

EL PAPEL DEL DERECHO REPRESIVO EN LA SOCIEDAD POLÍTICA: UN ANÁLISIS DESDE DURKHEIM

Sindy Johana Prada Montaña*

¿Podemos decir que el hombre que reacciona, al sentirse amenazado o violado, es el verdadero creador del derecho?

Juan Gabriel Vásquez, en El ruido de las cosas al caer.

RESUMEN

El propósito principal de este ensayo es analizar el valor de la pena como instrumento de cohesión social desde la teoría sociológica de Durkheim. Así las cosas, en este escrito se describe la forma en la que los Estados pueden hacer uso del derecho represivo para mantener, reproducir y fortalecer la organización política preexistente, a partir de la cristalización de intereses socialmente aceptados, sobre los cuales se ha creado un fuerte lazo de identidad. Lo anterior, con fundamento en un estudio crítico del papel de las autoridades soberanas en la producción normativa, la influencia del derecho represivo en el sostenimiento de las organizaciones políticas, al igual que el origen y las consecuencias de la desobediencia del derecho penal.

PALABRAS CLAVE

Durkheim, pena, cohesión social, derecho represivo, conciencia colectiva, representación social, solidaridad.

* Abogada de la universidad Libre y especialista en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Facultad de Filosofía de la misma universidad. Este trabajo fue presentado como requisito parcial para obtener el título de especialista, bajo la dirección del profesor Elías Castro Blanco. Abril de 2016.

ABSTRACT

The main purpose of this essay is analyzing the value of the punishment as an instrument of social cohesion from sociological theory of Durkheim. Thus, this writing describes how states can use repressive law to maintain, reproduce and reinforce the political preexisted organization, thanks to the crystallization of accepted social interests over they create an strong link of identity. This thesis is going to be supportrd in the critical study of the role of sovereign authorities in the normative production, the influence of repressive law in sustenance of political organizations, as well as, the origin and consequences of disobedience of criminal law.

KEY WORDS

Durkheim, punishment, social cohesion, repressive law, collective conscious, social representation, solidarity

INTRODUCCIÓN

Las sociedades políticas contemporáneas y sus autoridades estatales han perdido de vista el origen y fundamento del derecho represivo, por esa razón, tienden a considerar un gran número de conductas humanas como actos delictivos. El Estado convierte en disposiciones normativas todas las reacciones primarias que el colectivo tiene en contra de las acciones que se presentan como contrarias a la moral social, ha dejado de lado su papel como ente racionalizador y se ha transformado en el vaso conductor de los intereses particulares de los individuos o de las pequeñas agrupaciones en la sociedad.

El delito y la pena se enfocan en la función de prevención general positiva; así pues, con el presente ensayo se busca rescatar la teoría de Durkheim sobre el fin de la pena como elemento de identificación social, a partir de la cual la sociedad política reproduce la organización social preexistente y protege los intereses superiores del Estado;

en ese sentido, la pena es fuente de cohesión social. Ante la transgresión de una norma de derecho penal, le sobreviene una reacción social organizada en torno a la cual, los individuos de la sociedad se cohesionan y mantienen unidos, a pesar de sus diferencias. Cuando la autoridad estatal proscribe conductas por considerar que su generalización es un riesgo para el Estado, pero sin el apoyo social suficiente, el colectivo no se simboliza con la norma jurídica y, de resultas, la desconoce y la desobedece, la sociedad ya no reacciona conjuntamente contra el crimen, sino que lo considera externo a la organización y desplaza completamente su papel de resistencia primaria al Estado, que en últimas, actúa a través de la imposición de la pena a la espera de que su poder punitivo soslaye la masificación de esas conductas contrarias a la ley penal.

Con el propósito de defender por los conceptos que integran la teoría de la pena como elemento de cohesión social, en primer lugar, se describirá el papel del Estado y del Gobierno en la creación del derecho, así como el origen y la relación de este último con la moral, desde cuyos fundamentos, según Durkheim, son eminentemente sociales, es decir, radican esencialmente en lo que ha denominado como conciencia colectiva.

En segundo lugar, se tratará la categoría de solidaridad como requisito indispensable para entender la forma en la que el derecho puede clasificarse, bien como derecho restitutivo o como derecho represivo, de esa manera, se centrará la atención en la solidaridad mecánica y su profunda relación con el derecho represivo.

Finalmente, se dará lugar a una reflexión sobre la función de la pena, para así concluir en los motivos y las consecuencias de la desobediencia de las normas penales. Sobre la importancia de esta teoría alrededor de la producción de las reglas de derecho represivo, se estudiará brevemente el caso colombiano y la inclusión de los delitos contra la integridad física de los animales.

1. El Estado y el derecho en Durkheim

Durkheim defiende una visión clásica del Estado, cuyo elemento principal es la sociedad política. Al respecto, en su libro *Lecciones*

de sociología a pesar de que usa indistintamente los términos “grupo político” y “sociedad política”, se ve claramente su intención por demostrar que la sociedad política es una versión especial de agrupación, Durkheim identifica que esta se diferencia de otro tipo de asociación no sólo por su composición numérica, sino que observa que esta basta forma de congregación está a su vez conformada por agrupaciones más pequeñas y disímiles entre sí. En suma, la sociedad política se distingue de las demás formas de asociación, en el hecho de que reúne la totalidad de subgrupos, cuya naturaleza es diversa y plural, pero que hacen parte esencial de un todo superior¹. En otras palabras, la sociedad política se caracteriza por ser el punto de unión en el que convergen todas las múltiples eticidades o como diría Durkheim, todas las representaciones colectivas posibles.

Sin embargo, el Estado no sólo está conformado por la sociedad política, sino que además está compuesto por algunos individuos que ejercen la autoridad soberana, esto es, el gobierno o los agentes del Estado. Entonces, el Estado es la combinación equilibrada de sociedad política y gobierno, de esta relación surge la necesidad de establecer parámetros que sean el vaso comunicante entre los dos roles antagónicos, con el propósito esencial de permitir el correcto funcionamiento del Estado; esta tarea de comunicación y equilibrio le ha sido asignada al derecho. Ahora bien, previo al estudio del concepto de derecho, conviene señalar el punto en el que este encuentra sus mayores cercanías con la moral, de forma tal que para Durkheim, el derecho es un ejemplo de moral que, para ser lo que es, ha alcanzado un rango de cristalización social superior.

Las normas morales, como jurídicas, pueden ser clasificadas según regulen las relaciones individuales en sí mismas, o los contactos entre el individuo y una forma de agrupación; esta última clasificación, es decir, las normas que regulan las relaciones del Estado en punto de la sociedad política, sistematizan y determinan la moral cívica. Por tanto, el concepto de moral cívica en Durkheim es asimilable a un concepto de derecho, ya que es el punto de conexión entre el gobierno, los individuos y las pequeñas agrupaciones. Aquí Durkheim

1 DURKHEIM, Emile. Lecciones de sociología, 1.^a edición, ed. La pléyade, Buenos Aires, 1974, p. 90.

señala: “*El conjunto de las reglas sancionadas que determina lo que deben ser esas relaciones forman lo que se llama moral cívica*”². De esa forma, el derecho, como moral cívica, sigue siendo pensado por Durkheim en un contexto o marco de moralidad, de ahí que para él, el derecho y la moral sean categorías fuertemente relacionadas, pero a la par disímiles.

La moral para Durkheim tiene dos puntos de entendimiento admisibles: por un lado, se encuentra la moral individual y, por otro lado, la moral social, con lo cual se admite que en un gran número de situaciones, los individuos guían sus acciones por motivos diversos, basados en tradiciones, mitos o tabús; pero, a pesar de la pluralidad del pensamiento individual, para Durkheim no cabe la menor duda de que la necesidad de vivir en sociedad le impone al individuo una moral social que sea capaz de aglutinarlo y conducirlo en su desarrollo colectivo.

El derecho o moral cívica está compuesta por “[...] *las reglas [...] que determinan los contactos de los individuos con esa autoridad soberana, a cuya acción están sometidos*”³; mejor dicho, la moral cívica es una forma de moral social, cuyo grado de consolidación la eleva a la categoría de derecho. Al admitir que cada elemento de la sociedad política tiene una moral individual, se conduce a la idea de que esta en su conjunto es pluralista, de ahí que los individuos no sólo guíen su comportamiento a partir de las normas que establece el Gobierno, sino que además coexisten otras visiones y perspectivas que regulan los comportamientos colectivos, tales visiones del mundo conforman lo que para Durkheim es la conciencia colectiva. De manera tal que la única forma de contener todas esas corrientes sociales y evitar que su impulso presione la descomposición del Estado es a través de su cristalización en el derecho, es decir, en la moral cívica o normas gubernamentales, así los ideales de la conciencia colectiva serían convertidos en la norma jurídica que regule el comportamiento de los hombres en el Estado.

2 Ibid, p. 87.

3 Ibid, p. 93

A pesar de que la sociedad política está conformada por una multiplicidad de individuos, cuyas ideas morales bien podrían ser similares como distantes unas de las otras, existe un punto común que para Durkheim es considerado el término medio respecto de los extremos, es decir, el lugar de lo justo,⁴ a ese conjunto de sentimientos e ideas comunes –al lugar de lo justo– se le conoce como conciencia colectiva, cuya existencia es independiente, al menos como ideal social. La conciencia colectiva no depende de los intereses particulares o individuales, por el contrario, esta representa los objetivos de los individuos como seres sociales, así los hombres que la gestan pueden extinguirse, en tanto que la conciencia colectiva permanece para ser el impulso de las normas que direccionaran la acción de los demás hombres en sociedad.

Ahora, lo cierto es que una gran cantidad de intereses nacen en la sociedad política, pero no todos tienen la posibilidad de constituirse en parte de la conciencia colectiva, dado que como se dijo anteriormente, sólo aquellos intereses que correspondan al punto medio de los extremos y de los cuales mane la fuerza patente de la reacción social, deberán ser tenidos en cuenta por la autoridad soberana a la hora de elevarlos a la categoría de normas jurídicas.

El papel de la autoridad soberana resulta de vital importancia para contener los intereses de la sociedad política, sobre todo en el proceso de producción normativa, pues como bien lo señala Durkheim, el parlamento u órgano legislador está constantemente permeado por los intereses de las masas al interior de la sociedad; aunque, y este es el punto más trascendental sobre la utilidad de los entes estatales, no todo cuanto las masas esperan sea regulado, deberá resultar en una norma. Esto es, para que una determinada representación colectiva se consolide en derecho, debe cumplir con el proceso riguroso de selección y deliberación a cargo del ente gubernamental⁵. Sin lugar a dudas, la conciencia colectiva rebasa la capacidad de contención

4 DURKHEIM, Emile. División del trabajo social, tomo I, 2ª edición, editorial Planeta- De Agostini, Bogotá, 1985, p. 94.

5 DURKHEIM, Emile. Lecciones de sociología, cit. p. 95. "El Estado no es un simple instrumento de canalizaciones y concentraciones. Es, en cierto sentido, el centro organizador de los mismos subgrupos".

del Estado, puesto que esa conciencia es difusa e imprecisa, tanto es así que, frente a cada hecho social, se presenta una multiplicidad de reacciones y sentimientos colectivos que tienen la cualidad de ser efímeros o duraderos según sea el caso; de ahí que el Estado no haya de convertirse en un canal directo que permita que cualquier interés masificado sea derecho, pues como lo advierte Durkheim: “Las representaciones que vienen del Estado son siempre más conscientes de sí mismas, de sus causas y de sus metas”⁶.

En sentido opuesto, la autoridad soberana está llamada a discernir y reflexionar sobre esos intereses colectivos y, conforme a ese proceso racionalizador, diseñar representaciones que sean válidas y justas para toda la colectividad, independiente de la agrupación a la que se pertenezca o de los ideales que se defiendan, de manera que para Durkheim el derecho tiene una única fuente u origen y se trata de la vida social.⁷

Ahora bien, si el Estado está llamado al direccionamiento de la conciencia colectiva, cómo logra esa finalidad. Frente a este cuestionamiento, se pueden formular dos posiciones: primero, a través del respeto y garantía de los derechos individuales o, segundo, por medio de la consecución de un fin superior desde lo colectivo, es decir, como sociedad. Sobre este punto, Durkheim es consciente de que las sociedades contemporáneas están fuertemente influenciadas por el culto a la individualidad, siendo este último el epicentro de las tendencias más recurrentes en derecho, verbigracia, la tesis de los derechos humanos. A pesar de lo anterior, es claro que el individuo se desarrolla en contextos sociales colectivos y es así como la priorización de los derechos individuales radica esencialmente en una apuesta social; mejor dicho, el Estado protege y respeta las libertades individuales a partir de la concepción socialmente aceptada de que esa es una finalidad superior para su existencia y mantenimiento,⁸ inclusive si esa

6 *Ibíd.*, p. 95.

7 ROBLES, Gregorio. *Crimen y castigo* (ensayo sobre Durkheim), 1.ª edición, ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 21.

8 DURKHEIM, Emile. *Lecciones de sociología*, p. 103, “*Comprendemos que las funciones del Estado se extienden sin que haya una disminución del individuo, o que el individuo se desarrolla sin que el Estado retroceda, porque el individuo es, desde ciertos puntos de vista, producto mismo del Estado, ya que la actividad del Estado sería esencialmente liberadora del individuo*”.

garantía implica el sacrificio y restricción de las libertades de otros individuos o de otras agrupaciones⁹. En suma, la finalidad del Estado será la realización del individuo, pero no de un individuo en particular, sino del individuo como concepto general, por tanto, la sociedad reaccionará solidariamente contra todo aquel peligro o daño que se cause al individuo, pues la disminución del hombre, como ser humano, implica la disminución de la sociedad como sociedad política.

“[...] Lo que está en la base del derecho individual no es la noción del individuo tal cual es, sino la manera en que la sociedad lo practica, lo concibe y la estimación que de él se hace. [...] lo que hace que tenga más o menos derechos, tales derechos y no otros, no es porque está constituido de tal manera, es porque la sociedad le atribuye tal o cual valor, [...] si todo lo que lo toca la toca, ella reaccionará contra todo aquello que pueda disminuirla. No sólo no tolerará contra él contra las menores ofensas, sino que se considerará como obligada para engrandecerlo y desarrollarlo. [...]”.¹⁰

2. El derecho represivo y la solidaridad mecánica

Se ha establecido que el estado de la conciencia colectiva es el núcleo de cualquier representación social, por tanto, el derecho represivo constituye una expresión de carácter sancionatorio que deviene de la fuerza de los intereses sociales mayormente afianzados. Así pues, las representaciones colectivas que tienen un *status* normativo en el ámbito del derecho represivo, no sólo están respaldadas por la coacción inserta en la misma norma, sino que, además, vienen apoyadas por la presión detrás de la representación, esto es, el estado particularmente sólido de la conciencia colectiva. En ese orden de ideas, el interrogante nace alrededor de la forma en la que los intereses colectivos se agrupan o, mejor dicho, por qué, siendo la sociedad política una expresión plural de intereses individuales, se mantiene cohesionada o unida alrededor de una posición normativa. A este respecto, Durkheim ha desarrollado su concepto de solidaridad social.

9 Ibid., p. 117 “Manejar el medio social de manera que la persona pueda realizarse más plenamente, ajustar la máquina colectiva para que sea menos pesada para los individuos, [...] el concurso de todos los hombres decididos en vista de un ideal perseguido pacíficamente en común”.

10 Ibid., p. 113.

En efecto, de alguna u otra forma los individuos, a pesar de su multiplicidad y diferencia, permanecen unidos en torno a lo social, los resultados de este fenómeno son atribuidos a la idea de que los individuos se cohesionan a partir de un sentimiento de solidaridad, por mejor decir, los hombres permanecen ligados gracias a que al interior de la sociedad, moral y socialmente, esos hombres se identifican frente a ciertos intereses que, gracias al impacto que tienen en la conciencia colectiva, arraigan y mantienen la ligazón social. Ahora, sin olvidar que el derecho depende directamente de las representaciones colectivas que se forjan al interior de la conciencia colectiva, se tiene que la forma en que se cohesionan cualquier sociedad en concreto, esto es, la manera en la cual se manifiesta su solidaridad social, da lugar a diversos tipos de solidaridad y, a su vez, a diversas clases de derecho.

Antes de ahondar en los tipos de solidaridad, conviene puntualizar la diferencia entre las normas jurídicas y las demás normas sociales. Durkheim parte de la comprensión positivista de la norma, o sea, como aquella proposición de carácter hipotético, cuya función es atribuir una consecuencia jurídica a determinada hipótesis fáctica;¹¹ solo de esa forma se puede advertir que las normas jurídicas tienen una función prescriptiva, cuyo origen es eminentemente social. En otras palabras, la existencia normativo-prescriptiva de una determinada conducta social se deriva de la reacción colectiva que se produce contra aquel individuo que no atiende aquello que socialmente se espera que haga. Verbigracia, de la reacción de rechazo frente a la persona que decide no hacer la fila para pagar un bien o servicio, se tiene que hacer la fila es una hipótesis fáctica que necesariamente habrá de ser respaldada por una reacción del mismo tipo, es decir, por una consecuencia jurídica y fácticamente aplicable¹².

11 KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, 1.ª edición, editorial Trotta, Madrid, 1934, p. 55, “[...] sino que la concibe como un juicio hipotético que expresa un vínculo específico entre un supuesto de hecho condicionante y una consecuencia condicionada”.

12 ROBLES, Gregorio. *Crimen y castigo (ensayo sobre Durkheim)*. “¿Cómo sabremos que una determinada norma existe? Durkheim responde: el observador externo, que es el sociólogo, tan sólo puede tener noticia de la existencia de una norma si se produce el fenómeno de la reacción social contra el infractor de aquella”. Op. cit, p. 50.

Este último punto constituye el origen principal de la distinción entre las normas de carácter jurídico y aquellas cuya naturaleza es diferente, por ejemplo, las normas morales. Kant entiende que “[l]as que llamamos reglas o normas morales no son otra cosa que principios ideales de la conducta [...] La moral es la determinación de ese ideal que nos proponemos realizar en nuestro paso por el mundo. [...]”¹³. Mientras que las normas jurídicas, en su materialidad, representan normativamente al ideal moral, esto es, el ideal que representa a sí misma la conciencia colectiva y al que se aferra con mayor fuerza, luego la norma jurídica se distingue de la norma moral no en términos de estructura o positivización, sino en lo que a su fijeza en la conciencia común se refiere, o sea, las normas jurídicas están tan amplia y socialmente reafirmadas que se les ha otorgado una función prescriptiva, a través de la imposición de una sanción social. Haciendo uso de esta distinción podemos concluir que no todas las representaciones de la conciencia colectiva constituyen fuente de aquello que socialmente es considerado un delito.¹⁴

La reacción social o también llamada sanción, es el punto de partida para la distinción entre el derecho represivo y el derecho restitutivo, en esa medida Durkheim afirma: “*El lazo de solidaridad social a que corresponde el derecho represivo es aquel cuya ruptura constituye el crimen; [...]*”¹⁵, mientras que el derecho de carácter restitutivo agrupa todo tipo de normas que no tienen naturaleza penal; de ahí que la finalidad de la sanción en el derecho restitutivo no sea expiar al responsable o reivindicar el lazo de solidaridad afectado, sino que se trata de un intento por restituir las cosas al estado normal, al curso en que estaban antes de que la trasgresión normativa ocurriera.¹⁶

13 GARCÍA MORENTE, Manuel. *La filosofía de Kant*, 2.ª Edición. Madrid, editorial Espasa, 1982, p. 139.

14 DURKHEIM, Emile. *División del trabajo social*, tomo I, cit., p. 92. “Sin embargo, no se ha definido el crimen cuando se ha dicho que consiste en una ofensa a los sentimientos colectivos; los hay entre estos que pueden recibir ofensa sin que haya crimen. [...] Los sentimientos colectivos a que corresponde el crimen deben singularizarse, pues, de los demás por alguna propiedad distintiva [...] No sólo están grabados en todas las conciencias colectivas, sino que están muy fuertemente grabados. No se trata en manera alguna de veleidades vacilantes y superficiales, sino de emociones y de tendencias fuertemente arraigadas en nosotros. [...]”

15 *Ibíd.*, p. 83.

16 ROBLES, Gregorio. *Crimen y castigo (ensayo sobre Durkheim)*. Op., cit, pp. 55 - 56.

En sentido opuesto, el derecho represivo implica un punto de quiebre en el lazo de la solidaridad social y, por consiguiente, del hecho de la ruptura sobreviene la necesidad de establecer una normativa penal, *“un acto [...] es criminal porque hiere la conciencia común. No lo reprobamos porque es un crimen, sino que es un crimen porque lo reprobamos”*.¹⁷

El precepto de que una conducta determinada constituye un crimen busca, a simple vista, impedir que la situación que ya previamente había comprometido los lazos de solidaridad se vuelva a repetir o, en caso de que vuelva a ocurrir, se reprima por mandato colectivo al agresor para persuadirlo de la inconveniencia e ilicitud de su acción, en tal caso, la pena tendría sola la función de prevención general positiva. Empero, si se parte de que el punto de ruptura o quiebre social es conocido como delito y que paralelamente a la comisión de la conducta previamente descrita en la norma le sucede una sanción –reacción social cristalizada– que ha sido identificada colectivamente como pena. Se puede concluir que esta última equivale a un instrumento de cohesión social, en el entendido de que su finalidad consiste en restablecer los lazos de solidaridad que habían sido afectados por el delito; es decir, con la pena se busca recohesionar y redireccionar socialmente a los individuos del Estado.

La respuesta social a la ruptura de la solidaridad, vista y entendida como pena, es un común denominador en todas las formas sociales existentes,¹⁸ por esta razón, la solidaridad mecánica es también conocida como solidaridad por semejanzas, pues a partir del establecimiento normativo de la reacción se crea la homogeneidad social. Ahora bien, la reacción social ante la afrenta hecha a la solidaridad, tiene en principio un direccionamiento pasional; en otras palabras, la forma en la que los hombres reaccionan primariamente implica un despliegue irracional de la acción represiva contra el infractor¹⁹,

17 DURKHEIM, Emile. *División del trabajo social*, tomo I. Op., cit, p. 96.

18 *Ibíd.*, p. 83, *“Por diferentes que parezcan a primera vista los actos así clasificados, es imposible que posean algún fondo común. Afectan en todas partes de la misma manera la conciencia moral de las naciones y producen en todas partes la misma consecuencia. Todos son crímenes, es decir, actos definidos con castigos reprimidos”*.

19 ROBLES, Gregorio. *Crimen y castigo (ensayo sobre Durkheim)*, cit., p. 54, *“De ahí que la reac-*

de manera que el Estado está llamado a intervenir como ente racionalizador de reacciones primarias, a fin de condensar la intención represiva de la conciencia colectiva en una norma, cuyo propósito es mantener a la sociedad unida y organizada, bajo la instrucción de normas jurídicas esenciales para la convivencia. Por lo tanto, dado el origen de la norma penal, la obediencia de las disposiciones de esa naturaleza no sólo depende de la consecuencia jurídica que le ha sido asignada, sino, adicionalmente, del impulso y de la fuerza de las representaciones colectivas que obligaron al Estado a la identificación de una norma jurídico-penal.²⁰

Prima facie, el establecimiento de normas penales tiene como propósito básico la protección de los principios más esenciales de una sociedad determinada no sólo en un sentido meramente territorial, sino cultural y temporal; el problema radica en la determinación de los principios socialmente estructurales, en la medida en que la sociedad sanciona aquellos comportamientos que cree, adecuada o erróneamente, deben ser proscritos con la finalidad de detener un peligro patente que pueda poner en riesgo la estabilidad de la unión social; sin embargo, la percepción de riesgo no significa un peligro real cuyo impacto pueda causar la disminución de la sociedad,²¹ de ahí que en algunas ocasiones la norma penal busque evitar conductas, cuya generalización no provoca ninguna implicación real para la sociedad política y sus lazos de solidaridad.

En resumen, las normas de derecho represivo tienen un alto valor para la sociedad en concreto, puesto que su creación ha sido el resultado de la manifestación fuerte y clara de la ofensa que la acción, ahora prohibida, provocó en los intereses más superiores del colec-

ción represiva en dichas sociedad sea, ante todo, una reacción pasional. La conciencia colectiva se dispara a través de los miembros individuales con gran facilidad y gran rapidez. Apenas queda serenidad para el cálculo racional y, por consiguiente, para medir las consecuencias del acto represivo”.

20 DURKHEIM, Emile. *División del trabajo social*, tomo I, cit., p. 88 “[...] no se distinguen de los demás sino por este rasgo, que son comunes al término medio de los individuos de la misma sociedad. Así, las reglas que prohíben esos actos y que sanciona el derecho penal son las únicas al axioma jurídico: nadie puede alegar la ignorancia de la ley, se aplica sin ficción. Como están grabadas en todas las conciencias, todo el mundo las conoce y siente su fundamento”.

21 *Ibíd.*, p. 84.

tivo. De resultas, toda trasgresión a esa norma jurídica que representa los propósitos últimos de la sociedad acarreará la resistencia conjunta de los miembros de ese colectivo que, unidos alrededor del hecho transgresor, reaccionan a través de la imposición de una pena; de ahí que la pena, más allá de expiar al agresor, tenga la facultad de reunir y convocar a los individuos que se fortalecen como sociedad e intervienen sistemática y ordenadamente contra la afrenta a sus valores colectivos.

3. La desobediencia del derecho represivo y sus consecuencias frente a la cohesión social

El origen social de las normas jurídicas, especialmente de las normas de derecho represivo, parte de la representación colectiva de un ideal social en el seno de la conciencia colectiva. Conforme a esta premisa, las normas que proscriben la realización y masificación de ciertas conductas, por considerarlas contrarias al lazo de solidaridad, tienen un respaldo esencial o primario que determina su obediencia a largo plazo, esto es, las representaciones colectivas de que trata el derecho represivo tienen la cualidad de mantenerse antes, durante y después del proceso de regulación, pues, gracias a la fuerza con la que fueron gestadas, dotan de mayor impacto al deber detrás de la disposición normativa; así, la obediencia de la norma es proporcional al nivel de rechazo previo que tuvo la conducta proscribida por esta y, con base en ese lazo de proporcionalidad, la norma penal y, específicamente la sanción, funcionan como instrumento de cohesión social. La sanción representa e identifica los factores más fuertes en la sociedad y por virtud de esos factores se crean signos de identidad entre los individuos, tales signos son usados por el Estado como medio para mantener y sostener la unión social.

De ahí que el origen y la cristalización de una representación colectiva en norma jurídica sean causas determinantes en las razones por las cuales el derecho represivo se obedece; por consiguiente, siendo la sanción o la pena un medio para la cohesión social, se evidencia que la norma penal no se obedece simplemente por el temor a la sanción, en un marco de prevención general positiva, sino porque los individuos son conscientes de que, al respetar esa disposición normativa,

se actúa en consonancia con un deber social, o sea, en la medida en que la norma penal representa el ideal social, la obediencia de la norma implica la exaltación de los intereses colectivos a favor del mantenimiento de la sociedad política y, naturalmente del Estado.

“En efecto: el hombre es un ser moral porque vive en el seno de sociedades constituidas. [...] La moral no aparece como una obligación, es decir, no aparece como la moral y, en consecuencia, no podemos tener el sentimiento del deber más que si existe a nuestro alrededor y por encima de nosotros un poder que lo sancione. No es que la sanción material sea del todo el deber, pero es el signo exterior por el que se le reconoce, es la prueba sensible de que hay algo por encima de nosotros, de lo que dependemos”.²²

Con todo, se pretende demostrar que la moral, contrario a ser una creación individual, es producto de la organización social, dado que la conciencia colectiva es la base de las representaciones que la sociedad, con posterioridad, se da a sí misma como deberes y, así, el Estado se convierte en “[...]el órgano por excelencia de la disciplina moral [...]”.²³ Entonces, aparece la sociedad política organizada como necesaria para la creación del derecho represivo, en razón de que este es el encargado de mantener el estado de la organización social, dejando entrever la relación de interdependencia de estas.

Cuando la sociedad política carece de moral social, es decir, cuando no es posible identificar en una sociedad política cuáles son los ideales que inspiran su existencia y mantenimiento, pronto la individualidad de los sujetos en particular, así como de los subgrupos de la sociedad, se desarrollará como rueda suelta en busca de la consecución de los intereses particulares; tal hipótesis pondría en riesgo no sólo la creación del derecho represivo, sino su obediencia, al igual que la existencia misma de toda organización política. El debilitamiento de la conciencia colectiva significa la dispersión de las representaciones compartidas y, en consecuencia, el Estado se vuelve incapaz de contener o cristalizar racionalmente todas aquellas representaciones sociales en el derecho, de forma que se ve obligado a crear normas

22 DURKHEIM, Emile. *Lecciones de sociología*. Op., cit, p. 119.

23 *Ibíd.*, p. 118.

jurídicas de derecho represivo, sin el respaldo moral necesario para garantizar su observancia.

Como consecuencia, la sociedad política no se identifica con la función cohesionadora de la pena y la transgresión normativa pasa a ser el común denominador.²⁴ Con base en esta tesis, el propósito de la pena, al haberse cristalizado en una norma jurídica, se limitaría a la producción de temor, por lo cual se obligaría al Estado a centrar su interés en la imposición y cumplimiento efectivo de la sanción, ya que no de otra forma podría evitar que la acción delictiva volviera a ocurrir. Así las cosas, si el Estado falla en su objetivo único de sancionar al transgresor, basado en el temor que esta función provoca en los demás individuos, el orden normativo sería insostenible²⁵ y la desorganización política se traduciría en el límite último para la desaparición del Estado.

En síntesis, la desobediencia del derecho represivo es una consecuencia directa de una sociedad política disminuida, cuyos lazos de solidaridad son frágiles y por lo cual las representaciones colectivas que se producen no tienen la fuerza suficiente para dar curso a la conciencia colectiva.²⁶ En el mismo sentido, si las normas jurídicas de derecho represivo no se producen al interior de una conciencia colectiva fuertemente definida y la sociedad política no se identifica con las representaciones que respaldan una norma en concreto, la función de la pena se verá limitada. La causa de la desobediencia de la norma es la falta de apoyo en la moral social, lo que impide que los individuos omitan cometer la conducta prohibida, atendiendo a

24 *Ibíd*, p. 120. “[...] lo que demuestra muy bien hasta qué punto la organización social es necesaria a la moral, es que toda desorganización, toda tendencia a la anarquía política va acompañada por un acrecentamiento de inmoralidad. Y no es solo porque los criminales tengan más posibilidades de escapar al castigo: es que, de manera general, se debilita el sentimiento del deber, porque ya no sentimos por encima de nosotros nada de lo que se dependa”.

25 BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*, 12.ª edición, editorial Fontamara, México, 2012.

26 DURKHEIM, Emile. *Lecciones de sociología*. Op., cit, p. 120, “[...] pero, cuando se sabe que la moral es un producto de la sociedad, que penetra en el individuo desde afuera, que, desde ciertos puntos de vista hace violencia a su naturaleza física, a su constitución natural, comprendemos que la moral es la sociedad, y que la primera sólo es fuerte en la medida en que la segunda esté organizada”.

la consideración de que obedecer la norma enaltece fines sociales superiores, sino que actúan movidos por el temor a la imposición de la sanción; luego, el porqué de la obediencia de la norma se traslada a una lucha por el bienestar individual, así la pena pierde su objetivo cohesionador y la sociedad política se ve cada vez más atomizada.

4. La función de la pena en durkheim y el caso colombiano

Hasta este punto resulta claro que para Durkheim el delito y el derecho represivo mantienen en equilibrio el orden social. Los valores que interesan en mayor medida al colectivo y su protección son la bandera fundamental que soporta su tesis sobre la criminalidad y la represión, de esa forma, atribuye a la norma penal la función de cristalización y racionalización a toda reacción pasional primaria, que originada en la ruptura de los lazos de solidaridad mantiene unida a una sociedad en concreto. Por ello, es claro que se pretende demostrar que en aquellos casos en los que la autoridad estatal no toma en consideración el estado más o menos fuerte de la representación social y su influencia en la conciencia común produce normas que no tienen o no tendrán el soporte suficiente para hacerlas fuente de cohesión o unión de los individuos en torno a la acción transgresora.

En Colombia se ha venido desarrollando, con mediano impacto, la protección jurídica de los animales como seres vivos no humanos, pero en tanto seres vivos, seres sintientes. Con el propósito de dar aplicación a la tesis de Durkheim y rescatar el énfasis atribuido al grado de fuerza que debe tener una representación colectiva para ser fuente de una norma de derecho represivo, se analizarán los antecedentes jurisprudenciales que dieron lugar a la creación de la Ley 1774 de 2016, con la que se introdujo un título autónomo de delitos contra los animales dentro del Código Penal colombiano, cuyo origen no se fundamenta en un estado de la conciencia colectiva lo suficientemente sólido como para garantizar su eficacia en el futuro.

En el 2010, la Corte Constitucional colombiana, en una decisión de control constitucional sobre el Artículo 84 de la ley 84 de 1989, estatuto nacional de protección de los animales, señaló que estos últimos debían ser tratados como seres vivos con capacidad de sentir, mas no como meros recursos naturales. Con base en esta posición, sentó

que el objetivo de toda regulación futura al respecto debía estar encaminada a evitar cualquier sufrimiento y padecimiento de dolor que pudiera provocarse a los animales por una acción humana.

Los argumentos que llevaron a la Corporación a esa conclusión estaban fundados en un concepto de moralidad sobre el cual se sostiene el deber de protección sobre los animales que tienen los seres humanos, en atención a esta interpretación se introdujeron restricciones a los tratos crueles o que contradigan la obligación de protección a los animales, incluso en el desarrollo de actividades culturales como la tauromaquia o las riñas de gallos, entre otras. Sin embargo, hasta aquí lo cierto es que en esta decisión no se prohibió la realización de esas actividades tradicionales, por cuanto la interpretación de la corporación se enfocó en conminar a la regulación de estas, por parte del legislador, teniendo en cuenta el principio de protección de los animales.²⁷

En la misma línea, mediante decisión de tutela del 22 de mayo de 2013,²⁸ la Corte Constitucional acudió al examen efectuado en la decisión analizada precedentemente y concluyó que las corridas de toros están legalmente exceptuadas de aquellas acciones que son consideradas como tratos crueles contra los animales y, en virtud de su calidad de expresiones artísticas del ser humano, en el marco del desarrollo de la cultura, mantuvo la excepción. En esta decisión se cita un aparte de la C- 1192 de 2005, así: “[...] *la tensión entre quienes abogan por dicha práctica y quienes pretenden su abolición, no son suficientes para declarar la inconstitucionalidad de las normas que disciplinan los espectáculos taurinos, ya que los mismos ante todo son una manifestación de la riqueza y diversidad cultural de nuestra Nación[...]*”.²⁹

27 Corte Constitucional, M. P. SIERRA PORTO, Humberto Antonio. Sentencia C-666 del 30 de agosto de 2010, consultada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-666-10.htm>, el 22 de marzo de 2016.

28 Corte Constitucional, M. P. GONZÁLEZ CUERVO, Mauricio. Sentencia T- 296 del 22 de mayo de 2013, consultada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-296-13.htm>, el día 12 de marzo de 2016.

29 Corte Constitucional, M. P. ESCOBAR GIL, Rodrigo. Sentencia C- 1192 del 22 de noviembre de 2005, consultada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1192-05.htm>, el día 21 de marzo de 2016.

Finalmente, en un análisis posterior de constitucionalidad sobre la ley 1638 de 2013,³⁰ por la cual se prohibió el uso de animales silvestres para actividades circenses, la Corte Constitucional encontró que esa prohibición se ajustaba plenamente a los principios constitucionales y, por tanto, no se mostraba irrazonable o desproporcionada, dado que como se señaló en la sentencia C- 666 de 2010:

“[...] las manifestaciones culturales no son una expresión directa de la Constitución, sino fruto de la interacción de los distintos actores sociales determinados por un tiempo y un espacio específicos. No puede entenderse que en sí mismas consideradas, sean concreción de postulados constitucionales, ni que, por consiguiente, tengan blindaje alguno que las haga inmunes a la regulación por parte del ordenamiento jurídico cuando quiera que se estime necesario limitarlas o, incluso suprimirlas, por ser contrarias a los valores que busque promocionar la sociedad [...]”

Del estudio realizado sobre los fallos adoptados por la Corte Constitucional, se puede concluir que para el 2014, la sociedad colombiana no estaba del todo consciente sobre su deber de protección hacia los animales, pues apenas estaba asimilando la restricción de algunas actividades tradicionales en las que se ven involucrados animales y que comprenden tratos crueles hacia estos; por ende, no se puede afirmar que la conciencia común rechazaba, sin reparos, todo tipo de trato cruel hacia los animales tanto como para considerar que quienes realicen esas acciones deberían ser merecedores de una sanción penal.

Adicionalmente, el Consejo Superior de Política Criminal, en el trámite del proyecto de ley 172 de 2015, recomendó al legislador no acudir al derecho represivo para garantizar la integridad de los animales como seres capaces de sentir, puesto que, a su parecer, esta medida no se ajustaba a los principios del derecho penal³¹ y, de esa forma,

30 Corte Constitucional. M. P. PALACIO PALACIO, Jorge Iván. Sentencia C- 283 del 14 de mayo de 2014, consultada en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/c-283-14.htm>, el día 21 de marzo de 2016.

31 Congreso de la República de Colombia. Informe de ponencia para primer debate proyecto de ley 172 de 2015 Senado, consultado en: http://servoaspr.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=22&p_numero=172&p_consec=42927, el día 20 de marzo de 2016. “[...]resulta

la pena sobreviene como una medida innecesaria, al igual que poco efectiva. A pesar del contexto social que se describe y, aun cuando la representación colectiva o reacción social que dio origen a la iniciativa no era lo suficientemente fuerte como para ser cristalizada en una norma de esta naturaleza, en el 2016 se sancionó la iniciativa legislativa que integró nuevas conductas delictivas contra la integridad física de los animales.

La debilidad de la representación común radica en que, de haber sido un interés colectivo con las calidades necesarias para requerir la prescripción de una pena, la autoridad estatal no habría dudado en eliminar, a través de esa norma, toda práctica cruel contra los animales, incluso si estas prácticas se dan en el marco de una tradición cultural. En otras palabras, la integración del maltrato animal, como una conducta delictiva, fue una decisión apresurada del legislador, en la medida en que la pena no tiene el soporte social suficiente para ser eficaz en el futuro y esta circunstancia acarreará problemas relacionados con la inobservancia de la prohibición,³² pero sobre todo, la pena en últimas no será un elemento cohesionador, sino simplemente un instrumento del Estado para infundir miedo sobre aquellos que se abstengan de obedecer el mandato de la autoridad.

En conclusión, el Estado olvida que no toda ruptura de la solidaridad es base u origen de una norma penal, esto es, no toda conducta socialmente rechazada debe ser objeto de una pena, pues algunas conductas si bien son inmorales, con su impacto no se causa un pe-

importante recordar por lo menos tres principios, íntimamente ligados entre sí, que informan y estructuran la reacción penal contemporánea en los Estados democráticos. Se trata del principio de absoluta necesidad de la intervención penal, el carácter del ultima ratio del poder punitivo, y finalmente, el carácter fragmentario del mismo, todos estos apuntan a que, desde una perspectiva de política criminal, la disponibilidad en el uso de la pena ha de ser considerada cuando las alternativas de protección, tutela y solución de los conflictos por otros mecanismos han fallado y, por tanto, no existe otro recurso más que la restricción intensa de los derechos de quienes son hallados penalmente responsables [...]"

32 DURKHEIM, Emile. *División del trabajo social*, tomo I. Op., cit, p. 88, "Si se encuentran adultos que ignoran esas reglas fundamentales o no reconocen su autoridad, una ignorancia tal, o una indocilidad tal, son síntomas irrefutables de perversión patológica; o bien, si ocurre que una disposición penal se mantiene algún tiempo, aun cuando sea rechazada por todo el mundo, es gracias a un concurso de circunstancias excepcionales, anormales, por consiguiente, y un estado de cosas semejante jamás puede durar".

ligro directo para la unión social. Por tanto, en el ejercicio del proceso legislativo del derecho represivo es indispensable tener en cuenta la finalidad de la consecuencia jurídica imponible al supuesto fáctico, ya que el rechazo social de esa conducta permite mantener la cohesión social en la sociedad política y la identidad de los sujetos que la conforman respecto de las normas que los regulan.

BIBLIOGRAFÍA

- Textos

- BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*, 12.^a edición, México: Editorial Fontamara, 2012.
- DURKHEIM, Emile. *Lecciones de sociología*, 1.^a edición. Buenos Aires: Editorial La pléyade, 1974.
- DURKHEIM, Emile. *División del trabajo social*, tomo I, 2.^a edición. Bogotá: Editorial Planeta Agostini, 1985.
- GARCÍA MORENTE, Manuel. *La filosofía de Kant*, 2.^a Edición, Madrid: Editorial Espasa, 1982.
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, 1.^a edición. Madrid: Editorial Trotta, 1934.
- ROBLES, Gregorio. *Crimen y castigo (ensayo sobre Durkheim)*, 1.^a edición. Madrid: Editorial Civitas, 2001.

- Recursos Jurisprudenciales

- CORTE CONSTITUCIONAL. M. P. ESCOBAR GIL, Rodrigo. Sentencia C- 1192 del 22 de noviembre de 2005.

- CORTE CONSTITUCIONAL. M. P. SIERRA PORTO, Humberto Antonio. Sentencia C-666 del 30 de agosto de 2010.
- CORTE CONSTITUCIONAL. M. P. GONZÁLEZ CUERVO, Mauricio. Sentencia T-296 del 22 de mayo de 2013.
- CORTE CONSTITUCIONAL. M. P. PALACIO PALACIO, Jorge Iván. Sentencia C-283 del 14 de mayo de 2014.

- Recursos Legales

- LEY 1172 del 6 de enero de 2016.
- INFORME de ponencia para primer debate proyecto de ley 172 de 2015. Senado de la República.