

LINEAMIENTOS GENERALES DE UNA POLÍTICA CRIMINAL DE LOS DERECHOS HUMANOS¹.

Desde una postura personalista realista

Fernando José Botero

Docente Investigador en el Área Penal

Universidad de Medellín. Colombia

§1. INTRODUCCIÓN.

1. Uno de los temas más socorridos en los manuales o tratados de Derecho Penal es el relativo a la Política Criminal, en donde la mayoría de las veces se parte de una definición para luego presentar las relaciones de ella con los demás saberes penales, entre los cuales cabe destacar a la dogmática penal –ciencia del Derecho Penal- y la a criminología.

2. Tal forma de presentar la Política Criminal comporta dejar fuera la verdadera funcionalidad, entendida ella como: “*la relación entre conceptos jurídicos y sus efectos sobre el poder punitivo*”² o, simplemente, “*efecto político de los conceptos jurídico-penales*”³, de la Política Criminal con respecto al sistema penal y en especial con relación al Derecho Penal, en tanto conjunto de normas.

De cara a lo anterior se hace necesario replantear la forma de concebir a la Política Criminal para no omitir su verdadera funcionalidad.

3. Así, entonces, aquí se habrá de abordar no tanto las relaciones o, si se quiere, la interdisciplinariedad de la Política Criminal con los demás saberes penales como el sentido y

¹ Coordinador de la línea de Investigación en Derecho Penal de la Universidad de Medellín. Miembro del Instituto de Altos Estudios Criminológicos y Penales –INACRIP-. Miembro y consultor del Instituto Panamericano de Política Criminal –IPAN-. Litigante en el área del Derecho Penal. Asesor Jurídico del Tribunal de Ética Médica de Antioquia. Miembro del Centro Colombiano de Bioética “CECOLBE”.

² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2000, p. 370 §26, I, numeral 2 supra.

³ *Ibíd*em, p. 370 §26, I, numeral 2 supra.

alcance de ella y sobre todo cuál es su funcionalidad para el sistema penal y en especial para el Derecho Penal. Tal tarea hace entonces que se plantee el presente escrito en términos generales con plena aplicabilidad a cualquiera de los países o sectores de la periferia.

4. En consecuencia, en el presente trabajo se buscará dejar en claro el sentido de la Política Criminal para pasar a realizar un concreto recuento de “las Políticas Criminales”, las cuales pueden ser divididas: de un lado, en aquellas⁴ que pretenden imponer y legitimar un sistema penal totalitario propio de los Estados de policía, en donde se ubican aquellos Estados de Derecho constitucional simbólicos, y de otro lado, en aquellas que buscan promover, al interior de un Estado de Derecho Constitucional, un sistema penal liberal así como un Derecho Penal liberal, que de suyo debe ser crítico y limitante.

Como se indicará, cada una de esas Políticas Criminales, en última instancia terminan, de una manera u otra, posibilitando la legitimación, para los países periféricos, del Derecho Penal, es decir, “*del sí y del cuánto de la sanción jurídico-penal de las conductas típicas.*”⁵. Por ello, no está de más indicar, que tanto las Políticas Criminales legitimantes y las Políticas Criminales críticas, por su resultado, resultan emparentadas.

Una vez realizada esa división y de cara a las consecuencias que se derivan de esas Políticas Criminales, se plantearán los lineamientos generales de una Política Criminal de los Derechos Humanos que si bien comienza –pasa- por ser una de las Políticas Criminales críticas, se distancia de éstas cuando asume una postura agnóstica frente a quien ejerce directamente el poder punitivo que por lo general será el Legislador: ordinario o extraordinario y en consecuencia, las limitaciones que ella plantea no pueden ser utilizadas por éste –el poder punitivo- para la legitimación de esa irracionalidad que le es propia, como sí ocurre con las limitaciones provenientes de las Políticas Criminales críticas.

5. El desarrollo de esos lineamientos generales habrá de comenzar por la postura filosófica y política sobre la cual se fundamentará, en donde la persona real cobrará su verdadero valor: centro y razón de esa Política Criminal de los Derechos Humanos.

⁴ Tales Políticas Criminales, para ser funcionales, acuden o bien a conceptos vagos, etéreos que permiten la definición de los tecnócratas de turno o bien a dejar sin definición las locuciones que manejan.

⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos Científicos del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1984, p. 191. Por ello afirma VELASQUEZ VELÁSQUEZ que: “*en sentido estricto, como la disciplina que se ocupa de cómo configurar el Derecho Penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir con su tarea de protección de la sociedad.*” (Vid VELASQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal. Parte General*, 2ª. Edición. Bogotá: Temis, 1.995, p. 23.).

6. Como indica el título, aquí se desarrollarán unos lineamientos generales y no una acabada teoría político criminal pero no por ello esos lineamientos carecen de valor, todo lo contrario, son el marco filosófico, político y jurídico para abordar el sistema penal, configurado por quien ejerce directamente el poder punitivo, en orden a propender –construir si se quiere- por su limitación y deslegitimación desde la persona real, quien es el verdadero sujeto de ese sistema y quien habrá de soportar, sin importar el título que se le de: víctima, sujeto activo, perjudicado etc., su irracionalidad.

7. Esos lineamientos generales se habrán de plantear desde la persona real: centro y razón del Derecho. Perspectiva ésta que es previa a cualquier dato normativo: un ser humano es persona no porque así lo disponga una determinada normatividad sino porque lo “es”, es decir, se es persona porque se es –se existe- y no porque se halle normativamente establecido.

8. No obstante se vuelva sobre ellos, debe dejarse en claro que cuando se alude a la persona real⁶ se comprende a esa persona que, como totalidad, es donde se expresa: **(a) su individualidad**, que se rige por una intencionalidad que orienta el proyecto de vida. **(b) su alteridad**, que alude a su apertura al mundo para encontrarse con otros “yo”, “*llegar a ser con otros en el mundo*”⁷, para darse una coexistencia –convivir-, orientada por las individualidades, cada una con una intencionalidad. **(c) su comunicación**, que hace referencia a la expresión de la individualidad en la alteridad. y **(d) su libertad**, la persona real es un ser autónomo que puede “*dar norma y dirección a su vida*”⁸, obviamente libertad que no puede comprenderse alejada de los condicionamientos culturales, sociales y económicos concretos de la persona real, así entonces, la persona real tiene una libertad circunstanciada en concreto.

En resumen, la persona real, como expresión totalizadora de unas características esenciales y dotada de una dimensión axiológica y política, es la que se halla en capacidad de configurar lo que le rodea en función de un fin que sería ella -la persona real-. Dada esa finalidad es por lo que ella, siempre habrá de excluir, en la configuración de la Política

⁶ Un desarrollo de la propuesta metodológica de la persona real –propuesta personalista/real- para configurar el saber del Derecho Penal puede verse en BOTERO BERNAL, José Fernando. *Una visión crítica a la metodología de las sistemáticas teleológicas en el Derecho Penal. Desde la Persona Real configuradora del Derecho Penal*. Medellín: 2005, p. 39 a 46. Escrito aun no publicado.

⁷ LUCAS, Juan de Sahagun. *Las dimensiones del hombre. Antropología filosófica*. Salamanca: Sígueme, 1996, p. 174 supra.

⁸ *Ibidem*, p. 174 supra.

Criminal o del Derecho Penal como saber, todo aquello que atente contra ella misma, en ese sentido es por lo que quien configura y la manera de configurar será siempre un limitante de lo irracional.

9. La Política Criminal de los Derechos Humanos, agnóstica frente al poder punitivo, debe facilitar, ahí reside su funcionalidad –utilidad ética–, un sistema penal lleno de datos de la realidad, así como un Derecho Penal deslegitimado y un saber penal limitante de éste. Pero todo ello se logra si y sólo si se muestra a la Política Criminal como deber ser, e igualmente su verdadera funcionalidad ética en relación al ya mencionado sistema y Derecho Penal. De cara lo anterior es por lo que: *“cada Política Criminal desemboca en un cierto estilo de Derecho Penal. Qué clase de Derecho Penal hacemos no es cosa que dependa del Derecho Penal mismo sino de la Política Criminal en que se inspira o en que nos apoyamos.”*⁹

Cabe acotar, que configurar la Política Criminal, pero más su ejecución, por –desde– y para la persona real es la forma de reducir y limitar la ilegitimidad propia del sistema de justicia penal en América central y del sur en donde ese sistema *“reproduce la violencia, es ilegítimo porque actúa selectivamente, que funciona dejando en la impunidad la mayoría de los comportamientos que le son encargados o aquellos que pese a su gravedad no forman parte del sistema; en fin, que administra –petrifica en el tiempo– los ilegalismos, pero no los combate”*¹⁰.

Todo conflicto con el pasar del tiempo termina por petrificarse siendo ello una incorrecta solución, pero de todos modos una solución, a ese problema. Tal forma de “solución incorrecta” es propia de los Estados de policía, en donde se ubican tanto los Estados totalitarios –dictaduras– como los Estados constitucionales de derecho simbólicos.

Es cierto que tal limitación –reducción– del sistema penal debe realizarse mediante los Derechos Humanos, entendidos como Derechos fundamentales e inherentes a la persona real, pero igualmente cierto es que éstos –los Derechos Humanos– no deben ser otra cosa que la positivización de la persona real. Lo anterior es una redundancia pero en el sistema penal al menos ahora es necesaria la concretización en textos positivos de las características propias de la persona real y en ese sentido es ella, claro está, sin reducir a la persona real a una noción normativa, el origen de cualquier locución normativa que le regule. En resumen: ella antecede, no proviene de la normatividad, sea cual fuere el nombre que se le de a esa normatividad.

⁹ FERNÁNDEZ CARASQUILLA, Juan. *¿Es todavía posible una dogmática penal en América latina?*. En Derecho Penal y Criminología, Bogotá, Vol. XIV, No. 47-48 (mayo/diciembre 1992); p. 55.

¹⁰ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio. *Política Criminal, Justicia Penal y Constitución Política de 1991. La violación de los principios rectores y de los derechos fundamentales*. Bogotá: Temis, 1999, p. 2.

§2. DE LA POLÍTICA A LA POLÍTICA CRIMINAL.

1. Política Criminal es una de aquellas locuciones en Derecho Penal que tiene tantos significados como autores que de manera seria aludan a ella. Esa diversidad de significados tiene su origen en la palabra “política” en la medida en que ella “es extraordinariamente amplia y abarca cualquier género de actividad directiva autónoma”¹¹, de ahí su gran capacidad de funcionalidad legitimante y configurativa. Entre más vaga sea una palabra en el sistema penal, entendiendo por sistema “la unidad de diversos conocimientos bajo una idea”¹² o simplemente una serie de ideas sobre un determinado objeto, será más funcional en la tarea configuradora, emprendida por el poder punitivo, del sistema penal.

Esa ausencia de claridad en un término conduce, no pocas veces, a “una manipulación interesada en la utilización del término como vía de legitimación de acción y de discursos hechos desde el poder”¹³, por ello, es común la utilización de términos muy vagos por parte del poder y mucho más del poder punitivo para facilitar, mediante postulados idealistas, legitimar su actuar.

2. De cara a lo anterior es necesario entonces delimitar qué se entiende por política, en orden a evitar en lo posible malos entendidos, y delimitada esa noción llevarla al área penal para comprender qué significa Política Criminal.

3. Cuando se alude a política, a ella viene unida la noción de poder no tanto porque sean lo mismo como por la estrecha vinculación que existe entre ambas, incluso uno y otro término se utilizan como sinónimos¹⁴. Como el presente escrito no es de ciencia política, donde si debe tratarse a fondo el tema, se omitirá realizar sutiles disquisiciones sobre el particular, siendo suficiente, para los fines de este escrito, entender por política un conjunto de contenidos con una finalidad –intencionalidad–, finalidad ésta que puede tener un mayor o menor grado de claridad mientras que por poder se comprenda la capacidad de imponer “algo”, sea de manera individual o colectiva, siguiendo así la forma de pensar de M. Weber (1864-1920) quien aseveraba que el poder es “la posibilidad de que una persona, o varias, realicen su propia voluntad en una acción en común, aún contra la oposición de otros participantes en la acción”¹⁵

¹¹ WEBER, Max. *El político y el científico*. Madrid: Alianza, 2.002, p. 82.

¹² KANT, Immanuel. *Crítica de la Razón Pura. Tomo II*. Traducción de José Rovira Armengoi, Bogotá: Universales, 1987, p. 397.

¹³ GUTIERREZ, Marcela. *Política Criminal y Derechos Humanos*. En Derecho Penal y Criminología, Bogotá, Vol. XVII, No. 56 (mayo/agosto 1995); p. 153 supra.

¹⁴ Ver –Vid.– en mas detalle, entre otros, VELÁSQUEZ TURBAY, Camilo. *El poder político*. 2ª. edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1990, p. 1 a 28.

¹⁵ Confrontar -Cfr.- WEBER, Max. *Estructuras de Poder*. México D.F.: Coyoacán, 2001, p. 45.

4. Así las cosas, no es incorrecto afirmar que mientras **el poder** es el ejercicio de un contenido, **la política** sería el contenido de ese ejercicio y en ese sentido la política procura, guiada por su finalidad, configurar. En consecuencia no debe ser extraño a la persona real, la política y mucho más si ella posee una dimensión tanto política como axiológica, por medio de las cuales busca configurar, respetando el *ontos* –la realidad- del fenómeno que valora, la forma de comprenderse ella y las demás cosas que la rodean, sean creadas por ella o por otro.

Conforme a lo anterior, es posible entender por qué se asevera que “*el poder no es algo que se tiene, sino que se ejerce*”¹⁶, e igual que la política es un componente inherente a cualquier configuración proveniente del hombre, ello no es una noción previa o posterior sino que siempre se halla presente en la actividad humana configurante.

5. Ese poder, entendido como ya se acotó, puede ser ejercido de manera directa¹⁷, un ejemplo del mismo es el desplegado por el poder punitivo, el mismo será configurador y de suyo carece de legitimación, al menos, racional. Asimismo el poder puede ser ejercitado de manera indirecta o discursiva, tal poder es el desplegado por los juristas, en especial por la agencia judicial –jueces y demás personas que la componen-, el poder de mención será preferentemente legitimador –aunque puede adoptar una postura negativa: deslegitimador, la cual es minoritaria- y se ejerce, preferentemente, sobre pautas racionales.

Es posible que ambos poderes se radiquen en un mismo o diferente grupo de personas. Cuando el poder directo y discursivo se halla en un mismo grupo de personas, lo cual era lo común ataño, el producto de aquél –poder directo- puede ser racional y legítimo siendo el poder discursivo simplemente un modo de corroborar esa racionalidad. Pero cuando ambos poderes, regla general hoy en día, se hallan en grupos diferentes, el producto del poder directo será irracional y requerirá del discursivo para ser revestido de racionalidad.

El discurso que materializa el poder indirecto, puede ser verdadero o falso, dependiendo de sus fundamentos, ello es, si el discurso se halla alejado de la realidad –mundo real-. En ese sentido es posible aseverar que hay discursos falsos en tanto que al utilizar postulados idealistas, proceden a crear la realidad social sobre la cual cimentar; un claro ejemplo de tales discursos son los propuestos desde los países de la periferia para “legitimar” el producto irracional del poder punitivo.

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Op.cit., p. 20 §3. II. Numeral 1.

6. De cara a lo antes expresado, es posible presentar a la política como configuración, mediante una serie de pautas, de un determinado sector de la realidad, para la obtención de un fin previamente establecido.

Esa tarea de configurar puede estar fundamentada en posturas realistas o idealistas, brindando cada una de esas posturas una manera –método- diferente de configuración, e incluso un resultado diferente¹⁸. La adopción de una u otra postura depende del fin previamente establecido: el fin determina el camino a seguir no al contrario.

Ya, entonces, es posible diferenciar entre “el qué” de la política –contenidos con una finalidad, intencionalidad o sentido para un ejercicio de poder- del cómo y el para qué se orienta esa finalidad.

No está de más indicar que la política –contenidos con finalidad- y su ejercicio – poder- son en mayor o menor grado irracionales, pero de todos modos irracionales, al menos para centro y sur América, en tanto que, en dicha zona, desde una postura realista, responden, tanto la política como el poder, a los intereses caprichosos de unos pocos –y son unos pocos los que ejercitan el poder- y mucho más en materia penal.

Cabe aclarar, que no se requiere simpatizar con posturas partidistas de izquierda para llegar a la anterior conclusión, basta simplemente llenar de datos de la realidad la forma de concebir a los países de la periferia –centro y sur América en especial.

7. En consecuencia, se puede comprender por qué se habla de una política en salud para denotar esa serie de pautas para obtener, por ejemplo, la mejor higiene de una comunidad determinada o para la obtención de una determinada adhesión partidista, también es dable aludir a una política del tráfico vehicular, de una política educativa, de una política partidista.

8. No puede escapar de todo lo expuesto la justicia –el Derecho¹⁹-, de ahí que se aluda a una política jurídica, denotándose la configuración de la justicia (el Derecho) –desde su creación, aplicación, ejecución y postejecución en materia penal- en y para una sociedad determinada con una problemática sociocultural propia. Aunque obvio, esa configuración de

¹⁷ De ahora en adelante cuando se aluda al poder sin adjetivo alguno o al poder punitivo se estará haciendo alusión al ejercicio directo.

¹⁸ Entendida así la política, sin ser desligada en momento alguno del poder, ella puede ser explicada, para el Derecho, mediante la teoría de la ingeniería constitucional que propone Giovanni Sartori en SARTORI, Giovanni. *Ingeniería Constitucional Comparada. Una investigación de estructuras*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, 227p.

¹⁹ Aquí y en adelante, salvo que se indique cosa contraria, se entiende al Derecho no como un valor sino como un mecanismo de control social formal que por medio de normas impone una determinada disciplina social, con total independencia si los destinatarios se hallan o no de acuerdo con esas normas. De ahora en adelante se habrá de utilizar esa acepción.

la política jurídica, como cualquier otra configuración, siempre se hallará dotada de una intencionalidad –de un sentido-, que vendrá dada por sus autores.

Se debe señalar, por hallarse muy vinculado con lo expuesto precedentemente, que la existencia de sociedades determinadas con problemáticas socioculturales disímiles debe imposibilitar que se implanten configuraciones de la justicia de una sociedad en otra, salvo que tengan, se reitera, una problemática sociocultural similar. El olvidar lo anterior llevará, la mayor de las veces por no decir siempre, a que la operatividad de dicha configuración sea disfuncional²⁰.

Si en la configuración de la justicia se tienen como base posturas idealistas, carentes de datos de la realidad propios de esa sociedad en la que se habrá de realizar la mencionada configuración, ello colaborará en su disfuncionalidad.

9. En el interior de la justicia se halla la Política Criminal, la cual tiene como cometido la configuración del sistema penal, es decir, el por qué y el para qué de la creación, aplicación y ejecución –incluyendo aquí la postejecución- de ese sistema. En consecuencia, la Política Criminal sería la configuración del sistema penal con una determinada intencionalidad, que viene dada por el poder punitivo.

Por ello se afirma que: *“El Derecho Penal es lo que la Política Criminal ha querido hacer de él (Zipf). Cada Derecho Penal es la realización de una determinada orientación político criminal”*²¹ y luego se continua diciendo: *“cada Política Criminal desemboca en un cierto destilo de Derecho Penal. Qué clase de Derecho Penal hacemos no es cosa que depende del Derecho Penal mismo sino de la Política Criminal en que se inspira o en que la apoyamos.”*²²

La disfuncionalidad de la configuración de la justicia tiene una mayor constatación cuando la configuración del sistema penal se hace de espaldas a la realidad que se pretende configurar, como ocurre en los países de sur América, es decir, toda Política Criminal para que sea funcional a la sociedad debe hacerse con datos de la realidad.

²⁰ La problemática –su disfuncionalidad- de los sistemas de justicia en los países periféricos –donde, quien escribe, destaca a los de sur y centro América- proviene de omitir lo aquí acotado: implementar, de manera acrítica, una configuración de justicia realizada para y desde una determinada problemática sociocultural totalmente ajena a la que se vive en los países en mención.

²¹ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Enfoques actuales de la teoría del delito. El delito desde la perspectiva del error y de los fines de la pena*. En Derecho Penal y Criminología Bogotá, Vol. XI, No. 39 (septiembre/diciembre 1989); p. 55.

²² *Ibíd*em, p. 55.

10. No es erróneo aseverar que la Política Criminal es una especie de la política de justicia, la cual, es, a su vez, un capítulo de estudio de la ciencia política²³ o, lo que es lo mismo, “*La Política Criminal es un fenómeno que está articulado al campo más amplio de las políticas o de la política general*”.²⁴

11. Para terminar de realizar la presente aproximación a la Política Criminal deben diferenciarse dos puntos: El primero, que se halla conformado por la pregunta y la respuesta sobre el sentido y alcance –el qué- de la Política Criminal, y el segundo, que lo integran el cuestionamiento y su respuesta sobre el “el cómo”, “el para” y “el por qué” de esa configuración. El primer punto viene respondido por la idea de configuración del sistema penal mientras el segundo, si bien se interrelaciona con el primer punto sin perder su autonomía, se responde con la noción de funcionalidad –utilidad- de esa configuración.

Las conceptualizaciones de la Política Criminal no se detienen en ese punto, ella es configuración de un sistema penal, configuración orientada por una intencionalidad, por un sentido y por ello, en no pocos casos se omite poner énfasis en la funcionalidad de la configuración del sistema penal o, lo que es lo mismo, en la funcionalidad de la Política Criminal, entendiendo por funcionalidad, se reitera, “*la relación entre conceptos jurídicos y sus efectos sobre el poder punitivo*”²⁵ o, simplemente, “*efecto político de los conceptos jurídico-penales*”.²⁶

De lo antes escrito, se puede observar como la Política Criminal es la que construye –delimita- el sistema penal y al interior de éste la política penal configura el Derecho Penal. De la anterior afirmación, fácilmente se colige que es el poder directo –donde se halla el punitivo- quien construye el sistema penal –donde se halla el Derecho Penal-. Por consiguiente, quienes se hallan por fuera del poder punitivo como los juristas, no pueden pretender que mediante sus discursos se configure el sistema penal o al menos el Derecho Penal, uno y otro son dados a los juristas, éstos o buscan legitimarlo –postura mayoritaria- o deslegitimarlo y limitarlo –postura minoritaria-, obviamente mediante un poder, pero éste ya no es directo sino persuasivo –discursivo o indirecto-.

²³ En materia penal, entre otros, vid. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2.000, p. 149. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal liberal de hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal*. Bogotá: Temis, 2002, p. 226. TOCORA, Fernando. *Política Criminal Contemporánea*. Bogotá: Temis, 1997, p. 10

²⁴ TOCORA, Fernando. *Política Criminal Contemporánea*. Bogotá: Temis, 1997, p. 10.

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2000, p. 370 §26, I, numeral 2 supra.

²⁶ *Ibíd*em, p. 370 §26, I, numeral 2 supra.

12. En un verdadero y no simplemente simbólico Estado de Derecho Constitucional, los anteriores interrogantes deben estar condicionados por el sistema constitucional asumido, ello es, las respuestas a los antes citados cuestionamientos deben dimanar de la Constitución, así como de los tratados internacionales, por el contrario en Estados de Policía -donde deben incluirse los Estados de Derecho Constitucional simbólico por cuanto ellos son materialmente de policía- los ya citados interrogantes habrán de surgir, materialmente, de la Constitución y de conceptos tales como el “sano sentimiento popular” o similares, que se caracterizan por ser difusos y por lo tanto sumamente útiles –funcionales- para los fines del poder punitivo.

§3. LAS POSTURAS POLÍTICO CRIMINALES.

1. Si Política Criminal es la configuración del sistema penal, configuración que siempre estará guiada por una clara intencionalidad, se debe reconocer que existen no pocas posturas político criminales²⁷ orientadas a brindar, por su finalidad explícita o no, en última instancia, los elementos que culminarán con la (re)legitimación o crítica de un sistema penal, entendiendo, se reitera aquí, sistema como un *conjunto de ideas*.

2. No se debe olvidar que, partiendo de la idea según la cual: “*las vestiduras de las ideas son lo que nos lleva a tomar por verdadero lo que sólo es un método*”²⁸ (Edmund Husserl 1976/52), no es incorrecto afirmar que muchas de esa posturas criminales se han de presentar como “verdades” sobre la configuración del sistema penal cuando simplemente son métodos que utilizan los artífices de la Política Criminal, se repite, para (re)legitimar el sistema penal y con él el Derecho Penal.

²⁷ Cfr., entre otros, ZIP, Heinz. *Introducción a la Política Criminal*. Traducción Miguel Izquierdo Macías-Picavea. s.c. 1979, 200p. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, op.cit., p. 148. TOCORA, Fernando. *Política Criminal en América Latina*. Bogotá: Librería Profesional, 1990, 226p. TOCORA, Fernando. *Política Criminal Contemporánea*. Bogotá: Temis, 1997, 178p. SÁINZ CANTERO, José A. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Bosch, 1990, p. 91 a 94. POLAINO NAVARRETE, Miguel, op.cit., p. 191 a 197. MIR PUIG, Santiago et al. *Política Criminal y reforma del Derecho Penal*, Bogotá: Temis, 1982. GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. *El concepto del delito en el nuevo código penal. Una propuesta de interpretación desde el sistema de la teoría del delito*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004, p. 41 a 101. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. op.cit., p. 22 a 25. MIR PUIG, Santiago et al. *Política Criminal y reforma al Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1982, 360p.

²⁸ HUSSERL, Edmund. *Crisis de las ciencias Europeas y la fenomenología Trascendental*, Madrid, 1.976, p. 52.

3. Esas diversas Políticas Criminales, algunas merecedoras de ese nombre otras remedo de él, pueden ser clasificadas²⁹, por su funcionalidad, en: Políticas Criminales que al configurar el sistema penal mediatizan el hombre, es decir, políticas que instrumentalizan a la persona real –Políticas Criminales totalitarias- y en aquéllas que al configurar el sistema penal parecen reivindicar a la persona real al asumir una postura crítica pero finalizan mediatizando esa persona real –Políticas Criminales liberales-. Ambas formas de configuración del sistema penal si bien son diferentes en sus postulados, terminan, se repite, legitimando el poder punitivo, obviamente, en menor medida las Políticas Criminales liberales.

I. Políticas Criminales Totalitarias.

1. Tales Políticas Criminales, que van desde las más burdas hasta las más sutiles formas de configuración del sistema penal, se caracterizan por concebir al hombre como un simple instrumento del y para el poder, sea éste individual o de masas. Aunque tal forma de concebir al hombre será incluso un punto en común de la mayoría de Políticas Criminales³⁰.

2. Las Políticas Criminales totalitarias tienen una serie de características, las cuales se destacan más que otras, dependiendo del grado de irracionalidad del poder y del contexto social y político donde éste se desenvuelve, igualmente pueden ser compartidas con otros modelos de Políticas Criminales que no son totalitarios.

3. Esas características pueden ser, entre otras muchas, las siguientes:

3.1. *Los titulares de la configuración de las Políticas Criminales totalitarias.* Quienes determinan –instigan- la construcción –configuración- de las Políticas Criminales totalitarias son las fuerzas económicas imperantes, fuerzas económicas, que actualmente, son de índole transnacional o “*poderes económicos supranacionales*”³¹.

Esos poderes económicos también determinan la configuración de las Políticas Criminales críticas. La diferencia entre éstas y aquéllas reside en la existencia de unas limitaciones, en mayor o menor grado, efectivos en las Políticas Criminales críticas.

²⁹ En forma similar, pero con otro baremo clasificatorio, GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. *La reforma del sistema penal colombiano. La realidad detrás de la imagen. Perspectiva Político-Criminal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999, p. 17.

³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Política Criminal latinoamericana. Perspectivas. Disyuntivas*. Buenos Aires: Hammurabi, 1982, p. 88 y 89.

³¹ BARCELONA, Pietro. *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*. 3ª. Edición, Madrid: Trotta, 1999, p. 64.

Tanto en las Políticas Criminales totalitarias como en las críticas, las fuerzas económicas supranacionales actúan de forma similar a como lo haría el hombre de atrás en la autoría mediata: son ellos –los que se hallan en la parte de atrás- los autores mientras quienes aparecen como los realizadores –configuradores- de las Políticas Criminales son simplemente instrumentos de quienes se hallan en la parte de atrás.

3.2. Calidad intelectual de quienes fungen como instrumentos. Los que aparecen como los constructores de las Políticas Criminales totalitarias son funcionarios administrativos que fungen, sin mérito la mayoría, como académicos y presentan sus construcciones totalitarias recubiertas bajo ese “manto” de *seudointelectualismo*.

3.3. Intencionalidad de las Políticas Criminales totalitarias. La finalidad de estas políticas se muestra de manera clara: configurar un sistema penal, obviamente autoritario, donde se protejan los intereses de las fuerzas económicas supranacionales.

Esa intencionalidad, no admite limitaciones alguna y el sistema penal que configura estas Políticas Criminales “*mantiene una ingerencia directa prácticamente ilimitada sobre la vida social e individual*”³².

3.4. Otros puntos en la configuración de las Políticas Criminales totalitarias. En la configuración de las Políticas Criminales totalitarias se acude al eslogan, como por ejemplo: orden, seguridad. Palabras estas que facilitan un sistema penal sin limitación dada su vaguedad.

Esos “eslogan” populistas tienen una gran carga simbólica y en la comunidad, los que más por simple impresión que por efectivo funcionamiento, comportan su aceptación. En esa aceptación juegan un papel importante los medios de comunicación –“*mass media*”- por cuanto tienen la capacidad de “crear” y difundir fenómenos sociales que no existen, de mostrar esos fenómenos existentes virtualmente como efectivos y en consecuencia necesarios para la sociedad, por lo que se pueden plantear los incrementos punitivos y la disminución de la intimidad a favor de una mayor ingerencia estatal.

No es de extrañar que los *mass media* se hallen en manos de las fuerzas económicas supranacionales que determinan la configuración del sistema penal.

En resumen, esas locuciones favorecen –facilitan-: “*una planificación punitiva amplificada e irrealizable, que va aumentando el poder selectivo y de vigilancia (arbitrio que pasa a ser arbitrario) de los organismos policiales*” y correlativa una disminución en el poder

³² GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. *La reforma del sistema penal colombiano. La realidad detrás de la imagen. Perspectiva Político-Criminal*. Op. cit., p. 18.

decisorio de los organismos judiciales³³. Todo lo anterior es aplicable no sólo a las Políticas Criminales autoritarias propiamente dichas sino a las Políticas Criminales que se presentan bajo unos seudos postulados democráticos o formalmente democráticos.

3.5. El sistema penal configurado por las Políticas Criminales totalitarias se cimienta sobre datos sociales falsos. Las Políticas Criminales totalitarias, sea que se muestren así – formas de gobierno dictatoriales o gobiernos fundamentalistas- o que se disfracen con un aparente manto democrático –los gobiernos formalmente democráticos: Estados de Derecho simbólicos-, siempre se edificarán sobre datos sociales falsos, carentes de existencia real material³⁴ y en ese orden de ideas el sistema penal y el Derecho Penal operarán sobre datos falsos y falsos serán sus resultados.

Dado que estas Políticas Criminales trabajan y se hallan cimentadas en datos sociales falsos, o bien requieren de la fuerza para imponer la configuración del sistema penal, ello en los Estados donde impera una forma de gobierno dictatorial sea ella de derecha o de izquierda, o bien acuden a los medios de comunicación –*mass media*- para hacer creíble en la comunidad el sistema penal que se ha configurado, incluso a veces más que creíble, necesario.

Las Políticas Criminales totalitarias en su tarea de configurar el sistema penal no respetan el *ontos* de los fenómenos que ponderan y ello debido, algunas veces, a los postulados idealistas que le sirven de fundamento.

3.6. Las Políticas Criminales totalitarias configuran un sistema penal de la guerra, cuya funcionalidad es la de neutralizar a todos los dicentes del dictador de turno, así como a quienes amenacen a las fuerzas supranacionales, es decir, las Políticas Criminales totalitarias configuran un sistema penal del enemigo.

En fin, las construcciones provenientes de las Políticas Criminales totalitarias no piensan, sólo saben reprimir sin límite alguno.

II. Políticas Criminales Críticas.

1. Como existen Políticas Criminales totalitarias también las hay críticas. En principio tales políticas habrán de configurar sistemas penales con límites, límites estos que le son

³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tendencias Finiseculares del Derecho Penal*. En SOBERANES, José Luis (compilador) *et al. Tendencias actuales del Derecho*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México y Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 166.

³⁴ Cuando se alude a la existencia real material se quiere aludir a esa existencia material y no ideal.

impuestos al poder y así él no puede construir cualquier sistema penal y para cualquier finalidad.

2. Esas Políticas Criminales críticas, como las totalitarias, tienen unas características, las son contrarias, en principio, a las de las Políticas Criminales totalitarias. Ellas son, entre otras, las siguientes:

2.1. *Los titulares de la configuración de las Políticas Criminales críticas.* Sobre quienes determinan las Políticas Criminales críticas, en la actualidad, no hay mayor diferencia con las totalitarias, en la medida en que son las fuerzas económicas supranacionales. La diferencia estaría en el cómo de la configuración: en las totalitarias no se conoce límite alguno mientras en las críticas se establecen límites. Lo que acontece con estos límites es que ellos son utilizados por el poder para legitimar su construcción por lo tanto en las Políticas Criminales críticas los limitantes contienen una finalidad positiva: legitimar la configuración del sistema penal.

2.2. *Calidad intelectual de los instrumentos de las fuerzas económicas.* Aquí sus constructores si bien siguen siendo funcionarios administrativos, quienes materializan el ejercicio de poder directo serán personas vinculadas con él, estos funcionarios estarán guiados, preferentemente, por académicos que propenden por limitar –con sumo respeto, eso creen- el poder directo -lo que hacen en última instancia, es legitimar mediante esa limitación la configuración proveniente del poder directo-.

2.3. *Intencionalidad de las Políticas Criminales críticas.* La finalidad de las Políticas Criminales críticas es la de limitar la configuración del sistema penal para que éste, en las diferentes agencias, ya no sea simple represión sin dique alguno.

Aquí la intencionalidad –limitar- ya no se restringe al poder directo, como es el ejercido por el legislador, sino que busca limitar el poder indirecto, como es el ejercicio desplegado por la judicatura.

2.4. *Las locuciones legitimantes de la arbitrariedad del sistema penal en las Políticas Criminales críticas.* Si bien en principio, las Políticas Criminales críticas no deben admitir eslóganes legitimantes tales como seguridad ciudadana, orden público, entre otros, el poder directo, en las Políticas Criminales críticas, en su configuración deja que se deslicen locuciones como los anteriores. Tales palabras que abren la puerta a la arbitrariedad del sistema penal habrán de ser parcialmente limitadas por los presupuestos de las Políticas Criminales críticas.

Pero, ese límite es parcial puesto que al igual que las totalitarias, entran en juego los medios de comunicación con su capacidad de crear una realidad y difundirla para lograr la aceptación de esas palabras que pretenden ampliar la arbitrariedad del sistema penal.

2.5. *El sistema penal configurado por las Políticas Criminales críticas no debe erigirse sobre datos sociales falsos.* A diferencia de las Políticas Criminales totalitarias, las críticas deben incorporar en la configuración del sistema penal datos de la realidad, datos con existencial real material y de ellos habrá de extraer todo su discurso crítico y limitador.

Sin embargo hay Políticas Criminales críticas que por fundarse en postulados idealistas finalizan por cimentar su construcción en datos creados y en consecuencia no respetuosos del *ontos* de los fenómenos sociales que ponderan para configurar el sistema penal.

2.6. *Las Políticas Criminales críticas configuran un sistema penal de garantías,* cuya funcionalidad reside en limitar la construcción del poder directo. Pero aquí la funcionalidad no sólo se halla en la limitación sino también en la legitimación de esa construcción proveniente del poder directo.

Como resumen, las Políticas Criminales críticas construyen un sistema penal que halla en la Constitución un límite de su ejercicio el que se convierte en la legitimación de la configuración del poder directo.

III. Colofón de las Políticas Criminales.

1. De todo lo anterior y para iniciar luego con las líneas generales de la Política Criminal de los Derechos Humanos desde y para la persona real, cabe aseverar que tanto el discurso configurador del sistema penal proveniente de las Políticas Criminales totalitarias y críticas termina por legitimar ese sistema penal planificado para ser funcional al poder directo, en donde se halla el poder punitivo. En ese orden de ideas la Política Criminal queda, para América central y del sur, a medio camino: al menos, en sentir de quien escribe, debe deslegitimarse el sistema penal, donde se halla el Derecho Penal.

§4. HACIA UNA POLÍTICA CRIMINAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

I. Nociones Previas.

1. De cara a la realidad que vive tanto centro como sur América, el sistema penal además de ser limitado debe ser deslegitimado.

2. Tal tarea no puede ser emprendida por obvias razones ni desde las Políticas Criminales totalitarias ni desde las Políticas Criminales críticas en la medida en que éstas, si bien limitan la construcción del sistema penal, ese límite termina por ser utilizado como legitimador de esa construcción proveniente del poder directo.

3. Frente a lo anterior puede emprenderse la formulación de una Política Criminal de los Derechos Humanos que si bien es crítica, se diferencia de las Políticas Criminales de igual naturaleza por la actitud frente al poder directo: es una posición agnóstica y en ese sentido la limitación que de ella se derive no podrá ser asumida por el poder directo para legitimar su construcción.

A continuación entonces, se habrán de exponer las líneas generales de esa Política Criminal.

II. La Persona como centro y razón de la Política Criminal.

1. La Política Criminal de los Derechos Humanos se debe hallar fundada desde y para la persona real –fundamento antropológico personalista- y en su desarrollo se debe respetar el *ontos* de los fenómenos sociales e individuales que ponderará –fundamento realista-, en ese sentido existe una plena concordancia entre los fundamentos del sistema penal y los del Derecho Penal –como expresión de ese sistema penal-.

2. Siendo lo anterior cierto se debe dejar en claro la noción de persona real, para lo cual se acude a unas reflexiones que se expusieron, por quien escribe, en otro escrito³⁵.

3. Para brindar una noción de la persona real debe comenzarse por brindar una muy concreta respuesta al fascinante y complejo interrogante: ¿qué es el hombre?. El saber llamado antropología filosófica ha brindado una serie de respuestas y esas respuestas, así como las diversas configuraciones del sistema penal –Política Criminal-, le han brindado preferencia **(a)** o bien al individuo –hombre, persona- o **(b)** a la sociedad. Es así como aquel

³⁵ Cfr. BOTERO BERNAL, José Fernando. *Una visión crítica a la metodología de las sistemáticas teleológicas en el Derecho Penal. Desde la persona real configuradora del Derecho Penal*. São Paulo: Centro Universitario Capital, 2005, p. 50. Próximo a ser publicado.

–el hombre o persona- se halla privilegiado por las posturas individualistas, acentuadas en la modernidad, mientras ésta, la sociedad, es puesta en un sitio de privilegio por las posturas colectivistas, en donde se destacan las corrientes sociológicas funcionalistas.

4. Cada una de esas posturas filosóficas influyó directamente en la manera como se ha configurado el sistema penal y dentro de él el Derecho Penal. En la individualista, se presentó un sistema penal y obviamente un Derecho Penal en donde venía a menos, en mayor o menor medida, la sociedad. En la segunda, la colectivista –funcionalista- se elaboró un sistema penal donde se “sacrificaba” la persona para brindar un Derecho Penal funcional a la sociedad, o bien porque aquélla no era tenida en cuenta en tanto se inventaba su noción alejada de la realidad –el mundo- o bien porque se perdía en una idea abstracta y sumamente racionalista –una persona abstracta-.

5. Las respuestas que brindaron –y continuarán otorgando- las posturas filosóficas, a la tantas veces mencionada pregunta: ¿qué es el hombre?, fueron unilaterales creando un dilema, que en el fondo no existe, como ya se habrá de indicar y demostrar, es el hombre –individuo- o es la sociedad –colectividad-.

Dicho dilema ha conducido a presentar elaboraciones del sistema penal que, si bien son disímiles en sus postulados, tienen un punto en común: son sistemáticas penales que, en tanto son producto del sistema penal entendido como el conjunto de ideas sobre un mismo ente³⁶ -Derecho Penal- se han realizado sin la persona real y no para personas reales.

En conclusión, sea con fundamento en respuestas individualistas o en respuestas colectivistas, se ha configurado un sistema penal desde y para quien no es persona real por omitir alguno de sus caracteres esenciales: sea la alteridad y comunicación, sea la “mismidad” (X. Zubiri) de la persona.

6. Lo anterior, de cara al proyecto que se plantea, hace necesario ver a la persona con todas y cada una de sus notas esenciales y no desde “si mismo” –individualismo- o desde su alteridad y comunicación exagerada –exagerar esa “relación del yo con el tú, el entre,”³⁷ es decir, ese ámbito “más allá de lo subjetivo donde el yo y tú constituyen su encuentro”³⁸: colectivismo-

³⁶ KANT, Immanuel. *Crítica de la Razón Pura. Tomo II*. Traducción de José Rovira Armengoi, Bogotá: Universales, 1987, p. 397. en donde define al sistema como: “la unidad de diversos conocimientos bajo una idea”.

³⁷ LUCAS, Juan de Sahagun. *Las dimensiones del hombre. Antropología filosófica*. Op. cit., p. 117,

³⁸ *Ibídem*, p. 117.

7. Por lo tanto *persona real*, como ya se indicó, es una totalidad donde se expresa: **(a)** *su individualidad*, que se rige por una intencionalidad que orienta el proyecto de vida. **(b)** *su alteridad*, que alude a su apertura al mundo para encontrarse con otros “yo”, “*llegar a ser con otros en el mundo*”³⁹, para darse una coexistencia –convivir-, orientada por las individualidades, cada una con una intencionalidad, **(c)** *su comunicación*, que hace referencia a la expresión de la individualidad en la alteridad y **(d)** *su libertad*, la persona real es un ser autónomo que puede “*dar norma y dirección a su vida*”⁴⁰, obviamente libertad que no puede comprenderse alejada de los condicionamientos culturales, sociales y económicos concretos de la persona real, así entonces, la persona real tiene una libertad circunstanciada en concreto.

Es para y desde esa persona real que debe procederse a configurar un sistema penal –desde y para ella que debe hacerse Política Criminal-, pero como quienes ejercen el poder directo, legislador motus proprio o determinando –que sería la regla general- por fuerzas económicas supranacionales, será quien configure el sistema penal; es deber de la persona real confrontar esa construcción con los datos provenientes de la realidad y así asumir una postura agnóstica frente a esa construcción y proceder, mediante los Derechos Humanos consagrados en el Derecho Internacional y la Constitución, a limitarla sin legitimarla.

8. Debe quedar muy claro que asumir la postura de la persona real como configuradora del sistema penal o al menos como limitadora de ese sistema mediante los Derechos Humanos vertidos en el Derecho Internacional y la Constitución Política, no significa que se olvide a la sociedad, dado que esa persona real es real en tanto que expresa su alteridad –apertura racional al mundo, a otros “yos”-. Dicho de otra manera, la sociedad no es más que la alteridad de la persona real -es “*El Ser que está siendo*”⁴¹-y en ese sentido al configurar la comprensión del mundo y la persona real desde ésta, es tener en cuenta la sociedad.

Por consiguiente un saber –en donde se halla el penal- construido en dimensión del “yo” –del hombre- es un saber que no excluye el “tú” –sociedad: pluralidad de individualidades (“yos”)-, antes bien, lo incluye de manera indefectible.

Entonces, si el Derecho, en tanto saber, se configura en dimensión al hombre -yo- también se estará construyendo en dimensión del “tú” –sociedad-, es decir, la configuración

³⁹ Ibídem, p. 174 supra.

⁴⁰ Ibídem, p. 174 supra.

⁴¹ HEIDEGGER, Martin. *¿Qué es la filosofía?*. Prologo, traducción y notas aclaratorias de Jesús Adrián Escudero. Barcelona: Herder, 2004, p. 67.

del Derecho como saber en dimensión al hombre es la configuración del Derecho en dimensión del "tú".

Por lo tanto, ese dilema persona versus sociedad, es una falacia en tanto la persona real es alteridad y en ese sentido ella y la sociedad -individualidades necesitadas del otro- se requieren mutuamente.

9. La sociedad, como individualidades necesitadas del otro, es la persona real por lo que configurar un saber en dimensión de la persona real es hacerlo en dimensión de la sociedad, incluso aquella configuración –en dimensión de la persona real- hace suya la configuración en dimensión de la sociedad.

Así las cosas, no es la sociedad la que configura tanto a la persona real como a todo lo que la integra y regula –Derecho-, es la persona real la que condiciona a la sociedad y al Derecho, norma y saber, y construye su forma de comprensión.

10. La persona real en su tarea de configurar –construir- tiene un límite proveniente de su apertura al mundo, y es el respeto por la forma en que el mismo está dado, ello es, la persona real al configurar la comprensión tanto de ella como del mundo no debe alterar como viene el mundo. Por ello, el hombre real configurador de la comprensión con sentido del mundo, si bien habrá de seleccionar –dimensión axiológica de la persona real- datos de esa realidad para su tarea configuradora, deberá respetar el *ontos* de esos datos de la realidad.

Lo anterior llevado al sistema penal, en donde se destaca el Derecho Penal, significa que el hombre real no puede -en su tarea configuradora de tal sistema o al menos en su limitación no legitimante, por su postura agnóstica frente a quienes ejercen generalmente el poder directo: legislador, ordinario o extraordinario-, alterar, mediante la dimensión axiológica, el *ontos* del mundo. Esa dimensión axiológica selecciona y valora –desvalora- no altera.

11. Así la configuración del sistema penal, es decir, la Política Criminal, o al menos la limitación de esa construcción por medio de los Derechos Humanos vertidos en el Derecho Internacional o en la Constitución, cuando ella provenga, se reitera, por quienes ejercen normalmente el poder directo: -Legislador ordinario o extraordinario-, será *personalista*, por cuanto parte de la persona real como una totalidad que se expresa –comunica- en alteridad y autonomía y *realista*, por cuanto supone el respeto a los datos de la realidad, seleccionados por la dimensión axiológica de la persona real⁴².

12. En fin, la Política Criminal de los Derechos Humanos, desde y para la persona real, se halla, de un lado, fundada en una *antropología personalista* y de otro lado, en una postura *realista* en cuanto a la relación cognoscitiva entre la persona real y lo externo a ella.

Tal proyecto metodológico parte de la persona real y desde ella y para ella configura la comprensión de su alteridad – las individualidades-, el mundo y la manera de regularlo.

13. En conclusión, la persona real debe configurar o por lo menos limitar el sistema penal mediante valoraciones –desvaloraciones- pero ello no la autoriza para que altere la realidad mediante tal actitud axiológica –exigencia del fundamento realista-, “*la estructura del fenómeno previo al derecho obliga a observar su naturaleza, en el momento de configurar las reglas jurídicas.*”⁴³, y siempre se debe tener como fin primero y último a la persona real: ella es el inicio, desarrollo y fin del sistema penal o por lo menos de su limitación –exigencia del fundamento personalista-.

III. Lineamientos generales de la Política Criminal de los Derechos Humanos.

1. Dejando en claro el concepto ontológico de persona real, que no debe ser alterado –ni creado- por el Derecho sino respetado por éste, se repite, “*la estructura del fenómeno previo al derecho obliga a observar su naturaleza, en el momento de configurar las reglas jurídicas.*”⁴⁴, y en consecuencia asumido por él –Derecho- sin cambio alguno, ya puede, no obstante ya haberse iniciado, aludirse a los lineamientos generales de la Política Criminal de los Derechos Humanos desde y para la persona real.

2. La Política Criminal en su “qué”, como ya se indicó, significa la configuración del sistema penal con una determinada intencionalidad, que viene dada generalmente por el

⁴² Aquí se une con el método que viene proponiendo, quien escribe, al abordar una teoría, no general, de la parte Especial del Derecho Penal. Ver, entre otros textos, BOTERO BERNAL, José Fernando. *Estudio crítico a los delitos contra el Honor. Bases e iniciación de una teoría de la Parte Especial del Derecho Penal Objetivo. A la luz de una dogmática realista antropológica*, Bogotá: Leyer, 2002, 260p. BOTERO BERNAL, José Fernando. *La conducta delictiva de Constreñimiento ilegal*. Bogotá: Leyer, 2003, 121p.

⁴³ *Ibidem*, p. 25.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 25. Lo anterior no es “ontologizar” el Derecho, éste se debe erigir con nociones normativas pero éstas deben cumplir una serie de exigencias metodológicas para que ellas no se conviertan en conceptos carentes de efectividad: El Derecho debe aspirar a ser además de válido –legalidad- efectivo y ellos se obtiene, en primer lugar, con el respeto a la estructura óptica del fenómeno que se valora por el Derecho. Incluso, al menos para América del centro y sur, debe evitarse el Derecho simbólico en lo que hace al área jurídico penal.

poder punitivo, en consecuencia la Política Criminal de los Derechos Humanos es ya no tanto una configuración de un sistema penal como la construcción de una serie de limitantes a esa construcción proveniente de quienes ejercen directamente el poder: el legislador ordinario o extraordinario.

Dicho de otra manera, es posible, regla general, que la configuración del sistema penal –ejecución de la Política Criminal- sea una serie de actos provenientes de esferas o, si se quiere, de agencias no judiciales –no juristas o siendo juristas, que no tienen en cuenta su formación que debe ser personalista- por lo tanto aquí la Política Criminal de los Derechos Humanos, cuyo creador es la persona real y para ella, debe ser la construcción de una serie de limitantes normativos a ese sistema penal, igualmente con un origen normativo, no obstante tenga funciones latentes subterráneas. Tales limitaciones normativas deben provenir del Derecho Internacional que consagre Derechos Humanos y de la Constitución respetuosa de la persona real, esto último quiere decir, que no todo texto normativo que se denomine Constitución puede ser limitante sino tan sólo aquel, sin importar su nombre, aunque por lo general es “Constitución”, que sea respetuoso de la persona real, la cual será siempre, molesto o no, previa al Derecho.

3. Esos límites normativos provenientes de la configuración planteada por la Política Criminal de los Derechos Humanos siempre deben estar en consecuencia con su artífice: la persona real, ello es, no pueden contrariar a la persona real y sus características. Así mismo, deben darse en cada una de las instancias del sistema penal, en ese orden de ideas la Política Criminal en mención debe integrarse con la dogmática penal incluso se debe configurar desde aquélla. Igualmente, la plurimentada Política Criminal de los Derechos Humanos se convierte en el más efectivo límite al Derecho Penal expansionista que se viene imponiendo actualmente.

4. Así entonces, se señalan las líneas generales de la Política Criminal de los Derechos Humanos, política ésta sumamente molesta para quienes, por lo general, ejercen el poder directo –poder punitivo- e incluso para quienes ejercen el poder discursivo o indirecto con criterios propios del poder directo –poder punitivo- para congraciarse, por motivos muy diversos, con éste.

5. Con el marco delimitado mediante esos lineamientos generales pueden abordarse las problemáticas que se deriven de la configuración de un sistema penal por parte del legislador, ordinario o extraordinario.

§5. PALABRAS FINALES.

1. La Política Criminal es configuración, guiada por una intencionalidad, del sistema penal sea para perseguir eficazmente las conductas delictivas en una comunidad dada, sea para brindar efectividad de las disposiciones penales, sea lo uno y lo otro, sea para brindar un contenido material a los elementos que componen ese todo cultural llamado delito. Política Criminal es configuración, por ello es utilizada por el poder punitivo quien le brinda la intencionalidad que orienta esa construcción.

2. La Política Criminal puede adoptar varias versiones, totalitarias unas, críticas otras, pero ellas finalizan legitimando la irracionalidad del poder punitivo por lo tanto debe plantearse una Política Criminal que al ser agnóstica frente al poder punitivo, no legitime su irracionalidad y además lo limite. Tal Política Criminal es la de los Derechos Humanos.

3. La Política Criminal de los Derechos Humanos debe fundarse en la persona real – fundamento personalista del cual se deriva una exigencia- y en el respeto al *ontos* del fenómeno que se pondera –fundamento realista del cual, igualmente, se derivan una serie de exigencias-. Esa Política Criminal limita la irracionalidad del poder punitivo, ese límite, dada la postura agnóstica que ella tiene con respecto al poder punitivo, no puede ser utilizado por éste para su legitimación.

4. Los límites que debe proponer la Política Criminal de los Derechos Humanos deben ser normativos y ellos provienen tanto del Derecho Internacional que consagra Derechos Humanos como de la Constitución política, siempre y cuando ésta sea respetuosa de la persona real.

5. La Política Criminal de los Derechos Humanos propugna, así, no por un mejor y más Humano Derecho Penal –sistema penal- sino por algo diferente, un Derecho Penal en donde la persona sea reconocida como lo que es: persona en el mundo.