

ANO I - NÚMERO 5 - OUTUBRO/DEZEMBRO DE 2002

BRASÍLIA/DF

LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL ÁMBITO DE LA CRIMINOLOGÍA

*Andrés Botero Bernal**

Sumário: 1. Introdução. 2. La criminalidad y la sociedad. 3. El crimen y lo social: dos ejemplos. 4. La eficacia simbólica del derecho. 5. La resolución del conflicto. 6. Conclusiones

1. Introducción

El crimen¹ mismo es un conflicto social, jurídico, político, etc. Es por ello por lo que la definición de crimen puede variar dependiendo del punto de mira, pero algo que le es propio, independiente de esta variación de mirada, es que constituye un conflicto.

Y el hombre, ante el conflicto, ha buscado su “resolución”, marcando este ideal el ritmo de muchas funciones sociales, como la jurisdicción y el derecho penal, entre otras.

De esta manera, el ideal de la “supresión” del conflicto, y por ende del crimen, ha estado presente desde tiempo atrás y ha sido el motor de muchas instituciones sociales.

Pero en este breve esquema caben muchas preguntas, siendo dos de ellas las siguientes: ¿es posible la “supresión” del conflicto – crimen? y ¿es funcional el crimen en las sociedades contemporáneas?

Estas preguntas dirigirán el desarrollo del presente trabajo.

2. La criminalidad y la sociedad

Históricamente el crimen ha sido observado como algo abominable y detestable. Desde las tragedias griegas se enseña que ante el crimen cabe una respuesta vengativa por parte del Destino o de los dioses.

Igualmente, la tradición judeo-cristiana dio un paso más allá de la usanza helénica al vincular el pecado con el delito, y así lo religioso-moral con la política y el derecho.

* Andrés Botero Bernal é advogado e professor de Filosofia do Direito e Direito Internacional Público da Universidade de San Buenaventura Seccional Medellín.

¹ En Derecho Penal es común distinguir crimen de delito, según la gravedad del hecho. En este trabajo no se atenderá esta distinción.

La tacha de nocividad y lesividad que rodea al crimen queda también patente más adelante, en la modernidad, cuando se discutió profundamente el fin de la pena que se le impone al delincuente. Al respecto se formularon cuatro teorías fundamentalmente:

- La retribución: para esta teoría, el sentido de la pena estriba en que “la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal... la pena, pues, no sirve para nada, sino que lleva su fin en sí misma. Tiene que ser, porque tiene que imperar la justicia”². Esta teoría sucede a la expiación como fundamento de la legitimidad de la pena, esta última propia de los estados absolutistas que implican una concentración total del poder y un uso ilimitado de él, necesario al sentir de algunos para el desarrollo posterior del capitalismo³.

La concepción liberal del Estado trae consigo, como respuesta al sentido de la pena, la teoría de la retribución, dada la necesidad de restaurar el orden jurídico interrumpido, “la imposición de un mal por el mal cometido”⁴. La pena surge, entonces, como una necesidad ética derivada de un “imperativo categórico” como lo es la justicia para Kant o el bien para Hegel, y como una necesidad lógica: negación del delito y afirmación del derecho.

- La prevención especial: esta teoría “no quiere retribuir el hecho pasado, sino que ve la justificación de la pena en que debe prevenir nuevos delitos del autor. Ello puede ocurrir de tres maneras: corrigiendo al corregible...; intimidando al que por lo menos todavía es intimidable...; y haciendo inofensivo mediante la pena de privación de libertad a los que no son corregibles ni intimidables”⁵.

La pena no podía seguir siendo simplemente la restauración del orden jurídico o la intimidación general de los ciudadanos: debía ser el medio garante del orden social. El delito, más que una violación al orden jurídico, es un daño social, y el delincuente es un ser peligroso para la comunidad.

Las teorías de la prevención especial y general constituyen las llamadas “teorías relativas” que miran el fin que se persigue con la pena, en contraposición a las “teorías absolutas” que atienden solo al sentido, excluyendo toda idea de fin; en estas últimas encontramos la retribución.

El principal exponente de esta teoría fue Franz Von Liszt, quien señaló al delincuente como el objeto propio del derecho penal.

² ROXIN, Claus. *Problemas Básicos del Derecho Penal*. Traducción de Diego Manuel Luzon Peña. Madrid: Editorial Reus, 1976. P. 12.

³ Al respecto ver: Bustos RAMÍREZ, Juan. *Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1982. P. 115-119. Bustos considera al Estado absoluto como un estadio cuyo fin no es otro que la imposición del capitalismo; así la pena “no podía tener sino las mismas características y constituir un medio más para realizar el objetivo capitalista”. Al respecto puede aclararse que el Estado absoluto – como etapa histórica que fue – no pretendió en ningún momento el servirse intencionalmente como medio para la llegada del capitalismo; sin embargo, influyó en la irrupción del fenómeno capitalista.

⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Casa Editorial Bosh, 1975. P. 34.

⁵ ROXIN, Op. cit., p. 15.

La crítica a esta concepción la hace Claus Roxin al encontrar en ella tres objeciones fundamentales: la primera consiste en que tiende a dejar al particular a merced de la intervención estatal; como segunda señala que existe el riesgo de no imponerse la pena a los delitos si no existe peligro de repetición; y, por último, indica que si bien es cierto que la corrección indica un fin de la pena, en ningún modo contiene en sí misma la justificación de ese fin⁶.

- La prevención general: para esta concepción el fin de la pena es intimidar la generalidad de los ciudadanos, y en la medida en que lo logre, legitima su uso. Esta teoría encuentra entre sus defensores a von Feuerbach, el cual parte de la crisis social que surge cuando no se encuentran los mecanismos para conformar a los demás dentro de los intereses del grupo hegemónico, el cual no es más que la conciencia colectiva de Durkheim, esto es: *“el conjunto de creencias y de sentimientos comunes a la medida de los miembros de una misma sociedad, forma un sistema determinado que tiene su vida propia”*⁷.

El delincuente es un hombre que atenta contra el sistema adoptado por el consenso, y dicho acto dañino socialmente, merece ser reprimido con tal que sirva de lección a la generalidad, amenazando con la imposición de penas similares si se copia la conducta del castigado.

Roxin encuentra las siguientes críticas a esta posición: en primer lugar, no define frente a qué comportamiento el Estado puede intimidar legítimamente, por lo que de la intimidación se termina en el terror. Como segunda objeción, es discutible el efecto intimidador, ya que el delincuente – por lo general – actúa con la seguridad de no ser atrapado, lo que comprueba que no se deja influir por la amenaza estatal; de esta manera podrá decirse que cada delito es ya, por el hecho de existir, una prueba en contra de la eficacia de la prevención general. En último lugar, surge la siguiente interrogante: ¿cómo se justifica el que a un individuo se le ponga un mal para que otros omitan cometer un delito? ¿Acaso esto no atenta contra la dignidad humana consagrado como fundamento del Estado social de derecho?⁸.

- La teoría unificadora dialéctica: esta teoría parte de la idea de retribución como base, a la que añaden el cumplimiento de fines preventivos, tanto generales como especiales.

Claus Roxin explica así esta postura: *“El derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando, imponiendo y ejecutando penas; y esas tres esferas de actividad estatal necesitan de justificación cada una por separado”*⁹. Por su parte Muñoz Conde nos describe la teoría en sus tres fases: la

⁶ Ibid, p. 15 – 17.

⁷ Citado por: Bustos RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 127.

⁸ Cfr. ROXIN, *op. cit.*, p. 17-19.

⁹ Ibid, p. 20.

primera radica “en el momento de la amenaza penal, es decir, cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, es decisiva la idea de prevención general... pero si, a pesar de esta amenaza se llega a cometer el hecho prohibido, entonces a su autor debe aplicársele la pena prevista para ese hecho, predominando en la aplicación de la pena la idea retributiva. Finalmente, durante la ejecución de la pena impuesta, prevalece, sobre todo si se trata de una pena privativa de la libertad, la idea de prevención especial”¹⁰, y los peligros propios de cada teoría sólo podrán ser superados con la integración armónica, progresiva y racional de los tres estadios del Derecho Penal, según Roxin¹¹.

Como bien pudo apreciarlo el lector, la disputa sobre la función de la pena pone en evidencia que el crimen está asociado con lo condenable, dejándose sólo para el debate si el castigo a la acción criminal (que ha sido vinculado a lo nocivo y a lo lesivo) debe fundamentarse en un ideal vengativo y/o ejemplarizante.

Así las cosas, el ideal de la “supresión” de los delitos como conflictos sociales, jurídicos y políticos, ha estado presente a lo largo de la cultura. De esta manera puede entenderse cómo Platón soñaba con una República donde el delincuente no se quedara sin el merecido castigo; o cómo Aristóteles clamaba por un gobierno de los mejores hombres que pondrían en jaque a la delincuencia y el mercantilismo de la época.

De igual manera, el “cielo” de las religiones monoteístas es otro ejemplo de un ideal social alejado de toda posibilidad de crimen.

¿Pero efectivamente el crimen es un atentado contra las sociedades o un posibilitador de su existencia? Esta pregunta remite incluso a aquella vieja disputa entre los consensualistas versus los defensores del conflicto como origen y sustento de las sociedades¹².

Así, para varios autores, la contradicción y el conflicto, así como la inestabilidad del sistema, son funcionales, pues permiten al sistema social reaccionar frente a sí mismo y a su entorno. Para Luhmann, las contradicciones “sirven a la reproducción del sistema mediante la necesaria reproducción de las inestabilidades, ya que las disposiciones del sistema de inmunidad pueden, pero no deben, ponerlas en marcha”¹³, con lo que atribuye así la teoría de las contradicciones a una inmunología social. En este contexto aparece el derecho, cuya función está implicada en la complejidad del sistema de inmunidad. El sistema jurídico, entonces, se constituye

¹⁰ MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 36.

¹¹ Quien desee profundizar sobre estas teorías en relación con la función de la pena, remitirse a: BOTERO BERNAL, Andrés. La teoría unificadora dialéctica de Roxin a la luz de Beccaria. *En* Revista de Derecho Penal. N°. 25 (Junio – julio de 2001); p. 99-102.

¹² Sin confundir conflicto y contradicción, debe dejarse claro que es ingenua toda teoría que niegue su existencia en la cotidianidad social. Incluso las tesis consensualistas remiten de un lado al ideal no conflictivo sin negar la realidad del conflicto, y de otro reconocen la existencia del conflicto pero señalan el fundamento no conflictivo tanto de lo social como del conflicto mismo. Al respecto, bien señaló Luhmann, que no es posible formular una teoría de lo social libre de contradicciones y conflictos (LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 326).

¹³ *Ibid*, p. 334.

como anticipación de posibles conflictos, desestimulador de apariciones violentas de los mismos y dador de formas adecuadas para su manejo. Por tanto, el crimen, como conflicto a ser previsto por el derecho penal, es funcional en tanto posibilita el proceso autopoietico del sistema social. Más adelante se *detallará este aspecto y la funcionalidad del derecho según este autor, así como la contradicción que esto supone con la eficacia simbólica del derecho.*

Ya para Dahrendorf los procesos de plasmación de lo social y de lo cultural, distan mucho de las idealidades utópicas de los mismos, reconociendo con esto la existencia del conflicto en lo real / cotidiano, en cuanto disputa de realización, es decir, intento continuo por modificar lo existente desde la búsqueda de las promesas incumplidas o su rotundo desprecio. En esta teoría el orden social se edifica en las arenas movedizas de las diferentes tensiones sociales que nunca desaparecen. Por ello permite entender el cambio y el conflicto no ya como desviación de un sistema “normal” y equilibrado, sino como características normales y universales de toda sociedad¹⁴. En Dahrendorf se encuentra la reivindicación del conflicto como connatural a la condición humana, aportando la trilogía cambio / conflicto / dominio para la comprensión de la desviación social. Según este enfoque sociológico para el estudio del conflicto, la integración social basada en consensos universales, es una reificación que opera como sofisma y por lo tanto, torna incomprensible la dinámica social existente, en este aspecto ayuda a la complementación o a la complejización de la propuesta estructural funcionalista, al relativizar el deber ser devenido del consensualismo.

La conflictividad inherente a toda formación social, permite, según Dahrendorf, la actualización social, la búsqueda continua de nuevas relaciones fines / medios y con ello emergencias de manifestaciones identitarias discontinuas. Lo juvenil es entendido como espacio – tiempo vital en el cual se evidencian estos fenómenos sociales, donde la inestabilidad de sus estructuras permite anticipaciones morales o nuevos reflejos de poder social; por ejemplo, las formas gregarias juveniles o tribus urbanas, comparten el desprecio a lo ofrecido socialmente, pero reproducen formas de poder como el autoritarismo, la xenofobia, la iconografía (banderas, imágenes, tipos de música) y la diferenciación¹⁵.

Ahora bien, el crimen, en caso de afirmar que es un sustento de las sociedades, sería un argumento más de las teorías del disenso, pues para éstas las sociedades languidecen si el conflicto no aparece¹⁶. Pero los que defienden este tipo de posiciones olvidan algo: sobre el crimen se tejen consensos sociales (que son causa y efecto de consensos de los grupos humanos que integran la sociedad) que posibilitan de igual forma la dialéctica social.

¹⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. España: siglo veintiuno editores, 1998. p. 126. Igualmente, BOTERO BERNAL, Andrés y MUÑOZ GAVIRIA, Diego Alejandro. *Análisis socio jurídico del proyecto de ley que crea el sistema de responsabilidad penal juvenil*. Capítulo tercero y cuarto. Texto inédito.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Esto nos lleva a hacernos una pregunta: ¿si el conflicto – crimen es funcional, por qué seguirlo atando a lo nocivo y a lo lesivo? Al respecto pueden darse desde ahora las siguientes respuestas: el crimen es funcional porque está atado a lo nocivo – lesivo, y no hay duda de que es nocivo y lesivo para la organización social tanto el(los) crimen(es) que no puede(n) ser encauzado(s) (que podría(n) poner en entredicho a la sociedad misma en casos extremos) como las manifestaciones violentas del conflicto – crimen que superen los canales de contención y regularización del mismo. Más adelante se volverá sobre el asunto.

*Pero para analizar estos consensos en torno al crimen, que a su vez supone el conflicto, es necesaria la contextualización del investigador en torno a un grupo social determinado*¹⁷, dado que las condiciones internas y externas de ese entramado complejo de las sociedades y la cultura, varían de tal forma que no es lo mismo lo social en el medioevo que en la modernidad. Empiécese, entonces, con poner dos ejemplos que muestran las diferencias de lo social en las sociedades medievales y en las contemporáneas, con respecto al crimen.

3. El crimen y lo social: dos ejemplos

En las sociedades regidas por sistemas políticos pequeños y débiles, como los reinos Taifas en Al-Andalus¹⁸, una guerra, una rebelión, la violencia generada por grupos delincuenciales bárbaros, eran asuntos que tenían un final*, pues uno de los actores del conflicto obtenía una victoria que lo daba por terminado o por lo menos bajaba intensidad al problema. En esas épocas, la guerra, así como la delincuencia, eran instrumentos políticos muy apropiados para mantener la cordura de los gobernantes y el contacto con la realidad de los pueblos. Piénsese en esto: un monarca Taifa deseoso de conservar su reino podía mentir en cuanto asunto quisiese pero no podía dejar de ser sensato y cuerdo en cuanto la atención de los conflictos generados ya sean por la guerra o por la delincuencia, para evitar de esta forma generar ilusiones más peligrosas que el propio conflicto, ilusiones que atentaban contra la eficacia militar o policial** . La guerra ni la delincuencia eran hechos que podían ser ignorados o falseados al público en general, en tanto que sus efectos (la destrucción, los ataques, las muertes, etcétera) no eran ocultables dada el pequeño espacio sobre el cual el rey Taifa ejercía el mando. La mentira sobre la guerra o la delincuencia generaba una debilidad en la organización que a su vez posibilitaba la derrota del rey o el aumento del malestar general. La necesidad de la eficacia militar (en caso de beligerancia) y policial (en caso de delincuencia) era tan grande que llamaba a la cordura a los gobernantes. “Nadie podía ser, desde el poder, absolutamente irresponsable desde el momento en que una guerra cualquiera podía ser ganada o perdida”¹⁹.

Pero cuando la guerra y la delincuencia pasan a ser continuas y permanentes, éstas dejan de ser tan peligrosas porque desaparece la necesidad de eficacia real militar y policial. Al convertirse los Estados y las sociedades en macroorganizaciones difícilmente conquistables

¹⁷ Es decir, hacer las siguientes preguntas: ¿quién habla?, ¿desde dónde habla?, y ¿a quién habla?

¹⁸ Sobre los reinos de Taifas y su forma de gobierno, puede consultarse: VIGUERA MOLINS, María Jesús. La sociedad musulmana en Al-Andalus: su reflejo en los textos. En IZQUIERDO BENITO, Ricardo y SÁENZ-BADILLOS, Ángel (coordinadores). *La sociedad medieval a través de la literatura hispanojudía*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, 1998. p. 29 – 51; FANJUL, Serafín. El mito de los Omeyas. En Mercurio. (julio / agosto 2001); pp. 12/13; y GUICHARD, Pierre. *El nacimiento del Islam andalusí*. En BONNASSIE, Pierre; GUICHARD, Pierre y GERBET, Marie Claude. *Las Españas Medievales*. Barcelona: Crítica, 2001. pp. 49/84.

* No se defiende que la violencia tiene un final: la experiencia histórica demuestra lo contrario. Lo que se afirma es que en las organizaciones anteriores a las actuales (como las polis griegas y las sociedades medievales, por citar dos ejemplos), frente a grandes brotes de delincuencia se esperaba un fin del mismo y una vuelta a la “calma”. Obviamente, en esta última había actos de violencia, pero interpretados de manera diferente.

** La delincuencia en esas épocas era más un problema policial que judicial; inclusive hoy día se mantiene esta concepción, reclamándose a las instituciones de policía que actúen en la condena de los delincuentes y en la reducción de la delincuencia.

¹⁹ ORWELL, George. “1984”. Barcelona: Ediciones Destino, 1999. p. 195.

por medio de la guerra o la delincuencia, cualquier tipo de perversión militar o policial aparece como posible. En estas macroorganizaciones que parecen inconquistables, donde el poder de ingerencia del individuo se pierde en grado sumo, a este último sólo le queda como contacto con la realidad política las necesidades básicas que deben ser satisfechas en un contexto determinado y sólo sobre ellas y por ellas ejerce verdadera presión: el comer, el beber, la diversión, la vivienda, la recreación, la sexualidad, la capacitación, etc. Ganar la guerra o reducir la delincuencia pasa a ser un asunto de comentarios y disgustos pero no una exigencia concreta y organizada por parte de los individuos al gobernante. Así, una guerra o un estado caótico delincencial permanente es una impostura de las macroorganizaciones, que sirve, entre otras cosas, para consumir el sobrante de la producción, para conservar la atmósfera mental requerida en una sociedad jerarquizada y dominadora de los individuos, y para lograr la identidad del “yo” y del “otro”²⁰. Por esto G. ORWELL escribió en su novela “1984” que “una paz que fuera de verdad permanente sería lo mismo que una guerra permanente. Éste es el sentido verdadero... de la consigna del Partido: la guerra es la paz”²¹.

Así, la eficacia real militar y policial es reforzada y/o reemplazada por una eficacia simbólica en las normas de la macroorganización. Entonces, sigue la pregunta: ¿Las macroorganizaciones contemporáneas que se benefician de la guerra y de la delincuencia fomentarán la reducción de éstas a límites tolerables?

Se muestra así cómo el crimen permite un movimiento social²², pero de manera diferente a como se producía en las sociedades arabizadas de Al-Andalus. Pero... ¿cómo se produce este movimiento social con respecto al crimen? Podríamos aventurarnos a dar la siguiente respuesta: por los consensos (como el de la cordura de los reyes taifas, o el producido en virtud de la eficacia simbólica en las organizaciones contemporáneas) que se logran alrededor del fenómeno y por el disenso propio del crimen.

4. La eficacia simbólica del derecho

Así las cosas, estamos frente a una característica de lo social en cuanto al crimen: el que hoy día sea enfrentado fundamentalmente con medidas simbólicas.

De esta manera puede afirmarse que otra de las peculiaridades del derecho contemporáneo colombiano es la relacionada con el profundo abismo entre validez y eficacia, esto es, el problema de la eficacia simbólica. No pretendemos decir que no existían procesos de eficacia simbólica en otras épocas, pero consideramos que no se daban en la forma y en la

²⁰ Para Hent de VRIES y Samuel WEBER, la violencia no es necesariamente una característica del otro (de construcción por referencia o autoafirmación frente al otro), sino un medio mediante el cual el ser individual o colectivo es constituido y mantenido. Citado por: RIAÑO ALCALÁ, Pilar. *La memoria viva de las muertas*. En *Análisis Político*. No. 41 (Sep-Dic de 2000); p. 37.

²¹ ORWELL, Op. cit., p. 196.

²² “El “movimiento” es una categoría que por sí misma invita a una aplicación reflexiva, ya que lo que mueve al movimiento no es, seguramente su principio, su arché. El movimiento se mueve a sí mismo... Sólo cuando una teoría del movimiento es lo suficientemente rica para no necesitar más de las causas sociales iniciales o concomitantes, tiene sentido hablar del “movimiento social” y referirse a un proceso que se activa a sí mismo” LUHMANN, Op. cit., p. 360.

intensidad con la que ahora revisten las normas jurídicas y las disposiciones gubernamentales que pretenden “resolver” los conflictos-crímenes.

Sobre la eficacia simbólica de los preceptos jurídicos se ha dicho que “los contratiempos que surgen en la etapa ejecutiva conducen con frecuencia a la ineficiencia de las normas; suele entonces atribuirse la responsabilidad de este fracaso, a la falta de previsión de la realidad por parte del creador del texto jurídico o a la incapacidad de las instancias encargadas de la aplicación para llevar a buen término los objetivos propuestos en la norma, o incluso a la falta de comunicación entre ambas instancias”²³. Naturalmente, este fracaso es evidente en cualquier materia desde la cual se ha querido responder a un problema social con la mera expedición de normas, pues si algo está claro, es que el “remedio” a un mal no radica necesariamente en el incremento de la dureza del derecho, sino especialmente en la efectividad de las medidas que imponga, así como en el afianzamiento del respeto a la ley y a los derechos de los demás por parte de la población, cuestión que se logra a partir de controles socio-culturales razonables.

Entonces se vive así una ineffectividad de la norma jurídica que pretende “erradicar” el crimen, pero a la vez una eficacia realmente sorprendente en otro plano: el símbolo de la norma y su representación social.

¿Cómo opera entonces esta eficacia simbólica en relación con el intento de los gobiernos de “resolver” el problema del crimen? Baste un ejemplo para ello: el secuestro es un delito que cuando toma ciertas magnitudes provoca un movimiento social de repudio (véase aquí cómo un consenso y un disenso se dan cita en tiempos coetáneos y esto inspira un proceso dialéctico²⁴), el cual es traducido por el gobierno de turno en normas penales que lo castigan con mayor severidad, en discursos demagógicos que revitalizan a ciertos hombres de Estado que se ganan la simpatía proveniente del repudio a este hecho punible, y en la posibilidad de que el Estado crezca en cuanto poder, dado que se le solicita a éste que erradique el secuestro y para ello asume funciones que antes no tenía.

Se observa de esta manera cómo el crimen permite que el poder crezca, pero ello en virtud de normas que logran una eficacia simbólica pero no real, dado que la norma por sí sola no cambia una realidad. Y como el secuestro no se elimina con estos nuevos poderes asumidos por el Estado, entonces reaparece el consenso (partiendo de varios colectivos que integran la sociedad) que clama por la extinción de este atroz delito y el Estado abroga para sí más poder del que tenía antes, prometiendo eliminar esta vez sí el secuestro... pero como éste no se elimina vuelve el juego. El conflicto derivado del crimen no sólo provoca consensos en su contra (fruto de ese ideal de sociedades sin conflicto) sino que permite que el poder se incremente día tras día.

La “resolución del conflicto” debe entonces diferenciarse tratándose de efectividad material o de eficacia simbólica.

²³ GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. El derecho como instrumento de cambio social. En: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. N° 86 (1989); p. 37.

²⁴ El movimiento social que clama por la “resolución” de conflictos corresponde a la descripción que de movimiento da Luhmann. Para este autor el movimiento surge casualmente, pero esta casualidad se convierte en un riesgo para el éxito. Así, la meta del movimiento se sirve como coartada, como razón perpetua, como símbolo de su propia autopoiesis. La fijación en esta meta (“erradicar” el crimen) conduce a que el movimiento se radicalice en su transcurso al no alcanzarla. Entonces, la radicalización es una condición de continuidad más no de origen del movimiento. LUHMANN, *op. cit.*, p. 361.

¿Pero por qué el poder crece a costa del discurso de “resolución” del conflicto? Porque el poder no tiene centro, y al ser éste un vacío, se busca a sí mismo y absorbe todo aquello que le rodea, como un gran agujero negro ante el cual ni la luz se escapa. El poder, entonces, siempre buscará ser más, y el crimen, en los contextos de estas macroorganizaciones, es una excelente oportunidad para ello.

5. La resolución del conflicto

A lo anterior debe sumarse que otras funciones sociales (como la judicial y la jurídica) que han sido cargadas con un discurso ideologizado y utópico de “resolver” los crímenes, han entrado en profundas crisis de identidad y confianza, dado que esta tarea se torna imposible, lo que a su vez radicaliza aun más el movimiento social que reclama el “fin” de la criminalidad.

¿Acaso es función del juez penal eliminar la delincuencia? El proceso judicial y el juez no son instrumentos para luchar contra la criminalidad, entendida ésta como un todo: a lo sumo permiten restablecer un sistema de valores que se considera se menoscabó con el acaecimiento de un delito y sirven de canales de regularización de ciertos conflictos que han sido sopesados como de relevancia social²⁵. En otras palabras, el proceso penal, al actuar frente a un caso en concreto y luego del acaecimiento del delito, no tiene como fin la eliminación de la delincuencia, máxime si ésta resulta funcional en muchos casos para el sostenimiento de ciertas estructuras sociales.

Así, resulta pertinente en estos momentos preguntarnos por la funcionalidad del derecho penal (procesal y material) en cuanto al crimen. Al respecto Luhmann señala: “El derecho no sirve para evitar conflictos, incluso – si tomamos en cuenta la represión de conflictos en las sociedades cercanas al modelo de la interacción – provoca un incremento considerable de las probabilidades de conflicto. El derecho solo trata de evitar la aparición violenta de un conflicto y de poner a disposición la forma de comunicación adecuada para cada conflicto... El derecho sirve para continuar la comunicación con otros medios. Es adecuado para la sociedad no sólo cuando puede constatar los conflictos existentes, sino, en realidad, sólo cuando puede producir los suficientes conflictos y poner a disposición su propia complejidad para tratarlos... El derecho debe cumplir la función de un sistema de inmunidad y para eso está, precisamente. Por esta razón, el sistema de derecho es autónomo en la aplicación del esquema legal/ilegal que sólo está a su disposición”²⁶. Esta cita recuerda algo importante: el derecho no “resuelve” conflictos, antes bien, los potencializa; sin embargo, Luhmann describe algunas funciones del derecho en relación con el conflicto a venir, olvidando que el derecho cumple también una función frente al conflicto pasado y al presente, íntimamente ligada al papel de prevención de apariciones violentas del mismo. Así, el derecho juzga ciertos conflictos pasados, actúa sobre ciertos conflictos presentes e intenta prevenir y regularizar algunas manifestaciones nocivas y lesivas de ciertos conflictos futuros, no en diferentes momentos sino, por el contrario, en cada una de sus actuaciones. Así, el juez cuando juzga un crimen (que fue hecho en el pasado) aplica el derecho

²⁵ Dada la cotidianidad y la banalidad de los conflictos, sólo algunos de ellos son escogidos por el sistema para ser atendidos por el derecho. Los demás se disuelven generalmente en el tiempo. Cfr. *Ibid*, p. 341.

²⁶ *Ibid*, p. 338 – 339.

al conflicto presente continuado por el proceso penal, y busca evitar con el ejemplo (prevención general) y la distribución de cargas y roles (prevención especial y retribución²⁷) que en un futuro ese conflicto que apareció como manifestación violenta, nociva y lesiva, no se vuelva a expresar en lo social. En conclusión, el derecho penal no sólo mira al futuro, sino también al presente y al pasado, pero en una unidad de mirada, en una fusión de horizonte.

Pero estas funciones antes descritas entran en muchos casos en contradicción con la función justificativa del poder político de las macroorganizaciones por parte del derecho, cosa que se explicó anteriormente. La impunidad, la no aplicación en lo real/cotidiano de los mandatos jurídicos penales, disminuye la puesta en marcha de la función preventiva y retributiva del derecho penal (no la impide del todo, pues la norma escrita, al erigirse como símbolo sigue teniendo algún poder disuasorio), pero permite un aumento de ciertos poderes en el sistema. Esta contradicción se resuelve en algunos casos en el tiempo, cuando la eficacia simbólica sucede a la eficacia material (siendo ejemplo de ello las normas contra el secuestro); pero también puede resolverse, en otros eventos, en el seno de colectivos con alguna capacidad de determinación de otros sistemas. Como ejemplo de esto último piénsese el siguiente caso: un grupo de políticos conocedores de las expectativas y de la capacidad de respuesta de diferentes sistemas sociales, erigen como norma jurídica la imposición de un requisito adicional para la obtención de algún estatus, sabiendo que es prácticamente imposible su cumplimiento, esperando con ello la reproducción de un movimiento, de una acción o de un sistema particular, como la corrupción, pues se obliga al ciudadano a una de dos acciones a corto plazo, igualmente ventajosas para estos políticos: que abandone su pretensión de obtener dicho estatus liberando la presión que se ejerce sobre el mismo o que recurra al sistema clientelista que es muy funcional al actual sistema político colombiano.

Algo similar sucede con la función de la pena, ante la cual se ha pedido que sea un bastión de resolución de la criminalidad. ¿Si la pena tiene como función para algunos resolver el crimen, por qué siguen existiendo criminales a pesar de decenas de siglos con imposición de penas al interior de la cultura? Claro está que no es descabellada la lógica de quienes consideran que la pena tiene como función la “erradicación” del delito, si se entiende por tal la prevención de manifestaciones violentas, nocivas y lesivas de ciertos conflictos. La ley que amenaza con la imposición de penas debe atemorizar a la población en general para que se abstenga de cometer delitos. Pero si alguien aun así lo comete, la aplicación de la pena por parte de la autoridad del caso servirá para reestablecer el derecho menoscabado, vengar a la sociedad y/o a la víctima, y dar ejemplo a los demás. Y en la ejecución de la pena (en caso de ser diferente a la pena de muerte) el condenado debe rehabilitarse para que una vez se reintegre a la sociedad,

²⁷ La retribución como fundamento de la pena evita de algún modo que el crimen se vuelva a realizar, pues el delincuente al verse en la necesidad de “retribuir” al “otro” por su hecho, ya sea en forma económica (indemnización de perjuicios) o con su propio cuerpo (restricción de libertad de locomoción, entre otros ejemplos), afinará su modo de obrar en un futuro, ya sea para no volver a delinquir dado que corre el riesgo de “retribuir” al “otro” o para seguir delinquirando pero sin que su obrar sea observado y referenciado por el sistema penal. Claro está que la retribución también obedece a otra función del derecho penal diferente a la de prevenir la irrupción violenta de los conflictos: la regularización y la atenuación de los efectos socialmente calificados como nocivos y lesivos del conflicto, por medio de una distribución de cargas y roles.

no vuelva a delinquir. ¿No es esto una maquinación lógica que permite concluir que de la correcta aplicación de las penas podrá derivarse con el paso del tiempo una supresión (o por lo menos reducción) del crimen? Tal parece que sí. Pero cuando esta línea lógica se cruza con otras líneas igualmente válidas en el entramado social, se observa que por lo complejo del asunto no es fácil aventurar que el crimen podrá ser “resuelto”. Dicho de otra manera, cuando la lógica de la solución del crimen a partir de la imposición de las penas toca con otras lógicas igualmente válidas, se produce un resultado inesperado, pues este encuentro corresponde a un proceso complejo y azaroso.

Ahora bien: ¿cuáles pueden ser las otras lógicas? Éstas son infinitas, pero pueden mencionarse algunas en señal de ejemplo:

- Generalmente el que delinque está convencido de que podrá escapar a la imposición de la pena. En este caso, ¿de qué vale la ley amenazante, el castigo ejemplarizante o la rehabilitación, si el delincuente (en la mayoría de los casos) está convencido de que podrá evitar el castigo penal?
- No en pocas oportunidades otras lógicas sociales intervienen para criminalizar a algunos colectivos, aunque no siempre sean los grupos débiles los etiquetados. Esta lógica queda patente con el siguiente ejercicio: ¿cuál es la representación que de un criminal tiene el joven antioqueño? Según una investigación realizada en la ciudad de Medellín y que incluía la entrevista a cerca de 100 jóvenes estudiantes antioqueños, la representación que del criminal tienen es la del guerrillero, la del paramilitar, la del sicario proveniente de un barrio popular y la del raponero. En ninguna de las entrevistas realizadas se encontró que las primeras palabras en cuanto la representación del criminal aludieran a la criminalidad de cuello blanco²⁸. Ahora bien: ¿qué es más perjudicial para una sociedad: la criminalidad de cuello blanco (como la corrupción política de alto vuelo) o la criminalidad propia de los colectivos señalados por los jóvenes entrevistados? Si asumimos el crimen como la manifestación violenta, nociva y lesiva de ciertos conflictos con relevancia social, no hay punto de comparación entre las pérdidas sociales que deja la criminalidad de cuello blanco con la criminalidad común; sin embargo, hay toda una lógica social que permite que los criminales de corbata actúen con un menor temor a la imposición de la pena, en comparación con los colectivos criminalizados.

²⁸ Investigación denominada “Diagnóstico general de la eficacia del sistema jurídico colombiano”, cofinanciada por la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín (Línea de Psicología Social, Maestría en Psicología) y la Universidad de Antioquia (Grupo de Investigación de Bioantropología). Se realizaron varias entrevistas abiertas a jóvenes estudiantes de secundaria de la ciudad de Medellín, preguntándoseles lo siguiente: ¿cómo se imaginan a un criminal? Varios jóvenes describieron a hombres vestidos de negro como su imagen del criminal. Igualmente, entre estos jóvenes, los criminales son representados como hombres, pocas veces como mujeres. Además, la representación del criminal encontrada no se refiere exclusivamente a un sector poblacional concreto o a una clase social, como afirmarían varios criminólogos, sino a desempeños (“paramilitares” y “guerrilleros”) en los cuales puede haber tanto pobres como ricos, tanto miembros de un sector como de otro; cosa diferente sucedería si la representación del criminal se centra en el “raponero” mal vestido, o en el “mendigo”, que sí remite más fácilmente a la clase baja o a sectores determinados de la población.

6. Conclusiones

El conflicto ha sido arropado de un discurso altamente ideologizado (y utópico), discurso que se funda en su “resolución”, obedeciendo a exigencias políticas que basan su acción electoral en tal promesa. Pero este paraíso terrenal donde los conflictos se “resuelven” no sólo temporalmente sino definitivamente, se opone a la realidad social que se vive. Incluso si se reflexiona calmadamente esta utopía, nos encontraremos que por la inherencia del conflicto a la vida social, una colectividad sin conflicto alguno podría implicar la desaparición de sus miembros o la llegada al propio infierno: ¿alguien podría vivir en un mundo sin conflictos, por más que clame su “resolución”? ¿quien logre tal hazaña no viviría en un infierno?²⁹

Pues bien, una de las formas de manifestarse el conflicto, en sus múltiples facetas, es el crimen. De esta manera entra en juego ese discurso utópico que clama por la resolución definitiva del crimen para poder llegar a esa sociedad tan anhelada pero imposible, asignándose así funciones sociales a ciertas instituciones.

Pero este ejercicio de “enfrentamiento” al crimen y al conflicto (que no deja de ser un conflicto declarado al conflicto) varía en cuanto sus características y posibilidades, dependiendo de los contextos en los que nos encontremos. De esta manera, el crimen era abordado de un modo diferente en el Medio Evo español en comparación a como hoy día se hace en Colombia.

En la actualidad el crimen puede ser un medio más de expansión de ciertos poderes centrales y homogenizadores, en tanto que el discurso de su eliminación con su correspondiente consenso (de los grupos sociales y de la sociedad misma), permite acrecentar el conflicto contra el crimen y por ende la fuerza de quien se autoproclama como el enemigo de la criminalidad. Con ello entran en escena diversos fenómenos, tales como la eficacia simbólica y la perversión normativa en las macroorganizaciones, por sólo mencionar dos casos.

De esta manera, el crimen no sólo no se “resuelve” sino que se perpetúa, dado que es el garante de la lucha que contra él se libra. La “resolución” del conflicto-crimen, entonces, pasa a ser un discurso de poder en crecimiento a la vez que una contradicción de la función preventiva (que supone una unidad de mirada al presente, al pasado y al futuro del conflicto-crimen) y encauzadora del derecho penal.

No obstante, el crimen no puede desbordar ciertos límites, pues de hacerlo, la propia cohesión social se pone en entredicho. Pero en las macroorganizaciones el límite permisible es cada vez más alto, lo que soporta ciertas manifestaciones perversas en cuanto a los detentadores del poder político.

En consecuencia, rescatar una mirada menos utópica de la función de varias instituciones sociales, es una importante condición para que una sociedad responsable se proponga

²⁹ “Entonces comenzamos a inventar paraísos, islas afortunadas, países de Cucaña. Una vida sin riesgos, sin luchas, sin búsqueda de superación y sin muerte. Y por lo tanto también sin carencias y sin deseo: un océano de mermelada sagrada, una eternidad de aburrición. Metas afortunadamente inalcanzables, paraísos afortunadamente inexistentes. Todas estas fantasías serían inocentes e inocuas, si no fuera porque constituyen el modelo de nuestros propósitos y de nuestros anhelos en la vida práctica” ZULETA, Estanislao. Elogio de la dificultad. *En Cooperativismo y Desarrollo*. N° 57 (mayo – junio de 1992); p. 25. ISSN 0120-7180.

encauzar³⁰ aquellos elementos del conflicto que rechazan todo enlace con el otro y lo otro, así como los efectos nocivos y lesivos que conlleva, permitiendo de esta manera que los conflictos se manifiesten y se desarrollen de forma tal que no pongan en peligro la sensatez, y sean en alguna medida llevables por parte de los actores sociales con base en una **visión responsable local y globalmente**³¹.

Pero este último aspecto, que se convertiría en la parte verdaderamente propositiva del presente trabajo, deberá ser abordado en otra oportunidad.

Bibliografía

- AFANADOR CUEVAS, Sandra y varios. *Rostros del secuestro*. Primera edición. Santafé de Bogotá: Planeta, 1994.
- BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. España: Siglo Veintiuno Editores, 1998.
- BOTERO BERNAL, Andrés y MUÑOZ GAVIRIA, Diego Alejandro. Análisis socio-jurídico del proyecto de ley que crea el sistema de responsabilidad penal juvenil. Texto inédito.
- BOTERO BERNAL, Andrés. *El papel del intelectual: pasado, presente y futuro inmediato*. Medellín: Editorial USB, 2002.
- _____. *La teoría unificadora dialéctica de Roxin a la luz de Beccaria*. En Revista de Derecho Penal. No. 25 (Junio – julio de 2001); p. 99-102.
- _____. *La teoría unificadora dialéctica de Roxin a la luz de Beccaria*. En Revista Telemática de Filosofía del Derecho. N° 5 (2001); www.filosofiyderecho.com
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1982. 185p.
- ESQUILO. *Tragedias Completas*, segunda edición. Santafé de Bogotá: Panamericana, 1994. 359p.
- FANJUL, Serafín. *El mito de los Omeyas*. En Mercurio. (julio / agosto 2001); pp. 12/13.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *El derecho como instrumento de cambio social*. En Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. N° 86 (1989); pp. 29/44.
- GUERRERO HERNÁNDEZ, Israel y MORENO RAMÍREZ, Mariela del Rosario. *Bien jurídico y simbolismo*. En Alé Kumá, Revista Jurídica de Universidad Cooperativa de Colombia Seccional Neiva. (sept. 1997). p. 73.
- GUICHARD, Pierre. *El nacimiento del Islam andalusí*. En BONNASSIE, Pierre; GUICHARD, Pierre y GERBET, Marie Claude. *Las Españas Medievales*. Barcelona:

³⁰ El encauzamiento no es un direccionamiento. El encauzamiento del conflicto es similar a lo que sucede con un río canalizado: el curso del río no fue determinado por la canalización sino por el mismo río. La canalización sólo sigue el curso tomado con mucha anterioridad por las aguas, pero no pierde oportunidad de hacer correcciones del mismo cuando las circunstancias orográficas se lo permiten, logrando en alguna medida evitar el riesgo de inundaciones y tragedias conteniendo el furor de las aguas. Claro está que el encauzamiento supone una definición del curso del río, pues si bien no lo crea, tampoco permite su cambio a corto plazo, dado que para hacerlo se deben destruir las paredes que contienen las aguas.

³¹ El concepto de “visión responsable” se encuentra desarrollado en: BOTERO BERNAL, Andrés. *El papel del intelectual: pasado, presente y futuro inmediato*. Medellín: Editorial USB, 2002. Introducción.

- Crítica, 2001. pp. 49/84.
- LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 445.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Casa Editorial Bosh, 1975. p. 192.
- ORWELL, George. "1984". Barcelona: Ediciones Destino, 1999. p. 304.
- RIAÑO ALCALÁ, Pilar. *La memoria viva de las muertes*. En *Análisis Político*. N° 41 (Sep-Dic de 2000); pp. 23/39.
- ROXIN, Claus. *Problemas Básicos del Derecho Penal*. Traducción de Diego Manuel Luzon Peña. Madrid: Editorial Reus, 1976. pp. 11/36.
- ÜBERHOFEN, Michael. *La corrupción en el derecho comparado*. Buenos Aires: CIEDLA y Fundación Konrad Adenauer, 1997. p. 115.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal: Parte General*. 3ª ed. Santafé de Bogotá: Temis, 1997. p. 847.
- VIGUERA MOLINS, María Jesús. *La sociedad musulmana en Al-Andalus: su reflejo en los textos*. En IZQUIERDO BENITO, Ricardo y SÁENZ-BADILLOS, Ángel (coordinadores). *La sociedad medieval a través de la literatura hispanojudía*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, 1998. pp. 29/51.
- ZULETA, Estanislao. *Elogio de la dificultad*. En *Cooperativismo y Desarrollo*. N° 57 (mayo - junio de 1992); pp. 25/28. ISSN 0120-7180.