



EL DISCURSO PROFANO DEL DERECHO PENAL COLOMBIANO

THE PROFANE SPEECH OF COLOMBIAN CRIMINAL LAW

SANTIAGO NIÑO AGUILAR*

Fecha de recepción: 11 de abril de 2020

Fecha de aceptación: 07 de mayo de 2020

Disponible en línea: 30 de junio de 2020

RESUMEN

A partir de la forma en la que existe y funciona el Derecho penal colombiano, este puede ser comprendido como un dispositivo, ya que implica el ejercicio de un poder que produce el comportamiento y el pensamiento de unos sujetos. Este Derecho se asegura así mismo haciendo pasar como natural, inmodificable e incuestionable su forma de existir y funcionar, por medio de un discurso sagrado que está compuesto por cuatro elementos esenciales: la dignidad y los derechos, la decisión libre, la necesidad del Estado, y la resocialización. En contraposición al discurso sagrado, este texto plantea una lectura crítica, que se denomina lectura profana, a cada uno de esos elementos, para sentar las bases de un discurso profano y con ello abrir la posibilidad de cuestionar la manera en que existe y funciona este Derecho penal.

Palabras clave: Derecho penal, dispositivo, dignidad, libre decisión, Estado, resocialización.

* Estudiante de pregrado de décimo semestre de Derecho en la Pontificia Universidad Javeriana.

ABSTRACT

From the way in which Colombian criminal law exists and works, it can be understood as a device, since it implies the exercise of a power that produces the behavior and ideology of some subjects. This law also assures itself by making its way of existing and functioning as if it is natural, unchangeable and unquestionable, through a sacred speech that is composed of four essential elements: dignity and rights, free decision, the need of the State, and resocialization. Contrary to the sacred speech, this text proposes a critical reading, which is called profane reading, to each of these elements, to lay the foundations of a profane discourse and thereby open up the possibility of questioning the way this criminal law exists and works.

Keywords: Criminal law, dispositive, dignity, free decision, State, re-socialization.

INTRODUCCIÓN

El Derecho penal colombiano existe como un conjunto de normas, instituciones y prácticas que funciona capturando, determinando, modelando y controlando el comportamiento de un sujeto por medio de una serie de prohibiciones a las que denomina delitos, y el pensamiento de estos, mediante un castigo al que llama pena, con el fin de proteger unos bienes que han sido designados como bienes jurídicos.

A partir de esa forma de funcionar y existir es que entenderemos a este Derecho como un *dispositivo* (en los términos del filósofo Giorgio Agamben (s.f.)) que se asegura haciendo pasar su forma de funcionamiento y existencia con la apariencia de naturales, utilizando un discurso que denominaremos como *discurso sagrado*. Ese discurso se compone de cuatro elementos que son *la dignidad y los derechos, la decisión libre, la necesidad del Estado y la resocialización*. Con ellos se ha justificado esa forma de existir y funcionar del Derecho penal colombiano, haciendo que resulte imposible pensar en su modificación y cuestionamiento.

En desacuerdo con la imposibilidad de modificar y cuestionar es que vamos a desarrollar a lo largo de este texto una lectura crítica a cada uno de los elementos del *discurso sagrado*, para comprender a la manera de funcionar y existir del Derecho penal colombiano como una herramienta violenta que el Estado utiliza para levantarse como fuente y contenedor de un poder, limitando la dignidad y

los derechos de unos sujetos, que se justifica con la protección de unos intereses particulares con apariencia de universales. Además, esa herramienta también transforma la moralidad de los sujetos por medio de una resocialización, sometiendo su tiempo y cuerpos para imponer una idea sobre lo bueno y lo malo.

Con esa lectura crítica a los elementos del *discurso sagrado* (a la que llamaremos *lectura profana*), pretenderemos sentar las condiciones de un *discurso profano*. Esperando que a partir de este segundo discurso se abra la posibilidad de entender al Derecho penal colombiano desde una perspectiva distinta a la que se tiene ahora y así incluso se logre pensar que la forma en que este existe y funciona puede ser cuestionada y modificada.

Dicho esto, nos disponemos a desarrollar el texto, pero para una mayor claridad dividiremos este texto en dos partes principales. En la primera presentaremos la idea del Derecho penal colombiano como un *dispositivo*, y expondremos el *discurso profano* y sus elementos esenciales. En la segunda parte haremos una *lectura profana* a esos elementos y dejaremos planteadas las condiciones de posibilidad del *discurso profano*.

PRIMERA PARTE

1. El Derecho penal colombiano como un dispositivo

Todas las líneas del Derecho en Colombia tienen una forma específica de relación de poder con los seres humanos. En este trabajo nos enfocaremos en la línea denominada Derecho penal, y como punto de partida entenderemos que la relación de poder que tiene este Derecho, consiste en producir una forma de comportamiento y pensamiento de unos sujetos. Desde esta forma de comprender la relación con los seres humanos es que vamos a caracterizar al Derecho penal colombiano como un *dispositivo*, basándonos en la noción que expone el filósofo Giorgio Agamben (s.f.) en su texto *Qué es un dispositivo*.

Agamben (s.f.) plantea que un *dispositivo* es cualquier cosa con la capacidad de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar y asegurar los gestos, las conductas, las opiniones y los discursos de los sujetos. Desde esta noción podemos entender que los *dispositivos* se definen como tales desde su función, que consiste en el ejercicio de un poder sobre unos aspectos de los sujetos. Dichos aspectos son su comportamiento y su pensamiento. Ahora bien, por la manera particular en que se presenta ese poder (capturando, orientando, determinando, interceptando, modelando, controlando y asegurando), es que lo comprendemos como una actividad de producción.

Si bien Agamben (s.f.) en este texto no habla del Derecho ni de ninguna de sus ramas, el Derecho penal colombiano se puede vincular a esta noción de *dispositivo* a partir de la forma en que existe y funciona. Pues este Derecho es un conjunto de normas, instituciones y prácticas, y funciona produciendo (capturando, determinando, modelando y controlado), el comportamiento de un sujeto (gestos y conductas), por medio de una serie de prohibiciones a las que denomina delitos, y el pensamiento de este (opiniones y discursos), mediante un castigo al que llama pena, con el fin de proteger unos bienes designados como bienes jurídicos.

Para dar una mayor claridad a la manera en que existe y funciona el Derecho penal en Colombia como un *dispositivo*, planteamos el siguiente caso hipotético: Supongamos que el sujeto X se dedica a hurtar celulares. Un día cualquiera X le quita a la fuerza el celular a Y y sale corriendo. Un grupo de personas persigue y detiene a X, le quita el celular y se lo devuelve a Y. Entre todos golpean a X para retenerlo y castigarlo de alguna manera, hasta que interviene la policía, y se lo lleva detenido. Y denuncia y a X se le priva de su libertad como medida de aseguramiento (consecuencia de una decisión judicial).

Posteriormente, un fiscal toma el caso, investiga y empieza un proceso abreviado en el que X tiene una defensa (posiblemente de oficio). El fiscal acusa a X por haber cometido el delito de hurto y solicita se decreten unos elementos materiales probatorios. Por su parte, la defensa de X pide los suyos. El juez decide si decreta estos elementos o no. Luego, en una etapa llamada juicio, el fiscal trata de demostrar, por medio de la práctica de pruebas y de una teoría del caso, que la acción de X estaba contemplada en la ley como un delito, que X tenía la intención de realizar esta conducta, que vulneró el patrimonio económico de Y, y que no actuó dentro de una causal de justificación. La defensa intenta argumentar lo contrario, controvierte las pruebas y practica las suyas con el fin de proteger la inocencia que conserva X (incluso en ese momento).

El fiscal logra desvirtuar la inocencia de X, por esa razón el juez decide condenar y le impone a X la pena privativa de la libertad en una cárcel por un tiempo determinado. Esa cárcel es administrada por el Estado, y por eso, allí se está castigando a X, pero al mismo tiempo se están garantizando unas condiciones mínimas de su vida. Además, ese castigo que se impone a X tiene como finalidad hacerlo entender que su forma de actuar estuvo mal y evitar que este vuelva a cometer ese delito. Y así, cuando X vuelva a tener libertad, podrá vivir en sociedad sin querer delinquir. Al mismo tiempo, las personas que están afuera de la cárcel no querrán vivir esa situación por la que pasó X y por esa razón evitarán cometer ese delito.

Este caso hipotético será retomado durante la argumentación de todo el texto, para que tengamos siempre ante la vista la forma en que existe y funciona el Derecho penal en Colombia como un *dispositivo* que ejerce su poder por medio de una pena (que en este caso fue la pena privativa de la libertad), que se impone a unos sujetos (como sucedió con el sujeto X), cuando estos realicen conductas que fueron prohibidas y determinadas como delitos (como el hurto de un celular que vimos en el caso anterior), con el fin de proteger unos bienes jurídicos (que para el caso fue patrimonio económico de Y).

2. El discurso sagrado del Derecho penal colombiano

Ya hemos entendido la noción de *dispositivo* desde Agamben (s.f.), pero debemos retomarlo para comprender que los *dispositivos* también tienen la capacidad de asegurarse a sí mismos y así evitar ser cuestionados o modificados. Eso lo hacen por medio de lo que Agamben ha denominado la *sacralización*. Este autor explica que lo sagrado se refiere a las cosas que pertenecen a los dioses y que se sustraen del comercio y del *libre uso* de los hombres, porque no pueden ser vendidas ni dadas en préstamo, es decir no se puede disponer de ellas. Tomando esa idea Agamben propone que las cosas que *sacralizan* los *dispositivos* se sacan de un *libre uso* de los seres humanos para que estas no puedan ser cuestionadas ni modificadas.

Si aceptamos estas ideas, comprenderemos al Derecho penal colombiano como un *dispositivo* que, con la finalidad de asegurarse a sí mismo, ha extraído del *libre uso* a la forma en que se da su propia existencia y funcionamiento. Esta forma ha sido *sacralizada* y se le ha dado la apariencia de natural, inmodificable e incuestionable. Ahora bien, para lograr la *sacralización*, el *dispositivo* ha utilizado un discurso que denominamos como el *discurso sagrado*. Este discurso no pretende servir como una descripción del Derecho penal colombiano, sino como la justificación de su forma de existir y de funcionar, que presenta a esta forma como si tendiera a un deber ser y a unos fines que se quieren cumplir.

El *discurso sagrado* del Derecho penal colombiano, podemos entenderlo como constituido por cuatro elementos esenciales: *la dignidad y los derechos, la libre decisión, la necesidad del Estado, y la resocialización*. A continuación, realizaremos una explicación sobre cada elemento y para eso acudiremos a ideas planteadas por Cesar Beccaria (2000), Claus Roxin (1997), Werner Maihofer (2008), Santiago Mir Puig (2005), John Rawls (1995) y Luigi Ferrajoli (1995). Con estos autores no pretendemos mostrar el origen como tal, ni la totalidad de las ideas en torno al Derecho penal (el espacio de este texto sería insuficiente para cumplir esa tarea), pero sí traeremos esos planteamientos para

mostrar un panorama general de la teoría en la que se basa cada elemento del *discurso sagrado*.

El primer elemento del *discurso sagrado es la dignidad y los derechos*, que se plantea como un atributo inherente a todo ser humano, y que por tanto hace parte de su naturaleza. Este elemento aparece como si no fuera otorgado por ningún Estado, ordenamiento, ni por ninguna norma, pero sí garantizado por todo el Derecho. Para comprender la base teórica sobre la que parte este elemento acudimos algunos planteamientos de Ferrajoli (1995), en su texto *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*.

En este texto Ferrajoli (1995) expone que vivimos en un paradigma constitucional que consiste en el entendimiento que se tiene de la dignidad y los derechos como garantías y fundamentos de limitación del poder estatal. En ese sentido la dignidad y los derechos sitúan al individuo por encima del ordenamiento jurídico, y se presentan como el fundamento previo a cualquier poder estatal. Es decir que, a partir de este elemento, el poder punitivo del Estado que se materializa con el castigo se encuentran limitado, y las penas que se impongan con ese poder no podrán vulnerar la naturaleza humana.

Maihofer (2008) complementa esta idea desde los fines que encaminan el actuar estatal. En su texto *Estado de Derecho y dignidad humana* expone que, a partir de los derechos y la dignidad se da una relación entre el Estado y el ser humano, desde la que todo el aparato estatal deberá proporcionar los medios para preservar un escenario en el que el hombre pueda desarrollarse por sí mismo. Según esto, el deber del Estado no solo es castigar con limitación, sino proporcionar todo lo necesario para que existan garantías y que cada ser humano desarrolle de una forma óptima el ejercicio de los derechos y la dignidad, lo que equivale a vivir su vida de acuerdo con su propia naturaleza¹.

El segundo elemento es el de la *libre decisión*, este comprende que los seres humanos cedieron parte de su libertad para realizar un pacto en donde acordaron cuáles iban a ser los bienes jurídicos de mayor relevancia para todos, cuáles serían los delitos capaces de vulnerar esos bienes jurídicos, y cuál sería la pena que castigaría la comisión de los delitos. Para entender este elemento vamos estudiar en primer lugar la decisión sobre los bienes jurídicos, y para eso acudimos a Rawls (1995) que nos podría ayudar a partir de las ideas de justicia que expone en su texto *Teoría de la justicia*.

1 Esiquio Manuel Sánchez Herrera (2014) acompaña estos planteamientos, exponiendo que la dignidad del ser humano es entendida en Colombia como parte de la naturaleza de todo ser humano y que, por tanto, es previa a todo ordenamiento jurídico (pp. 81-83).

Rawls (1995) plantea que la justicia se da cuando en una sociedad se acogen principios que deben regir para que toda persona pueda desarrollar su proyecto de vida. Esto lo explica a partir de un escenario hipotético denominado *posición originaria*, en donde ningún individuo sabe nada respecto de su situación particular en una sociedad (género, posición económica, posición política, etc). Según él, cualquier ser humano estando en ese escenario decidiría los principios que deben regir en su sociedad para que, sin importar su situación específica, pueda desarrollar su proyecto de vida.

Desde estas ideas, Rawls (1995) no menciona al Derecho penal, pero podemos entender que la justicia que él plantea es la que subyace al elemento de la *libre decisión* sobre los bienes jurídicos. Pues estos son decididos como los bienes que debe garantizar el Estado porque se conciben como fundamentales para todos los seres humanos. A partir de la protección de estos cada uno puede desarrollar su vida de cualquier manera. Esta idea es apoyada por Roxin (1997) en su libro *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*.

Roxin (1997) en este texto sí se refiere a los bienes jurídicos y los considera como los únicos bienes que pueden ser protegidos por el Estado por medio del Derecho penal, ya que son finalidades o circunstancias dadas que se consideran útiles a todo individuo, y de tal importancia que permiten su desarrollo en el marco de una vida social. Desde estos planteamientos vemos cómo Roxin acoge la idea de justicia de Rawls (1995) y le da el componente de utilidad para mostrar que los bienes jurídicos están pensados al servicio de lo que todo ser humano quiere con su vida.

Ahora bien, respecto a la *decisión libre* sobre los delitos y las penas, acudimos a Mir Puig (2005) en su libro *Derecho Penal. Parte General*. Este autor expone que los delitos son consecuencias de la teoría del contrato social, pues la sociedad que ha formado un pacto de paz considera como acto delictivo toda vulneración a las obligaciones consagradas en ese pacto. Pero esto también es garantía para todos los individuos de la sociedad, porque no habrá castigo sino solo como consecuencia de esta infracción. De ahí se deriva lo que se entiende como principio de legalidad, que exige que para la imposición de una pena esta y los delitos deben estar previstos en la ley.

Estas ideas también están en lo planteado por Beccaria (2000), en su famoso libro *Tratado sobre los delitos y las penas*. En este propone un origen de las penas partiendo de la idea de cómo los hombres pasaron de estar aislados y en una guerra permanente, a una vida social en donde cedían parte de su libertad

a un depositario. Pero aun estando al cuidado de ese depositario, existía el peligro de que cada hombre tuviera el deseo de recuperar su porción de libertad y usurpar las ajenas. Para evitar eso se creó el delito que prohibía esa conducta egoísta, pero también una pena que castigaría el apoderarse de las libertades de los otros.

Por último, Ferrajoli (1995) en el texto que ya hemos mencionado *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, también expone unas ideas en torno al contrato social que debemos tener en cuenta para entender el elemento de la *libre decisión*. Ferrajoli concibe a este como un pacto constitucional que se funda en el garantismo como una limitación de poderes públicos siempre en miras a garantizar los derechos mínimos constitucionales y buscando su expansión. Pero este pacto, desde la idea de Ferrajoli, se mantiene en un constante desarrollo por medio de la democracia, ya que esta en sentido material es el Estado de derecho (dotado de garantías efectivas, tanto liberales como sociales), y en sentido formal es la manifestación de un Estado político representativo, es decir, que se basa en el principio de mayoría como fuente de legalidad.

En ese sentido, entendemos que la *libre decisión* se presenta desde la participación democrática en el Derecho penal colombiano, y con ella es que se actualiza y desarrolla el pacto social para que no solo se protejan unos bienes jurídicos iniciales, sino que también se garanticen aquellos que con el tiempo se van considerando como fundamentales. Y que los delitos y las penas también se van transformando para proteger a los bienes jurídicos de nuevas amenazas o formas de vulnerarlos.

El tercer elemento del *discurso sagrado* es la *necesidad del Estado*, desde este se comprende que el castigo debe ser ejercido únicamente por el Estado porque este tiene como finalidad proteger al ser humano, y, por tanto, al imponer las penas limitará su poder para no vulnerar la dignidad y los derechos de cada individuo. Desde este panorama no es posible un abuso por parte del Estado, porque cuando impone un castigo solo lo hace como consecuencia de las libertades que los individuos le han dado para que este las proteja y salvaguarde, por eso no será desmedido con las penas ni desconocerá las otras libertades conservadas por el individuo. Beccaria (2000) en el mismo texto que ya hemos indicado, nos trae pautas para entender a este elemento.

Beccaria (2000) plantea que es necesaria la existencia de un soberano que castigue la comisión del delito, porque se presenta como un tercero imparcial que puede construir un diálogo entre el infractor de la norma y el resto de la sociedad. Si no estuviera este soberano el contrato social permanecería dividido

entre los que lo quieren hacer cumplir y los que no. Pero ese castigo no se debe dar de manera arbitraria, por eso es importante que el poder del soberano se ejerza por medio de un magistrado que deberá buscar la verdad de los hechos y a partir de esta verdad juzgar y eventualmente castigar.

Como desarrollo de esta idea, Ferrajoli (1995), en otra parte del texto que ya hemos indicado, expone la necesidad de un soberano refiriéndose al Estado moderno. Pues que este, al igual que la libertad de los hombres en el contrato social, tiene una libertad artificial denominada soberanía, que es limitada y debe utilizar al Derecho en su totalidad como un instrumento de paz y así garantizar que el pacto constitucional no sea transgredido. Entonces, desde la mirada garantista de Ferrajoli, vemos que el Estado en sí mismo, por la forma en que nace y se constituye su propia naturaleza, no tiene la capacidad de vulnerar los mínimos de los individuos; es, en ese sentido, el soberano óptimo para cuidar las libertades, incluso haciendo uso de un Derecho tan peligroso como lo es el Derecho penal.

El cuarto elemento del *discurso sagrado* es la *resocialización*, este plantea que una pena no debe tener como finalidad erradicar a un individuo, sino que con ella se debe garantizar la búsqueda todos los medios para que quien cometió el delito cambie su pensamiento, entienda como prioridad el interés general sobre el particular, y asuma que su conducta fue negativa para toda la sociedad y para él mismo. Con la pena se debe resocializar al sujeto que cometió el delito para que pueda volver a vivir una vida en sociedad sin el deseo ni la necesidad de vulnerar bienes jurídicos. De nuevo acudimos a Beccaria (2000) para comprender la teoría de la que parte este elemento.

Beccaria (2000) comprende que la resocialización es la herramienta con la que la pena desarrolla su fin más importante, es decir, ayudar al autor de un delito a integrarse a una sociedad y con ello lograr desarrollar los postulados del Estado social. No se ve con la resocialización al infractor del pacto inicial como un enemigo, sino como alguien que necesita ayuda para comprender que es bueno para la sociedad y para él mismo respetar y cuidar los bienes jurídicos.

Esta concepción de la resocialización es complementada por Roxin (1997) a partir sus ideas en términos de utilidad que ya habíamos visto en su texto *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Para él la resocialización se entiende como la utilidad de las penas, pues con ella se imprime las ideas de la pena de una manera más eficaz y duradera sobre el pensamiento del reo y no sobre el sometimiento doloroso del cuerpo. Desde Roxin, vemos de nuevo esa idea por educar y cuidar al individuo, y si la

pena solo es útil a partir de la resocialización, entonces se debe entender esta como el fin último del castigo.

A las ideas de estos dos autores Ferrajoli (1995) parece oponerse en algún sentido. Él trae una nueva mirada a los fines de la pena, y propone una abolición de la pena privativa de la libertad y su remplazo por otras penas alternativas. Pero con ello, postula una renuncia a la idea de educar por medio de la pena, por su falta de efectividad. Para él, la pena no debe limitar un derecho indisponible como la libertad, pero sí, en todo caso, debe privar otra serie de derechos ya que eso para la pena condición de su certeza, legalidad y determinación. Es decir que, desde Ferrajoli, aunque no se prive de la libertad debe existir un castigo que reprenda una conducta, y en ese sentido por más que no tenga como finalidad educar, la pena debe presentar al sujeto las categorías de malo y bueno sobre su comportamiento.

Dicho esto, se entiende que, a partir de este elemento del *discurso sagrado*, así como el médico quiere curar la enfermedad de una persona o el profesor enseñar una materia a su alumno, cuando un sujeto vulnera un bien jurídico haciendo primar su interés particular sobre el general, corresponde al Estado por medio de la pena cambiar ese pensamiento para que se inviertan las prioridades. Incluso desde la mirada más garantista, el castigo es necesario para mostrar a los individuos lo negativo y reprochable de las conductas delictivas.

SEGUNDA PARTE

En la primera parte de este trabajo hemos entendido al Derecho penal colombiano como un *dispositivo* con el poder de producir el comportamiento y pensamiento de unos sujetos, y que se asegura *sacralizando* su forma de existir y funcionar por medio del *discurso sagrado*. Vimos también que ese discurso está constituido por cuatro elementos esenciales. En la segunda parte realizaremos una crítica a los elementos de ese discurso por medio de una *lectura profana*, y así sentaremos las bases de lo que sería un *discurso profano* del Derecho penal en Colombia.

1. Lectura profana de los elementos del discurso sagrado

Los elementos esenciales del *discurso sagrado* han asegurado al *dispositivo* de Derecho penal colombiano, justificando su forma de existir y funcionar para que esta sea percibida como natural, inmodificable e incuestionable ¿Hay alguna posibilidad de enfrentar a ese *dispositivo* para cuestionar y modificar su forma de existir y funcionar? Agamben (s.f.) propone que el único enfrentamiento

a los *dispositivos*, no es la eliminación de estos, sino su *profanación*. Él explica que la *profanación* consiste en devolver al *libre uso* de los hombres aquello que ha sido *sacralizado*, y así cuestionar y modificar (e incluso eliminar), eso que se había sido presentado con la apariencia de natural. Siguiendo esta idea, podemos decir que por medio de la *profanación* se puede enfrentar al Derecho penal colombiano.

Para lograr cuestionar y posiblemente devolver al *libre uso* de los seres humanos y aquello que ha *sacralizado* el Derecho penal colombiano por medio de un *discurso sagrado* es necesario que exista un *discurso profano*. Por esa razón en este punto pretenderemos sentar las condiciones para conformar un *discurso profano* y desde allí abrir una opción para discutir la forma en que existe y funciona del Derecho penal colombiano. Para sentar esas condiciones realizaremos a continuación una *lectura profana* con la que se pretende hacer una crítica a cada uno de los elementos esenciales del *discurso sagrado*, mostrar una manera distinta en la que estos se pueden ser entendidos (el término *lectura profana* lo utilizaremos durante toda esta segunda parte del texto, por lo que debemos siempre remitirnos a lo dicho en este apartado).

1.1. Dignidad y derechos: el humano jurídico y el mundo del Derecho

El elemento de la dignidad y los derechos parece ser la razón por la que X, en el caso propuesto al principio del texto, es respetado por la autoridad en el momento en que fue capturado, durante el proceso y en la ejecución de la pena. Para el *discurso sagrado*, X tiene dignidad y derechos por naturaleza, solo por el hecho de existir como un ser humano. Pero puede darse otra lectura a ese elemento, a partir de la que entenderemos a X como un humano jurídico producido por el mundo del Derecho, con una idea de dignidad y de derechos como elementos de su propia esencia que determinan su subjetividad en cuanto a sujeto (y sujeto político).

El Derecho tiene una perspectiva de la existencia humana y su relación con el mundo. Para este, toda referencia al mundo tiene por base un lenguaje y un saber particular: el normativo. Toda relación que tenga el ser humano con el mundo, puede ser entendida desde las normas. El mundo humano se lee por medio del lenguaje jurídico. Así, por ejemplo, las cosas no son simplemente cosas, sino que son “bienes”, o los acuerdos son denominados “contratos”. Ese lenguaje tiene una forma de conocimiento, unas reglas en torno a la comprensión del mundo. Es decir que la perspectiva de la existencia del ser humano y su relación con el mundo que tiene el Derecho se da por la producción de verdades.

Esa idea de producción de verdades se puede pensar desde la definición que da Nietzsche (1996) sobre la verdad en su texto *La verdad y la mentira en sentido extramoral*. Según él cada individuo ha tenido experiencias singulares con el mundo, pero al entender estas experiencias como universales, aplicables a todo, es que se forman los conceptos y las verdades, igualando lo no igual. Entonces, Nietzsche entiende que el ser humano tiene un poder creador para inventar *metáforas o ilusiones* (lo que llama Nietzsche *imágenes*²), y que la verdad nace cuando se olvida que no son más que eso, *metáforas e ilusiones*. Si se aplica lo anterior a lo que se dijo sobre el Derecho, entonces es claro que se ha formado una ilusión sobre el mundo: el mundo del Derecho. Esa *ilusión* se olvida como tal y se concibe como una verdad. De esta verdad se desprenden conceptos, un lenguaje, una forma de conocimiento y una nueva *metáfora*: la dignidad y los derechos. Esta nueva *metáfora* se alza como una verdad sobre la naturaleza humana y la relación que tiene un individuo con su mundo.

Costas Douzinas (2006) ofrece una comprensión de la naturaleza humana que complementa el análisis anterior. Según él, se vuelve un ser humano solo quien tiene éxito en reclamar sus derechos y su dignidad. Es decir que la relación que tiene el humano con el mundo del Derecho se da por medio de la reclamación de una dignidad o de sus derechos. La relación material que tiene el sujeto con el mundo del Derecho en cada acción que realiza o no realiza, se lee desde la metáfora de dignidad y derechos, concebida como verdad sobre su naturaleza (con derechos y dignidad). Por ejemplo, el que pueda caminar se desprende de un derecho a la libre locomoción; el cantar, se traduce al derecho a una libre expresión de la personalidad; o el adquirir alguna cosa o deshacerse de ella se entiende desde su derecho de propiedad.

Es decir que gracias a la ilusión que ha producido el mundo del Derecho y que se ha entendido como la verdad de derechos y dignidad, toda relación del humano con ese mundo se comprende a partir de esta, y, por tanto, se construye una forma de sujeto particular: un humano jurídico. Pero la conformación de ese humano jurídico no es externa al humano mismo, sino que funciona como la definición de la relación que tiene el humano con el mundo y consigo mismo. El pensamiento de Marx (1974) resulta clave para entender esto.

En *La ideología alemana* (1974) se hace una descripción sobre la forma en que el ser humano es consciente de sí mismo. Marx dice “no es la consciencia la que determina la vida, sino la vida la que determina la consciencia” (p. 26).

2 A lo largo del texto no vamos a referir a ilusiones, imágenes o metáforas como sinónimos de eso que según Nietzsche es una creación del ser humano que toma apariencia de verdad.

Según esto, el hombre se concibe en virtud del mundo que está viviendo, el ser del hombre se determina a partir de su vida concreta dentro de un contexto concreto. El hombre se desarrolla en un momento histórico determinado, con unas fuentes de producción y trabajos específicos. Y a esto último, un momento histórico determinado, con unas fuentes de producción y trabajos específicos, es a lo que llama Marx el mundo³.

Si pensamos desde Marx (1974) el problema de cómo el Derecho determina al sujeto a partir de la creación de la imagen de un mundo del Derecho, podemos decir que cuando un sujeto vive en ese mundo, emerge una consciencia de sí mismo como sujeto que se comunica reclamando derechos y dignidad. No se es simplemente un ser humano habitando el mundo del Derecho, sino que ese mundo lo crea como sujeto que comprende su naturaleza mediado por las *ilusiones* que han sido levantadas como verdades, es decir, la dignidad y los derechos.

Un complemento a estas ideas lo podemos encontrar en otro texto de Marx (1982). En *Sobre la cuestión judía* se muestra que, con la aparición de los derechos del hombre, el hombre se comienza a definir desde la perspectiva de una clase, la burguesía. Y el hombre que surge de allí es el hombre burgués. Marx amplía su argumento pensando en tres derechos fundamentales de la declaración de los derechos del hombre. La protección del derecho de la libertad, que quiere decir que mi libertad no puede limitar la libertad del otro, equivale a una forma de separación de todos los hombres entre ellos, ya que en la práctica ese derecho, es la propiedad privada. Con el derecho a la igualdad se busca que ningún hombre dependa de otro. Y, por último, con el de la seguridad lo que se busca es garantizar que una persona conserve sus derechos y su propiedad (pp. 463-499).

Es decir que el sujeto que se constituye a partir de la declaración de los derechos del hombre, está determinado por la burguesía como clase, comprendiéndola como universal y natural, aplicable por tanto a todo hombre. En el mundo del Derecho pasa algo en un sentido similar, pues podemos comprender que los derechos y la dignidad determinan al humano jurídico para asegurar y universalizar una perspectiva delimitada por su contexto y su particularidad histórica.

Hasta aquí hemos dicho que el mundo del Derecho produce la consciencia que los sujetos tienen de sí mismos como humanos jurídicos. Ahora bien, consideramos que desde esa consciencia el sujeto también se percibe a sí mismo des-

3 Los principales análisis a los textos de Marx son parte de las discusiones planteadas por el profesor Franco Alirio Vergara Moreno (profesor de planta de la Facultad de Filosofía) en su clase de Cátedra de Marx, en la Pontificia Universidad Javeriana, en el primer semestre de 2020.

de una subjetividad política concreta. Es decir, se concibe con un rol específico en unas relaciones de poder específicas. El humano jurídico tiene una consciencia de sí como un sujeto con una relación de poder con el Estado y con el resto de los sujetos con los que vive en el mundo del Derecho. En este punto debemos dejar a Marx y seguir a Rancière (2011). En su texto de *El malestar en la estética*, plantea una noción sobre la función que cumple la política en una sociedad, noción que podría darnos una explicación sobre esa forma de consciencia de sí mismo y del mundo que se produce respecto las relaciones de poder.

Él considera que las relaciones de poder no son la política, sino que la política es la conformación de un espacio en donde se dan las relaciones de poder, que se crea por medio de una división y una imposición de fronteras. Y dentro de esos espacios se da una asignación de roles a los sujetos que viven allí, por medio de las que se determinan una posición respecto a las relaciones de poder que tienen entre ellos. Cuando se divide un territorio se determina el rol que debe cumplir una población y su soberano, y así las relaciones que se den entre ellos, que no son otra cosa que relaciones de poder. En ese sentido la política coloca al ser humano en una posición concreta respecto al poder, y desde esa posición se produce en el sujeto una consciencia de su ser político.

Desde esta división que genera la política según Rancière (2011), si volvemos al problema del humano jurídico, podemos afirmar que en el mundo del Derecho existe una política que crea espacios y asigna roles. El humano jurídico se comprende a sí mismo como un ser en una relación de poder con el resto de los sujetos y con su soberano, es decir, el Estado. Esa relación de poder equivale a la reclamación de la dignidad que le es propia por ser un ser humano y los derechos que esta conlleva. El Estado es quien tiene el poder de defender y reconocer eso que se reclama. En ese sentido, estaría el humano jurídico en una posición de igualdad en su relación de poder con los otros humanos jurídicos. Pero se percibe de otra manera respecto al Estado. Está por debajo de este, pues lo reconoce como el protector de su dignidad y sus derechos, y es a quien acude para reclamarlos.

Nos conviene en este punto retomar el caso del sujeto X. X sería ese humano jurídico producido por el mundo del Derecho, que es consciente de sí mismo como un sujeto con dignidad y derechos, y con una relación de poder con Estado y con la sociedad. En esa relación de poder, el Estado se muestra como superior a él porque lo puede castigar por cometer un hurto, imponerle una pena y controlar esa pena, justamente por no respetar un derecho de Y (otro humano jurídico). Pero el Estado también limita su poder para respetar la condición que tiene X de humano jurídico. Sin embargo, como pretenderemos exponer más adelante, no se trata de un respeto por parte del Estado hacia X, sino de una manera de asegurarse como detentor de poder.

1.2. La libre decisión como imposición de un interés

Si aceptamos lo que hasta ahora hemos propuesto, podemos decir que, aunque el ser humano sea producido y tenga consciencia de sí mismo como humano jurídico, este seguiría teniendo una libertad para decidir sobre lo que se considera como bien jurídico, delito y pena. En ese sentido, el sujeto X (humano jurídico) hizo parte de la decisión que considera al patrimonio económico (al igual que muchos otros bienes jurídicos) como un bien jurídico de tal importancia que debía ser protegido por el Estado. Además, X hizo parte de la decisión de concebir al hurto como un delito que puede lesionar a ese bien jurídico, y, por último, también decidió que la pena privativa de la libertad sería la consecuencia de cometer ese delito. X cedió su libertad y en un pacto se comprometió a no vulnerar los bienes jurídicos, pero como no honró ese pacto, fue castigado con la consecuencia que él mismo previó.

Una *lectura profana* al elemento de la libertad del *discurso sagrado* del Derecho penal, propondría a esta como una imposición de intereses individuales de un grupo favorecido por el poder estatal. Y la prohibición y el castigo de conductas serían la manera de asegurar una universalización de esos intereses. Para desarrollar este planteamiento acudimos, en primer lugar, a la exposición de la sociedad disciplinaria planteada por Foucault (1996), ya que consideramos que esta desmantela la utopía liberal sobre la génesis de los bienes jurídicos, los delitos y las penas.

Según Foucault (1996), la sociedad disciplinaria surge en los finales del siglo XVIII y comienzos del XIX por la presencia de dos fenómenos. En primer lugar, la reforma legal que se dio en Inglaterra y, en segundo lugar, la reorganización de instituciones penales que se llevó a cabo en Francia. La reforma inglesa buscaba separar la moralidad de lo racional. Hacer del sistema del Derecho penal protector de los individuos, distinguir entre pecado y delito, y formar toda una serie de principios como el de legalidad. Frente a este movimiento surgieron pequeños grupos populares que pretendían oponerse a las reformas legales: grupos disidentes religiosos que buscaban defender la moralidad, comunidades propiamente religiosas defensoras de antiguas costumbres, grupos paramilitares con propuestas de vigilancia y compañías del sector económico con formas propias de control a sus trabajadores.

En Francia, por su parte, se dio una reorganización de las instituciones penales, mediante la creación de un aparato judicial y uno parajudicial (una especie de policía). Pero además existía una figura denominada las “cartas del rey”. Estas cartas eran documentos que obligaban a las personas a hacer una determinada cosa por solicitud de distintos individuos con problemas particulares

(como cónyuges víctimas de infidelidades). Las principales solicitudes fueron para que se castigaran conductas de inmoralidad, actos juzgados como peligrosos, y conflictos laborales. Era un mecanismo popular para defender unos intereses particulares.

Tanto en Inglaterra como en Francia se dan esas prácticas sociales por fuera de la penalidad. Sin embargo, estas se comienzan a institucionalizar y pasan de las clases más bajas a las más altas burguesías. Se convierten en normas ¿Cuál es la razón de ese movimiento? Foucault (1996) plantea que es la forma de producción industrializada que dio lugar a una concepción de propiedad y de riqueza particulares. Esto planteó la necesidad de una forma de control específica. Entonces se dejó de lado la teoría liberal para tomar esas prácticas sociales efectivas y así institucionalizarlas en favor de las clases sociales que detentaban el poder económico y de producción.

En resumen, fueron las prácticas sociales de control de grupos externos al Derecho penal las que dieron origen a las formas de castigo. Los delitos, por su parte, fueron consecuencia de lo que consideraban negativo esos pequeños grupos populares y de las solicitudes que se hacían en las “cartas del rey”, pese a las teorías liberales que separaban la penalidad de lo moral. Y la prisión, sin sustento teórico alguno (como sí lo tenía el exilio y muchas otras formas de pena), se presentó como la forma de castigo primordial en las sociedades, consecuencia de la eficiencia para controlar a la conducta de las personas que traía la amenaza de la privación de la libertad.

Ahora bien, en Colombia la historia de la pena no parece haber sido muy distinta. Hernández Jiménez (2018) muestra que la primera forma de prisión se dio por una orden de Simón Bolívar en 1828 y que de ahí se derivó una serie de reformas legales. Estas reformas estaban contaminadas de ideas de pena de la práctica europea, con un mismo enfoque de disciplina y moralidad institucionalizada. Todas las regulaciones carcelarias del siglo XIX tenían como características un trabajo silencioso, visitas solo los domingos, y prohibición de canto, baile, o hacer bulla (pp. 50-54). Esto por supuesto es una simplificación del proceso de institucionalización de los centros penitenciarios en Colombia, pero este breve resumen nos permite hacer un parangón entre Colombia y lo expuesto por Foucault (1996).

Los delitos y las penas son, entonces, producto de una institucionalización de prácticas sociales que se da debido a la necesidad de control que exigía un mundo de producción y propiedad industrializada. No un acto de libertad, sino una imposición de las clases más altas que querían favorecer sus intereses

particulares por medio de los controles de la sociedad disciplinaria. Pero si este fue el origen de los delitos y las penas, ¿qué sucede entonces con los bienes jurídicos? ¿Pueden ser esta consecuencia de una libertad? La lectura del texto de *Debates sobre la ley castigando los robos de leña* en los *Escritos de juventud* de Marx (1982) puede ayudarnos a dar una respuesta a esta pregunta. En el texto Marx muestra que el tomar leña de bosques ajenos no fue siempre una práctica prohibida, pero al ver que los propietarios de estos predios empezaron a considerar que también su propiedad estaba sobre la leña, el Estado institucionalizó la prohibición de tomar la leña.

De esta manera, lo que Marx (1982) está diciendo es que la propiedad sobre la leña solo surge como objeto protegible por el Estado una vez que las personas que tienen dominio sobre los bosques lo reclaman como interés propio. Marx expone que la protección que realiza el Estado no se da en beneficio de toda la sociedad, sino que surge como respuesta a unos intereses particulares. Protege por medio de la prohibición de conductas y castiga para asegurar la conservación de esos intereses. Así pasa también cuando se protegen los derechos, como se expone en el texto que ya hemos mencionado, *Sobre la cuestión judía*. Cuando se habla de proteger la libertad, la igualdad y la seguridad, solo se da una denominación a la reclamación que hace un grupo histórico específico (la burguesía). La separación de los sujetos, que cada uno no necesite del otro y que esto deba ser asegurado, no corresponde a un beneficio común, solo al de unos pocos.

El que se protejan derechos como la propiedad privada no parece ser, en esas denuncias hechas por Marx (1982), consecuencia de ningún pacto. Se institucionaliza su protección para que se asegure una forma de *comprender el mundo* a favor de unos intereses. Frente a esos desposeídos que tomaban la leña no hubo un contrato social o pacto constitucional, sino una imposición. Si se aceptan los planteamientos de Marx y la crítica que él propone, no es difícil entender por qué consideramos que los bienes jurídicos que protege el Estado por medio del Derecho penal aparecen por intereses particulares que separan a los hombres.

Si volvemos al ejemplo planteado, desde la *lectura profana* al elemento de libertad que hemos hecho hasta ahora, podemos decir sobre el sujeto X que vulneró el bien jurídico de Y denominado “patrimonio económico”, pero que ese bien jurídico no es otra cosa que la propiedad privada, es decir, un interés particular que el Estado protege e impone como universal (como si fuera un bien de todo humano jurídico). El hurto que cometió X es la forma en que se traduce el vulnerar el interés particular a la propiedad privada. Y la pena que se le impone es la manera en la que el Estado castiga el contrariar sus intereses y asegura el concepto de patrimonio económico.

1.3. Estado como proyecto para la contención del poder

El tercer elemento del *discurso sagrado* del Derecho penal colombiano propone como necesario que el castigo sea impuesto únicamente por el Estado, ya que el poder de este tiene como límite los derechos y la dignidad del ser humano. Frente a este elemento proponemos una *lectura profana* para comprender al Estado como un proyecto de contención de poder que pretende conservarse por medio de la violencia que ejerce sobre los humanos jurídicos y del uso de una serie de símbolos, rituales, instituciones y prácticas que lo hacen parecer como una fuente incuestionable de poder y control. Para desarrollar esta *lectura profana* acudimos de nuevo a Agamben (1998) que por medio de lo que él denomina la paradoja de la soberanía, sugiere que el Estado ejerce un poder tan ilimitado que suspende a las leyes y a todo el ordenamiento jurídico.

La paradoja que propone Agamben (1998), se presenta cuando el soberano declara la existencia de un estado de excepción, ya que con esta se ubica al mismo tiempo por dentro y por fuera de la ley. Ese *ubicarse por fuera de la ley* lo debemos entender como la capacidad que tiene el soberano para ponerse a sí mismo por encima de todo el ordenamiento jurídico, pues con la declaración de un estado de excepción este ejerce un poder para suspender la aplicación que normalmente tiene la ley y así tener una mayor libertad para la toma de decisiones, creación de otras normas, e incluso la limitación de algunos derechos de los seres humanos.

Pero también se dice en la paradoja que el soberano está *al mismo tiempo por dentro de la ley*. Esto debemos entenderlo en razón a que la declaración del estado de excepción se hace acatando a la ley, puesto que en el ordenamiento jurídico debe estar prevista la posibilidad de declarar un estado de excepción y las características en que este puede ser declarado. Para el caso colombiano un estado de excepción solo se puede dar en el marco de unas situaciones específicas de crisis, donde las decisiones que se tomen deben encaminarse a terminar con esta situación o a proteger de esta a toda la población, y solo puede existir por un tiempo limitado y con la imposibilidad de restringir derechos fundamentales.

Si bien Agamben (1998) explica esta paradoja a partir del estado de excepción y no se refiere en absoluto al Derecho penal, sin embargo, se puede decir que la paradoja del soberano se presenta en la forma en que se ejerce el poder punitivo del Estado en el Derecho penal colombiano con la imposición de penas sobre los sujetos. Una pena siempre significa la limitación de un derecho, pues con ella se doblega la voluntad del sujeto, ya sea para que no salga de una prisión, o para que pague una multa, o para que no salga de su propia casa. El Estado suspende el desarrollo normal que tienen los derechos y la dignidad del

humano jurídico, pero lo hace porque la misma ley se lo permite, ya que solo hay pena cuando esta está expresamente en la ley. A la hora de imponer penas, el Estado está dentro del ordenamiento jurídico, aun cuando lo que hace al ejercer el castigo es vulnerar la propia ley limitando los derechos que esta protege, y, por tanto, de alguna manera se está situando por encima de la ley.

La suspensión de las leyes que hace el Estado cuando impone una pena, aun estando dentro de ella, es una forma violenta en que el Estado ejerce su poder. Pues no protege los derechos y la dignidad, ni se ve limitado por estos, sino que moldea las normas para someter la voluntad de un ser humano y limitar lo que se le ha atribuido como parte de su esencia en cuanto humano jurídico (su dignidad y derechos). Pero pese que se presenta un ejercicio violento del poder estatal en el marco del Derecho penal, pareciera que el Estado aún sigue siendo percibido por el humano jurídico como la entidad que necesariamente debe detentar el poder para castigar. Respecto a esa situación García Arboleda (2015) nos puede dar una explicación.

Según García Arboleda (2015), el Derecho en la actualidad concibe al Estado como una entidad pétrea a la que resulta imposible formularle preguntas con relación a su existencia. Para tratar de comprender las razones por las que en el Derecho actual se ha formado esa imagen del Estado moderno (como entidad pétrea), él propone hacer un acercamiento a este desde estudios interdisciplinarios. Por esa razón analiza las reflexiones que se dieron en un seminario internacional llamado *States of imagination in the postcolonial World* que fue realizado por Thomas Blom Hansen y Finn Stepputat (Hansen y Stepputat, 2005, citado en García Arboleda, 2015).

En dicho seminario antropólogos de todo el mundo expusieron sus investigaciones enfocadas en el papel del Estado en escenarios de conflictos armados, problemas migratorios, y la cultura popular desde el problema de la idea del Estado como algo dado e inamovible. En este estudio se identificó que desde los encuentros cotidianos que tienen las personas con las prácticas de un Estado, se ha formado una imagen de este como fuente de poder y control que busca mantener la estabilidad de un orden social. Esa imagen se rastrea de una serie de rituales, símbolos, prácticas e instituciones que hacen parecer al Estado como un soberano detentor de poder.

Así mismo, encuentra que en esos estudios se identificó que incluso en las situaciones de desorden o de violencia generadas por el mismo Estado todavía persistía esa imagen como fuente de poder y control ¿Cuál es la razón para que se mantenga esa imagen? La respuesta la encuentra García Arboleda (2015) en

la *ahistoricidad* como característica determinante del Estado. Con esto García Arboleda se refiere a que los encuentros con las prácticas, los rituales, y los símbolos e instituciones del Estado carecen de una historia, se perciben como si siempre hubiesen estado allí y por tanto no se pudiesen cuestionar. Es así que el Estado tampoco se puede cuestionar cuando utiliza su poder para imponer violencia sobre un sujeto, puesto que el sujeto comprende que su soberano siempre ha sido quien posee el poder, que siempre lo ha ejercido de esa manera, y que lo hace para mantener un orden social. Pero esto se debe a la forma en que se ejerce el poder estatal que tiene como base el desconocimiento de la historia y del origen del Estado y de su poder.

Ahora bien, en este punto debemos retomar una parte que dejamos de lado del ejemplo planteado al principio de nuestro trabajo. Cuando el sujeto X hurtó el celular y vulneró el patrimonio económico de Y, habíamos visto que fue detenido y linchado por un grupo de personas. Este grupo estaba ejecutando sobre X un castigo sin ningún tipo de control. Solo hasta que la policía intervino se controló y se limitó un castigo sobre X. Después de la detención que hizo la policía, X fue sometido a un proceso en donde conservaba su inocencia que debía ser desvirtuada para que a este lo condenaran. Luego, cuando se le impuso la pena privativa de la libertad, se castigó la conducta de X con proporcionalidad respecto al delito y así, se dio el ejercicio de un poder estatal limitado que no podía vulnerar la dignidad y derechos del sujeto X.

Leamos este ejemplo a la luz de lo dicho por Agamben (1998) y García Arboleda (2015) dentro de lo que sería una *lectura profana* al elemento del *discurso sagrado* del Estado como monopolizador del castigo. Podemos afirmar que cuando se impuso al sujeto X la pena privativa de la libertad, el Estado se puso por encima de la ley y suspendió parte de la dignidad y los derechos de X (con el fin de asegurar y proteger el interés de la propiedad privada, como ya vimos en el punto anterior del texto). Es decir que el Estado sometió a X a una violencia al restringir parte de lo que este considera como esencial a su subjetividad. Pero ese actuar violento del Estado se hizo acatando las normas que lo facultaban para castigar a X.

Además, para imponer la pena el Estado hizo uso de un proceso constituido por instituciones (como lo son el juez, el fiscal y el defensor de oficio), rituales y prácticas (como son las etapas del proceso, los órdenes y momentos para intervenir, o la formalidad con la que se comunican las partes con el juez), y símbolos (como la vestimenta formal de los abogados y el juez, el espacio de la sala de audiencias donde todo esto ocurre, e incluso las banderas que presencian la imposición de una pena). Estos elementos que usa el Estado y el hecho de

imponer castigos por la facultad que le da la ley, hacen que aún en esa situación de limitación de sus derechos y dignidad el sujeto X siga percibiendo al Estado como fuente de poder y control.

1.4. Resocialización como la normalización de sujetos

La resocialización es el elemento del *discurso sagrado* del Derecho penal que propone que el sujeto que ha infringido la norma debe ser persuadido por medio de la pena impuesta por el Estado para que no quiera volver vulnerar un bien jurídico, y pueda así, una vez haya cumplido el tiempo de la pena, volver a vivir en sociedad sin la necesidad ni el deseo de vulnerar los derechos del otro. En ese sentido, si aceptamos la lectura que hemos hecho a los elementos anteriores podríamos afirmar que la suspensión que se hace a los derechos de un humano jurídico por medio de la pena, para proteger unos intereses particulares, tiene como fin hacer comprender a este sujeto lo negativo que es el vulnerar un bien jurídico.

Si bien la idea de la resocialización se nos presenta con un carácter humanista de manera que el Estado lo que busca es la reintegración de un sujeto que es discordante a la armonía social, a partir de una *lectura profana* del elemento de la resocialización, lo que se puede ver que es que detrás de esa idea humanista hay una herramienta para educar y normalizar a los humanos jurídicos de manera que se legitime y acepte la violencia que impone el Estado sobre ellos. Para empezar a plantear la *lectura profana* a este elemento entenderemos a la resocialización de manera análoga a la medicina que se aplica a un enfermo a partir de los planteamientos de Esposito (2009).

Esposito (2009) comprende a la sociedad actual como una *sociedad inmunológica*. Su explicación sobre esta forma de sociedad parte del concepto médico de inmunidad, que consiste en combatir un virus con el mismo virus para garantizar la eficacia de algo. Es decir que se utiliza un negativo menor para a bloquear a uno mayor. Para Esposito esta inmunidad se presenta en el Derecho cuando el ejercicio del poder del Estado combate una violencia mayor con una violencia menor. Para mostrar esto, toma el ejemplo del terrorismo, ya que este aparece como un terror de violencia (el negativo mayor) que debe ser combatido por el Estado con otra forma de violencia (un negativo menor). Esa idea de inmunidad, según él, es la que justifica y legítima al Estado para que en un Derecho moderno pueda utilizar la violencia en ciertas circunstancias.

Esta idea de *inmunidad* también está presente en el Derecho penal. Como vimos en el numeral anterior toda pena implica un acto violento del Estado, ya que se trata de un ejercicio de poder en el que se somete la voluntad de un sujeto

y se limitan su dignidad y derechos. Pero esta violencia que ejerce el Estado se presenta como si tuviera el fin de erradicar otro acto de violencia denominado como delito. Así cuando un sujeto lesiona un bien jurídico, está ejerciendo una violencia que el Estado debe erradicar por medio de la violencia menor que sería la pena. El erradicar la violencia es la resocialización. En ese sentido, retomando nuestro ejemplo del sujeto X, cuando este cometió un hurto ejerció violencia sobre el bien jurídico de patrimonio económico, y para erradicar esa violencia el Estado le impone una pena sometiendo la voluntad de X y limitando sus derechos y dignidad. Con esa erradicación de la violencia pretende transformar la forma en que X percibe el acto del delito. La resocialización supone una medicina, es una respuesta inmunológica.

Ahora bien, debemos preguntarnos sobre cómo funciona esa erradicación de violencia que se pretende con la resocialización. Esta se puede entender desde la exposición que hace Foucault (1996) sobre las *instituciones de secuestro*. Foucault afirma que en la sociedad existe una variedad de *instituciones de secuestro* como colegios, hospitales, fábricas, y cárceles, que tienen la finalidad de fijar a los individuos, estandarizarlos y hacer que estos tengan la característica de lo que las mismas instituciones consideran como normal.

Estas *instituciones de secuestro* son capaces de controlar el tiempo y los cuerpos de los individuos. Pero, además, tienen la función de crear una nueva forma de poder que tiene diversas formas que son poder económico, poder judicial, poder político, y poder epistemológico. Las tres primeras formas no las explicaremos aquí, solo nos pronunciaremos sobre el poder epistemológico ya que este tiene una mayor relevancia sobre el control del sujeto. Este poder pretende la extracción de una forma de saber de un grupo vigilado y luego la transformación de este saber en normas de pensamiento y comportamiento. El poder epistemológico es utilizado por la cárcel porque esta realiza una inclusión por exclusión, ya que al sujeto que se le impone una pena se le excluye de la sociedad, pero esta exclusión tiene como finalidad educarlo, normalizarlo e incluirlo de nuevo en ella por medio de la imposición de un saber.

La reflexión sobre las cárceles como instituciones que normalizan y controlan a los sujetos se puede complementar con otro texto de Foucault llamado *Vigilar y castigar* (2009). En ese texto Foucault afirma que el control que se realiza en la prisión no solo pretende que el sujeto al que se le impone la pena desarrolle un respeto por la ley ni un temor al castigo. Lo que busca el control de estas instituciones es *sumisión profunda* sobre la moralidad del sujeto. No se quiere cambiar simplemente su conducta, se pretende transformar los valores del sujeto y así cambiar la percepción que este tiene de lo bueno y lo malo.

Según nuestra lectura de estos dos textos de Foucault, la resocialización se presenta como la herramienta del Estado que tiene por objetivo fijar a los individuos en una sociedad específica con una forma de moralidad determinada. Por medio del control del tiempo, del cuerpo y la imposición de una manera de vivir como una norma de comportamiento (poder epistemológico), es que el control logra imponerse en la forma en que el individuo ve sus propios actos.

Ahora bien, la resocialización no solo trae consecuencias en la forma en que el sujeto comprende sus actos como buenos o malos, sino que, al normalizar a los sujetos, la resocialización hace que estos aprendan a aceptar la violencia a la que los somete el Estado como la forma incuestionable en que este debe ejercer su poder. Esta idea la podemos comprender desde los planteamientos presentes en dos de los escolios escritos por el filósofo colombiano Nicolás Gómez Dávila (2005).

El primero de estos escolios dice “Llámesese buena educación los hábitos provenientes del respeto al superior transformados en trato entre iguales” (p. 47). Este escolio se refiere a la relación entre quien ostenta un poder y los que están por debajo de este. En esa relación puede ser que el sujeto sobre quien se ejerce un poder (el sujeto que está por debajo) acepte a quien lo ejerce como poseedor de ese poder. Esa aceptación se manifiesta en una serie de comportamientos en los que quien está por debajo empieza a concebir a quien posee el poder como su superior. Pero la aceptación de la superioridad tiene lugar en una igualdad de trato entre aquellos sobre quienes recae el poder. Esto se debe a que todos están ubicados en una misma posición (por debajo) en relación con su superior. Esa transformación de los comportamientos en un trato entre los iguales es lo que Gómez Dávila (2005) describe como buena educación.

Trayendo esta idea al problema de la resocialización, podemos entender que esta pretende que por medio del castigo educar al sujeto que ha cometido un delito para aceptar al Estado como poseedor y fuente del poder punitivo y como su superior. Pero esa aceptación del Estado se percibe (o se transforma) en el pacto de no lesionar o no poner en peligro los bienes jurídicos de los otros sujetos (un trato entre iguales). La resocialización puede ser entendida como una buena educación a los humanos jurídicos.

Gómez Dávila (2005) nos ayuda a complementar esta idea con un segundo escolio: “los hombres, mientras más iguales se sientan, más fácilmente toleran que los traten como piezas intercambiables, sustituibles y superfluas. La igualdad es la condición psicológica previa de las degollinas científicas y frías” (p. 328) ¿De qué nos habla este escolio? Gómez Dávila se está refiriendo a la manera en que se ejerce un poder desde la percepción que tienen los hombres

de igualdad entre ellos. Entre más se conciba a sí mismo el sujeto como igual a los otros, más tolerará la pérdida de su propio valor individual. Y así (como lo sugiere la imagen de las degollinas) el sujeto acepta que sobre él se ejerzan formas de poder capaces de erradicarlo. Esto se podría dar en cualquier escenario de relación de poder en donde los seres humanos se perciban como iguales entre ellos (un trabajo en una oficina, un colegio, etc.).

Siguiendo esta idea, se puede decir que en la resocialización parte de la concepción del hecho de que el poder estatal debe dar un trato igual a cada ser humano. Los hombres en relación con el Estado y con la ley, se sienten como iguales y ello conlleva a que pierdan un valor como individuos. Lo que hace que toleren las imposiciones de violencia que el poder estatal ejerce sobre ellos (limitando sus derechos y dignidad por medio de una pena).

Desde los planteamientos de Esposito (2009), Foucault (1996 y 2009) y Gómez Dávila (2005), una *lectura profana* a la resocialización la comprende como una herramienta del Estado para normalizar humanos jurídicos y legitimar la violencia. En Esposito cuando expone la resocialización como la erradicación de la violencia sobre bienes jurídicos (los delitos) por medio de una violencia menor (las penas). En Foucault cuando se muestra la manera en que con la cárcel se pretende la conversión de valores y la imposición de una moral sobre los sujetos para erradicar el deseo de vulnerar bienes jurídicos. Y en Gómez Dávila desde su idea de cómo la igualdad entre los hombres es en realidad la aceptación del Estado como un superior poseedor del poder para preparar al ser humano para ser sometido a degollinas científicas y frías (lo que equivale para nosotros a decir limitación de derechos y dignidad por medio de la pena).

En el caso del sujeto X que violentó el bien jurídico de patrimonio económico de Y, fue sometido al ejercicio de violencia del Estado que conduce a erradicar esa conducta. Esa violencia es la forma en que se educa la moralidad de X para que este respete los bienes jurídicos. De esta manera podrá asumir los intereses que protege el Estado como propios. Pero esa educación también pretende que X asuma un respeto y una aceptación hacia el Estado como fuente y poseedor de poder con superioridad respecto a todos humanos jurídicos. Y esa aceptación es la que hace que X asuma que el Estado puede limitar su dignidad y derechos por medio del castigo.

CONCLUSIÓN

Para este texto tuvimos como punto de partida la comprensión del Derecho penal colombiano como un *dispositivo* que produce la forma en que unos suje-

tos se comportan y piensan, y que se asegura a sí mismo sacando a su forma de existir y funcionar del *libre uso* de los seres humanos, para así darle a esa forma la apariencia de natural, inmodificable e incuestionable. Esto lo hizo utilizando un *discurso sagrado* que se compone de cuatro elementos: *la dignidad y los derechos, la libre decisión, la necesidad del Estado y la resocialización*.

Los elementos del *discurso sagrado* los analizamos de manera crítica por medio de una *lectura profana*, con la que pretendimos sentar las condiciones para conformar un *discurso profano*, para que desde allí se abra la opción de discutir la forma en que existe y funciona del Derecho penal colombiano. Y así, por medio de su cuestionamiento, en algún momento se pueda llegar a devolver la forma en que existe y funciona el Derecho penal colombiano al *libre uso* de los seres humanos ¿Qué significa esto con profundidad?, ¿qué límites debe tener? Esto no es algo que podamos dimensionar a partir de este texto. Sin embargo, el camino que hemos seguido hasta ahora nos ha permitido entender la importancia de un *discurso profano* en medio de la discusión sobre el Derecho Penal.

Desde el *discurso profano* sobre la manera en que existe y funciona el Derecho penal en Colombia, entendimos que la dignidad y los derechos no nos pertenecen por naturaleza, sino que son imágenes producidas por un mundo del Derecho que se han hecho pasar por verdades para producir una consciencia sobre nuestra subjetividad. En esa consciencia sobre nosotros mismos nos concebimos como humanos jurídicos con una posición inferior respecto al Estado en una relación de poder. Como humanos jurídicos no tomamos ninguna decisión sobre los bienes jurídicos que consideramos fundamentales, sino que estos son intereses particulares que el Estado asegura mostrándonoslos como universales. Tampoco decidimos sobre cuáles son los delitos, sino que estos son formas de comportamiento que deben darse para respetar los intereses impuestos por el Estado.

Así mismo, la pena no ha sido decisión nuestra, sino consecuencia de una necesidad de control para asegurar esos intereses estatales. Ahora bien, ese Estado es un proyecto ideológico que se levanta como nuestro soberano y como fuente y contenedor de un poder que por medio de la violencia limita nuestra dignidad y derechos. Y el medio del que se vale para legitimar su violencia es una educación, la resocialización, que pretende transformar nuestra moralidad y someter nuestro tiempo y nuestros cuerpos para imponernos una idea sobre lo bueno y lo malo.

A la luz de esto, el sujeto X en realidad es un humano jurídico producido por un mundo del Derecho y castigado por lesionar un interés particular que

el Estado quiere proteger e imponer. El proceso, con todas sus garantías, y el castigo, con miras a la resocialización de X, los podemos entender como esas herramientas que pretenden normalizar su subjetividad, cambiar su moralidad respecto al hurto que cometió, y legitimar el actuar violento con el que el Estado se impone como un proyecto de contención de poder.

Con la revisión de este caso a partir del *discurso profano*, dejamos abiertos unos interrogantes que pueden ser la entrada para pensar en el cuestionamiento y la modificación a la forma en que existe y funciona el Derecho penal en Colombia, es decir para quitarle a esta forma su apariencia de natural y devolverla el *libre uso* del ser humano. Los interrogantes con los que terminamos las reflexiones de este texto son los siguientes: i) Si el Estado es un proyecto que se consolida por medio del ejercicio de una violencia justificada y normalizada, ¿no podría imponérsele límites reales que impidieran la imposición de esa violencia sobre los seres humanos?; ii) si los bienes jurídicos no fueron producto de una decisión libre, ¿por qué no pensar que ante su vulneración ninguna forma de castigo debería ser consecuencia?; iii) si la resocialización solo pretende una normalización de la moralidad de los seres humanos y no el amparo de unas garantías, ¿por qué no perfeccionar y utilizar otras herramientas como las inhabilidades, las multas o la reparación de perjuicios en vez del Derecho penal?; iv) si la dignidad y los derechos no es un elemento de la esencia de los individuos, ¿es posible una realidad más allá del mundo del Derecho? ¿Puede darse otra forma de existencia humana que no sea la jurídica?

BIBLIOGRAFÍA

- Agamben, G. (s.f.). *Qué es un dispositivo*. <http://ayp.unia.es/r08/IMG/pdf/agamben-dispositivo.pdf>
- Agamben, G. (1998). *Estado de excepción. Homo sacer, II, I*. Editorial PRE-TEXTOS.
- Anzit Guerrero, R. (2010). *Control social y criminología: reflexiones críticas desde la mirada clásica. REALIDADES Y TENDENCIAS DEL DERECHO EN EL SIGLO XXI. Derecho penal. Tomo III*. Ed. Temis y Pontificia Universidad Javeriana.
- Beccaria, C. (2000). *Tratado de los delitos y las penas*. Fondo de cultura económica.
- Douzinas, C. (2006). El fin (al) de los derechos humanos. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época, Volumen 7*, 309-340.
- Esposito, R. (2009). *Immunitas. Protección y negación de la vida*. Amorrortu editores.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trota.
- Foucault, M. (1996). *La verdad y las formas jurídicas*. Editorial Gedisa.
- Foucault, M. (2009). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Siglo veintiuno editores.

- García Arboleda, J.F. (2015). *Los aportes epistemológicos del pensamiento antropológico sobre el Estado moderno y las etnografías sobre sus prácticas cotidianas*, Pontificia Universidad Javeriana. <http://www.scielo.org.co/pdf/unih/n82/n82a05.pdf>
- Gómez Dávila, N. (2005). *Escolios a un texto implícito. Tomo I*. Villegas editores.
- Hernández Jiménez, N. (2018). *Derecho penal de la cárcel Una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento*. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Universidad EAFIT.
- Maihofer, W. (2008). *Estado de Derecho y dignidad humana*, Ed. B de F.
- Marx, K. (1974). *La ideología alemana*, Ediciones pueblos unidos y Ediciones Grijalbo, S.A.
- Marx, K. (1982). *Escritos de juventud. Debates sobre la ley castigando los robos de leña*. Fondo de cultura económica.
- Marx, K. (1982). *Escritos de juventud. Sobre la cuestión judía*. Fondo de cultura económica.
- Mir Puig, S. (2005). *Derecho Penal. Parte General*, Ed. B de F.
- Nietzsche, F. (1996). *Sobre la verdad y la mentira en sentido extramoral*. Editorial Tecnos.
- Rancière, J. (2011). *El malestar en la estética*. Ed. Capital intelectual.
- Rawls, J. (1995). *Teoría de la justicia*. Fondo de cultura económico.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Editorial Civitas.
- Sánchez Herrera, E.M. (2014). *Derecho penal constitucional. El principalísimo penal*, Universidad Externado de Colombia.

