

Criminalización y Derecho penal democrático: límites desde la Filosofía del Derecho penal (Resumen)

~Prof. Carlos Augusto Gálvez Bermúdez~

Profesor de Derecho y Derecho Penal. Universidad de El Rosario, Bogotá, Colombia. LLM S.C.L.
(Frankfurt am Main, Alemania). Socio FICP

Las críticas a figuras dogmáticas como el bien jurídico respecto de su supuesta ineficiencia en la limitación de la expansión desenfrenada del derecho penal ha unido críticas *extra-sistémicas*, *intra-sistémicas*, normativas y descriptivas en un solo lugar, exigiéndole más de lo que puede dar a la dogmática jurídica. En Hispanoamérica la criminalización ha sido estudiada especialmente por criminólogos y sociólogos del castigo que identifican empíricamente los déficits del ser del derecho penal, sin embargo, su ámbito disciplinar esta llamada a concentrarse en la descripción y crítica empírica de un hecho social. Pero la crisis actual, hace un llamado a retomar el debate desde el ámbito normativo y estructural, como se ha hecho por parte de filósofos morales y políticos en el mundo angloamericano, con el fin de identificar los parámetros y límites que se exigen en el deber ser de un derecho penal democrático.

Este análisis se realizará en dos estadios, en primer lugar, se debe poner en su lugar la crítica a la dogmática penal por medio del establecimiento de los alcances metodológicos y disciplinares de la materia. Me refiero a la necesidad de retomar la disciplina *ex ante* que la precede, es decir la filosofía del derecho penal, y explicar su relación y coordinación con la dogmática penal. Para esto se reconstruirán históricamente los efectos desastrosos del deslinde político y filosófico que se realizó en Latinoamérica al trasplantar de forma descontextualizada, con una pretensión de neutralidad política y filosófica imposible, conceptos correspondientes al derecho penal nazi.

En segundo lugar, ya estando claro el ámbito competencial de las disciplinas, se pretende identificar analíticamente y estructurar normativamente una propuesta de los alcances del poder crítico de cada una de las disciplinas en la esfera pública en la que se debe enmarcar un derecho penal democrático. Esto será posible, identificando que en ambas disciplinas se efectúan procesos de comunicación y de racionalidad practica de

carácter discursivo que deben ser reglados para permitir el ejercicio real y efectivo de una libertad comunicativa.

En la filosofía del derecho penal la crítica se realiza en un estadio *ex-ante, pre-sistémico*, bajo un proceso discursivo de justificación en la esfera pública, en donde no pueden ser admisibles la criminalización del ejercicio de la libertad comunicativa mediante la limitación de los elementos constitutivos de la democracia deliberativa, como los son por ejemplo el reconocimiento intersubjetivo recíproco entre personas libres e iguales. En este proceso, también se descartarán presuntos deberes innatos de criminalización provenientes de los derechos humanos, y por ende se identificará a la criminalización como un proceso político de comunicación que para justificar su racionalidad debe estar sujeto a dar razones de mayor peso que satisfagan la intervención extraordinaria del Estado. En este proceso criterios *extra-sistémicos* como el *harm principle* y el principio de tolerancia en su calidad de *mediating principles* permitirán constituirse como reglas críticas de argumentación que eviten la expansión *prima facie* del poder punitivo, y evite intervenciones mediáticas y populistas que destruyen el espacio deliberativo. El poder crítico ayudará tanto a reglar y limitar el ejercicio político de criminalización como a evitar el reforzamiento moral de formas y modos de vida por medio del derecho penal.

Por otro lado, la función y el poder de crítica de las figuras de la dogmática penal se ubica en un estadio *ex-post, intra-sistémico*, en donde opera como mecanismo político-argumentativo de reglas en un discurso de aplicación para limitar el ejercicio concreto del poder punitivo, y cuya legitimidad se ve constatada constantemente en el ejercicio concreto del mismo. La mera ostentación formal de la posición de poder público, o la legitimidad argumentativa de carácter general, universal y abstracta en la etapa de justificación *extra-sistémica*, no son suficientes para justificar la aplicación la restricción de las libertades de los ciudadanos. Por ende, las pretensiones de ejercicio de autoridad práctica por parte de los *legal officials* (en este caso especialmente agentes aplicadores de derecho como jueces, fiscales y agentes de policías) se ve enfrentada a una carga argumentativa especial, proveniente del ejercicio de su posición social concreta, que les obliga a dar razones en la esfera pública de aplicación para que la ciudadanía pueda admitir como legítimo su ejercicio.

De esta manera se pretende, en primer lugar, poner en su lugar la función disciplinar y el poder crítico de la filosofía del derecho penal y de la dogmática jurídico penal, y en segundo lugar, desde un punto de vista normativo, proponer algunos elementos estructurales que permitan limitar, tanto en su justificación como en su aplicación, el proceso de criminalización en el deber ser de un derecho penal democrático.