los de legalidad, culpabilidad y antijuridicidad. Sobre este último hay relativo consenso en cuanto a admitir que gira alrededor de la protección de los bienes jurídicos convirtiéndolos es un elemento importante en la estructura de la teoría del delito, pero menos en cuanto a su estrecha conexión con los principios del sistema. La exigencia de que la creación legal de todo delito esté orientada a la efectiva protección de un bien jurídico frente a determinadas formas indebidas de ataque es importante dentro de los principios de la teoría del delito, porque permite limitar el poder del soberano en el uso del derecho penal, marcando la diferencia entre lo que es un derecho penal legítimo y uno ilegítimo.

La legitimidad del derecho penal está estrechamente conectada con la faceta política del derecho, esto es, con su concepción como una forma de control social, lo cual presupone la existencia de una comunidad sobre la que los gobernantes están autorizados a hacer uso del derecho, incluido el penal. A su vez, la sociedad está edificada sobre un acuerdo de voluntades entre seres humanos que deciden cambiar

se refirió a personas acusadas de corrupción con el calificativo de "ratas de alcantarilla". *Duque llama "ratas de alcantarilla" a quienes roben recursos durante la crisis.* <https://www.youtube.com/watch?v=mVfeLTxyF0>

4 Sobre los regímenes opresivos y deshumanizadores de las cárceles, Antony Duff. *Sobre el castigo*. Trad. de Horacio Pons. (Buenos Aires: Siglo XXI, 2015), 25.

5 Duff. *Sobre el castigo*, 25.

6 Sobre necesidad de que, después de cumplida la pena, la sociedad esté dispuesta a permitir la reintegración del condenado, Duff. *Sobre el castigo*, 48.

su vida en estado de naturaleza para convivir con otros individuos de su especie⁷, lo que acarrea dos consecuencias importantes: la primera, que si bien cada individuo es libre de desarrollarse como persona dentro del grupo social, también debe ceder algo de la libertad de la que disponía en estado de naturaleza para garantizar la relativa libertad de sus congéneres; la segunda, que a cambio de esa cesión de libertades la comunidad -a través de sus gobernantes- le garantiza beneficios como la seguridad, la justicia, el trabajo o la vivienda, lo que a su vez puede llevar a una limitación adicional de garantías individuales en beneficio de la comunidad⁸. Esa forma de relacionarse entre individuos dentro del marco de una comunidad organizada es lo que da origen al concepto de ciudadano que, a su vez, determina los derechos y deberes del individuo frente a los demás tanto individualmente como en cuanto colectividad⁹.

Desde el punto de vista del derecho penal esto se traduce en que los ciudadanos se comprometen a cumplir la ley y admiten ser castigados por su eventual desobediencia¹⁰. A partir de esta forma de entender las relaciones entre la sociedad, el poder político y el derecho penal se pueden definir más precisamente los bienes jurídicos como ámbitos de administración de libertad¹¹, en lugar de identificarlos con algo perteneciente al mundo de lo natural¹². Este cambio de concepción sobre lo que es el bien jurídico, dejando de identificarlo con lo puramente ontológico para dotarlo de un contenido social, implica que el uso del derecho penal por parte de los gobernantes solo es legítimo en cuanto proteja la esfera de libertad individual, y la destinada a garantizar el funcionamiento de la comunidad social. Por eso el

7 Como bien señala Silva Sánchez, “la legitimación de la pena requiere la preexistencia de una comunidad jurídico-política”; cfr. Jesús María Silva Sánchez. *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. (Barcelona: Atelier, Barcelona, 2028), 70.

8 Para Pawlik, la dignidad humana debe concebirse como la facultad que tiene cada individuo de conducir su vida de manera libre pero responsable; cfr. Pawlik. *Das Unrecht des Burgers*, 101.

9 “Sólo de ese vínculo podría derivarse la exigibilidad estatal del deber de obediencia e la norma. El vínculo al que aludo suele denominarse ciudadanía”; cfr. Silva Sánchez. *Malum passionis*, 70 y 71.

10 Para Pawlik, esto se deriva de la corresponsabilidad del ciudadano en el mantenimiento de una comunidad social entendida como “el estado de libertades” en el que vive; Pawlik. *Das Unrechts des Burgers*, 110. Yo diría que es su contribución a una vida social que solo es concebible a través de la administración de libertades que, como ya señalé, son la faceta social de los denominados bienes jurídicos cuya protección legitima el derecho penal.

11 Yesid Reyes. “¿Sirve de algo el bien jurídico? Una perspectiva social”. En *Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Penal*. (Madrid: Reus, 2020), 377.

12 Pawlik critica el concepto de bien jurídico, pero a partir de un concepto más estático de ellos y muy vinculado a la realidad ontológica; Pawlik. *Das Unrecht des Burgers*, 103, 104 y 127.

derecho penal no debe ser entendido como algo que los gobernantes le impongan a los gobernados, sino como algo que los propios ciudadanos se imponen como consecuencia de su vida en comunidad¹³. Esto lleva a afirmar que solo hay un derecho penal posible y es el derecho penal del ciudadano¹⁴ o, dicho de otra manera, solo el derecho penal del ciudadano puede considerarse como legítimo.

El principal compromiso de un Estado para con sus ciudadanos es la garantía de la seguridad; pero la seguridad que debe proveer un Estado no se agota en la protección de la indemnidad física de sus ciudadanos, sino que se extiende al deber de brindarles la posibilidad de resolver sus conflictos de manera pacífica y ordenada, lo que se traduce en una adecuada oferta de justicia. La seguridad y la justicia son dos manifestaciones de un derecho más amplio y básico con el que se puede resumir el principal de los deberes del Estado: el de garantizar la paz¹⁵ en la comunidad social cuya gestión le han encargado sus propios ciudadanos¹⁶.

La capacidad que tengan los Estados de suministrar a sus ciudadanos esos “bienes políticos” es lo que permite clasificarlos en categorías como las de fuertes, débiles o fallidos. Si bien es verdad que el contenido de esas clasificaciones sigue siendo objeto de polémica, en lo que sí parece haber consenso es en que un Estado debe estar en condiciones de controlar su territorio y, como consecuencia de ello, de proveer a sus ciudadanos de bienes como la seguridad, la justicia, la educación, el trabajo, la vivienda y los servicios públicos¹⁷. Por eso se puede afirmar, sin necesidad de comprometerse con clasificaciones como las acabadas de mencionar, que cuantos más bienes de estos pueda suministrar en forma adecuada, más fuerte será el Estado; y cuanta menos capacidad de hacerlo tenga, menor será su fortaleza.

Esto lleva a la pregunta de qué tanta legitimidad tiene un Estado para castigar a quienes infringen leyes porque el mismo Estado, incumpliendo esos compromisos sobre los que está edificado, los pone en situación de quebrantar las normas¹⁸

13 Cfr. Duff, *Sobre el castigo*, 29 y 30.

14 Cfr. Pawlik. Das Unrecht des Burgers, 110; Michael Pawlik. “Die bürgerliche Mitwirkungspflicht im Strafrecht und die Stellung der Exkludierte”. En *Sancinetti FS*. (Berlín: Duncker & Humblot, 2020), 147.

15 Para Pawlik el primer deber a cargo de un Estado debe ser la garantía de la paz; Michael Pawlik, “Die bürgerliche”, 149.

16 Cfr. Silva Sánchez. *Malum passionis*, 76. Ese es el primer paso para transitar de un estado de naturaleza con predominio de la violencia individual, a una vida en sociedad donde la solución de los conflictos esatá reglamentada y está a cargo de representantes de la comunidad.

17 Solo estas condiciones “permiten seguir hablando de una vida en común -comunidad- en la que tienen lugar relaciones jurídicas entre ciudadanos”; cfr. Silva Sánchez. *Malum passionis*, 80.

18 Cfr. Pawlik. “Die bürgerliche Mitwirkungspflicht im Strafrecht und die Stellung der Exkludierte”, 151.

penales¹⁹. El tema no es nuevo; en las concepciones tradicionales de la teoría del delito, por ejemplo, se considera el hurto famélico como una causa de exclusión de la responsabilidad penal²⁰. Actualmente se trata de casos que suelen resolverse por una de dos vías: la primera es el reconocimiento de un estado de necesidad que, al evidenciar la imposibilidad que la persona tuvo de comportarse conforme a derecho en su concreta situación, excluye la responsabilidad penal; la segunda es la atenuación de la pena para aquellas hipótesis en las que si bien se admite que el ciudadano podía haberse comportado conforme a derecho, resulta evidente que la comisión del delito estuvo motivada por sus particulares condiciones personales y sociales como la indigencia, la extrema marginalidad y pobreza, la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible, o cualquier circunstancia análoga.

La atenuación de la pena, e incluso la inaplicación del derecho penal en casos como los mencionados son una forma de reconocer que esos ciudadanos se vieron impelidos a cometer delitos porque el Estado falló al momento de cumplir con sus compromisos de brindarles las condiciones para una vida digna. Desde el punto de vista individual, este tipo de soluciones en el ámbito de la aplicación de la pena resultan satisfactorias frente a unos grupos de casos. Pero dejan sin resolver una pregunta previa que tiene que ver con la validez de los principios que deben guiar el sistema penal: ¿es legítimo aplicar el derecho penal a los excluidos sociales, esto es, a quienes el Estado ha empujado a esa situación de exclusión que los sitúa en trance de desconocer las normas?²¹

La figura del agente provocador es un buen ejemplo de casos en los que la conducta puede ser delictiva y se tiene individualizada a la persona que la desplegó, pero el Estado carece de legitimidad para perseguirla por ese delito dado que la indujo a cometerlo²². Frente a hipótesis como esta, la pregunta no es la de si están presentes los elementos de la teoría del delito, sino si el Estado tiene legitimidad para procesarlo como infractor de una norma penal²³. Ese es el mismo dilema que hay frente al tratamiento que el derecho penal debe darle a los excluidos sociales;

19 Dicho con las palabras de Duff: “¿es posible castigar justamente a delincuentes cuyos delitos guardan íntima relación con las graves injusticias sociales que han sufrido?”; Duff. *Sobre el castigo*, 144.

20 Cfr. Jesús María Silva Sánchez. *Malum Passionis*, 88 y 89.

21 Cfr. Duff. *Sobre el castigo*, 93 a 95.

22 Cfr. Duff. *Sobre el castigo*, 83 a 85.

23 “...no podemos tener la esperanza de hacer justicia penal adecuadamente, ni a víctimas ni a delincuentes, mientras no estemos más cerca de la justicia política y social”; Duff. *Sobre el castigo*, 95.

en puridad de términos, no es un problema de si los excluidos deben responder de manera atenuada o, incluso, ser absueltos por estado de necesidad, que es como la doctrina mayoritaria acostumbra a tratar este problema. El asunto es si el Estado tiene la legitimidad para llamarlos a responder por sus actos y para imponerles las sanciones previstas en el Código Penal²⁴. El tema se desplaza entonces de su lugar tradicional en la teoría del delito -eximentes o atenuantes de responsabilidad- a uno de los principios del sistema penal: el de su legitimidad.

La ciudadanía es, ante todo, inclusión²⁵; inclusión en una comunidad social que le brinda a los ciudadanos posibilidades de una vida digna, y que a cambio de ello les exige el cumplimiento de las normas de convivencia. El derecho penal se mueve cada vez más hacia la exclusión²⁶; es indispensable cuestionar más la legitimidad de ese derecho; el sistema penal tiene que ser ajustado para que cumpla con el propósito para el que fue creado, es decir, para racionalizar la utilización que de él hacen los gobernantes. No debemos limitarnos a evocar el pensamiento de Beccaria, porque si bien algunas prácticas concretas contra las que él luchaba entraron en franco desuso, las manifestaciones de abuso del derecho penal no solo no han desaparecido, sino que siguen proliferando, aunque dotadas de nuevas apariencias.

Respecto de la pena, por ejemplo, si bien puede afirmarse que tiene un carácter retributivo, debe ser compatible con el propósito general de todos los mecanismos de control social, que es el de preservar la convivencia al interior de la sociedad. Por eso la pena no debe ser entendida como la expulsión del delincuente de la sociedad como ocurría en las comunidades primitivas, y como aún hoy sostiene algunos. La imposición de la pena debe ser compatible con la reincorporación del delincuente al grupo social, es decir, debe mantener el propósito inclusivo que caracteriza la vida en sociedad porque quien comete el delito no pierde su condición de ciudadano²⁷. Si excluimos a los delincuentes, si les quitamos su condición de ciudadanos por

24 ¿Qué autoridad tiene el Estado para exigirle a esos ciudadanos que cumplan con sus deberes sociales cuando él no lo hace con los que tiene a su cargo? ¿Qué tan hipócrita es esta postura del Estado? Al respecto, cfr. Silva Sánchez, *Malum Passionis*, 92 a 95.

25 "...la ciudadanía es una cuestión de inclusión (...) pero la inclusión no solo tiene beneficios; implica así mismo cargas: los ciudadanos también comparten las responsabilidades y deberes con los que debe cumplirse si se aspira a la prosperidad de la comunidad política"; Duff, *Sobre el castigo*, 36.

26 "Esto adquiere fuerza retórica en el infame lema 'tres strikes y estás out': estás 'fuera' de la sociedad civil, excluido de ella"; Duff, *Sobre el castigo*, 25.

27 "...deberíamos tratar de resistir la tendencia excluyente en el derecho y el castigo penales: esa idea de que, al cometer un delito, el delincuente pierde su categoría de ciudadano; Duff. *Sobre el castigo*, 47.

haber infringido una norma penal, ¿por qué tendrían ellos que aceptar la imposición de una pena si ya no hacen parte de ese grupo social cohesionado por las normas que desconoció? El hecho de que los delincuentes gocen de derechos que deben ser respetados por el sistema mientras se los juzga y durante la ejecución de la pena, muestra que siguen siendo parte de la sociedad y que la comisión de un delito no debe llevar a excluirlos de ella.

Tratar a un delincuente como “rata de alcantarilla” muestra más que el retiro de su condición de ciudadano. Implica su deshumanización y pone en evidencia que se lo trata como a un animal; es el perro al que se patea por morder a un ser humano²⁸, para utilizar el ejemplo con el que Hegel se oponía a quienes conciben la pena como una simple sucesión irracional de males²⁹.

El derecho penal debería preferir los castigos no excluyentes³⁰, como por ejemplo las multas o los trabajos no remunerados en beneficio de la comunidad, cuando la situación de los sancionados lo permita, lo que a su vez depende de que el Estado pueda garantizarles una vida digna. Esa clase de castigos suponen una declaración de responsabilidad que resalta el reproche por la infracción de la norma, pero le respeta al delincuente su condición de ciudadano al no marginarlo de la sociedad.

Debemos avanzar hacia un uso cada vez más reducido de la pena privativa de la libertad, como parte del anhelo de racionalización del derecho penal que fue el propósito con el que fue creada la teoría del delito como parte del sistema penal. Pero mientras conseguimos una reducción significativa en el uso de la cárcel, debemos procurar que ella sea menos excluyente; a los condenados se les deben brindar posibilidad de rehabilitación no solo capacitándolos mientras cumplen la pena sino, lo que es más importante, ofreciéndoles posibilidades de reinserción cuando abandonen la prisión, porque es en ese momento cuando debería ser más notorio que esa persona sigue siendo ciudadano, que no ha sido excluido de la sociedad por haber cometido un delito.

En definitiva, no todo el derecho penal que se produce en la actualidad es legítimo; una de sus manifestaciones cuestionables, que debe ser objeto de preocupación, atención y solución, es su tendencia a la exclusión social; excluye cuando escoge las conductas que criminaliza, cuando selecciona las personas a quienes persigue, cuando

28 Cfr. Georg Wilhelm Friedrich Hegel. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. (Berlín: Verlag von Duncker und Humblot, 1833) § 99 138.

29 Cfr. Hegel. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 99, pág. 137.

30 “...podemos y deberíamos aspirar a un derecho penal democrático que sea inclusivo y no excluyente”; Duff. *Sobre el castigo*, 27.

decide las sanciones que aplica, cuando establece las condiciones en que deben ejecutarse, y cuando dispone cómo se debe tratar a los exconvictos.

Bibliografía

Vervaele, John, "Redefinición de los objetivos, la naturaleza e instrumentos del sistema de justicia penal bajo el paradigma de la seguridad", *Revista eletrônica de direito penal*, vol 2, num. 1, 2014.

Pawlik, Michael. *Das Unrecht des Burgers*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

Duff, Antony. *Sobre el castigo*. Traducción de Horacio Pons. Buenos Aires: Siglo XXI, Buenos Aires, 2015,

Silva Sánchez, Jesús María. *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Barcelona: ed. Atelier, 2018.

Reyes, Yesid. "¿Sirve de algo el bien jurídico? Una perspectiva social". en *Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Penal*. Madrid: ed. Reus, 2020.

Pawlik, Michael. "Die bürgerliche Mitwirkungspflicht im Strafrecht und die Stellung der Exkludierte". En *Sancinetti FS*. Berlín: Duncker & Humblot, 2020.

Friedrich Hegel, Georg Wilhelm. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Berlin: Verlag von Duncker und Humblot, 1833, § 99.