

# NOTA EDITORIAL

## POR UNA CIENCIA DEL DERECHO PENAL COLOMBIANA\*

Como cualquier otro país, Colombia posee una realidad social, cultural, política y económica particular. A diferencia de ciertos Estados cuya conflictividad obedece a su heterogénea composición étnica y/o religiosa, Colombia es relativamente estable desde este punto de vista. No obstante, nuestro país sigue estando marcado por un larguísimo conflicto armado interno de origen político y social que con el paso del tiempo se ha visto fuertemente influenciado por las economías ilegales, en especial por el narcotráfico. A pesar de ello y de que es uno de los países más desiguales no solo de la región, sino del mundo entero, desde el 2020 Colombia es miembro oficial de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, que agrupa principalmente a países con economías desarrolladas y que cumplen con estándares elevados en materias de bienestar social. Por su parte, en lo que tiene que ver con el ámbito jurídico, Colombia ha sido históricamente un país importador de derecho. Así, por ejemplo, mientras que en el campo del derecho administrativo ha sido notable la influencia francesa, en el derecho penal hemos bebido principalmente de las tradiciones jurídicas española, italiana y alemana, aunque en los últimos años también hemos sido receptores, en una buena dosis, del derecho procesal penal de corte angloamericano.

En este contexto y desde una de las perspectivas que en esta revista ocupan un primer plano, una cuestión no solo central sino también urgente se refiere a la autorreflexión sobre la reflexión jurídico-penal en nuestro contexto o, dicho con otras palabras, a cuál debe ser la labor principal de la ciencia del derecho penal *en Colombia*. Desde la óptica del finalismo, el propio planteamiento de esta cuestión constituye una quimera, pues, de acuerdo con las premisas básicas del Welzel de la posguerra representadas de forma especialmente ilustrativa en las

---

\* Para citar la nota editorial: Orozco López, Hernán Darío y Reyes Alvarado, Yesid. "Por una ciencia del derecho penal colombiana", *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 47, n.º 122 (enero-junio de 2026), pp. 9-12.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v47n122.01>

ORCID Hernán Darío Orozco López: 0000-0003-1502-3566.

ORCID Yesid Reyes Alvarado: 0000-0001-8968-2500.

llamadas “estructuras lógico-objetivas”, la actividad jurídico-científica debería ocuparse de responder a la cuestión sobre lo “fundamental, universal y total”<sup>1</sup>, por lo cual las particularidades de un tiempo y un lugar determinados no tendrían cabida en el marco de la reflexión científica<sup>2</sup>. Por el contrario, las corrientes postfinalistas reconocen en su gran mayoría que la reflexión científica se halla ligada a un contexto histórico, cultural y social determinado<sup>3</sup>, de modo tal que la cuestión de una *ciencia del derecho penal colombiana* no solo es viable, sino que esa realidad debe constituir el sustrato de nuestra reflexión científica.

Esto, sin embargo, no significa que debamos deshacernos de los conceptos y las teorías que hemos adoptado de la tradición romano-germánica, pues en la medida en que los hemos receptionado y aplicado, los hemos convertido también en parte de nuestra propia cultura jurídica. Más bien, de lo que (también) se debe ocupar la ciencia del derecho penal colombiana es de identificar (más allá de los aspectos comunes a los ordenamientos jurídico-penales en general) los principales problemas particulares de nuestra realidad social para intentar darles una solución adecuada de la mano de los mejores insumos teórico-conceptuales a disposición<sup>4</sup>, los cuales, en un gran número de eventos, corresponden a las categorías que hemos heredado o, dicho de forma más precisa, de las que nos hemos apropiado, siempre que se realicen los ajustes y las adaptaciones allí donde las características de nuestra realidad social lo hagan necesario<sup>5</sup>.

Por supuesto que en una nota editorial no es posible analizar –ni siquiera a grandes rasgos– el contenido de este programa<sup>6</sup>, y así tenemos que contentarnos con exponer su idea general e ilustrarla de la mano de uno de los problemas más acuciantes de nuestra realidad social.

La ciencia del derecho penal en sentido estricto es de *naturaleza supranacional* y su tarea principal consiste en la *fundamentación suprapositiva* de los criterios básicos del derecho penal. Por consiguiente, sus principales temas de estudio son la legitimación de la pena y el sustrato axiológico de las categorías de la teoría general del delito. Si bien en este ámbito se toman en consideración las categorías e instituciones existentes en diferentes ordenamientos jurídicos, el objetivo de la *ciencia* del derecho penal no consiste en interpretarlas en el marco de este o aquel ordenamiento jurídico positivo, pues ello es realmente función de la

1 Hans Welzel, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlín, 1975, p. 1.

2 Al respecto, Michael Pawlik, “Introducción: ¿Es Welzel un clásico?”, en *Lo vivo y lo muerto en la teoría del delito de Hans Welzel*, Bogotá, 2022, pp. 17 y ss.

3 Paradigmática la idea de la identidad normativa de la sociedad en Günther Jakobs, *ZStW* 107 (1995), p. 843.

4 En una dirección similar, Michael Pawlik, “Identität der Gesellschaft oder Identität des Rechtsanwenders?”, en *Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg*, Múnich, 2015, pp. 372 y ss.

5 En este mismo sentido, Kai Ambos, *El futuro de la ciencia jurídico-penal alemana*, Bogotá, 2016, pp. 42 y ss., para quien “también se debe observar el contexto cultural y social en el que operan las instituciones jurídicas específicas [...] y, al contrario de la usual implantación automática de instituciones foráneas, según el caso se debe realizar la adaptación de estas instituciones a cada contexto”.

6 Programático, también a favor de “la construcción de una agenda propia de investigación en Derecho Penal”, Gustavo Cote Barco, “Sobre ‘El futuro de la ciencia jurídico penal alemana’ en Colombia (?)”, en *El futuro de la ciencia jurídico penal alemana*, Bogotá, 2016, p. 54. Ya en este sentido también, aunque con un tono tremadamente polémico, Fernando Velásquez V., “El derecho penal colombiano y la ley importada”, en *Nuevo Foro Penal*, n.º 38 (1987), pp. 427 y ss.

*dogmática* jurídico-penal en sentido estricto; de lo que se trata, más bien, es de ofrecer una fundamentación de los conceptos básicos del derecho penal acorde con el contexto histórico-social y que tenga en cuenta hallazgos relevantes en proyectos más amplios de explicación de la sociedad y la naturaleza<sup>7</sup>.

Puesto que este modo de reflexión no está vinculado inescindiblemente a un determinado derecho positivo, muchas de las conclusiones allí obtenidas son o pueden ser válidas dentro de los ordenamientos jurídicos de países que tienen una cultura similar y comparten determinados valores. Así, por ejemplo, ideas como las de libertad y de responsabilidad son comunes a las sociedades occidentales, por lo que principios como el de la responsabilidad penal individual –por oposición, por ejemplo, a formas de responsabilidad tribal– son determinantes en todas ellas.

No obstante, debido a que las discusiones en este ámbito están jalónadas en muchos casos por autores ligados a unas determinadas condiciones socio-culturales o, dicho de forma más precisa, por actores pertenecientes a determinados centros de producción científica con contextos particulares como Alemania, en ciertas ocasiones las fundamentaciones de determinadas categorías o instituciones parten de unas premisas que no se presentan, por lo menos no de una forma suficientemente similar, en los lugares de recepción, por lo que aquellas no pueden ser extrapoladas sin más.

Como se mencionó más arriba, la importancia de una ciencia del derecho penal colombiana receptiva frente a los mejores modelos de fundamentación, pero consciente de los problemas particulares de su propia realidad social y, por consiguiente, de los límites explicativos de aquellos en nuestro entorno y de las necesidades de adaptación, puede ser ilustrada de la mano de uno de los problemas más acuciantes de nuestra realidad social, a saber, el de la legitimidad del derecho penal frente a los excluidos sociales<sup>8</sup>.

Simplificando bastante la discusión, las teorías preventivas y las teorías (neo-)retribucionistas se disputan la legitimación de la pena<sup>9</sup>. En la tradición romano-germánica, que es de donde hemos bebido principalmente en Colombia, las teorías de la prevención han gozado de una mayor aceptación desde hace un buen tiempo. En sintonía con ello, en nuestro país también se ha impuesto un entendimiento preventivo de la pena basado en la idea de la protección de bienes jurídicos. Esta recepción es, sin embargo, problemática, y lo es por dos razones básicas. La primera de ellas se refiere a la fundamentación misma de las teorías preventivas, pues la axiología que las orienta –la de la prevención– está en una relación extremadamente tensa con principios básicos de un derecho penal liberal como el principio de culpabilidad, por lo que no resulta adecuado seguir un modelo así de problemático para legitimar el ejercicio del *ius puniendi* en Colombia. La segunda tiene que ver con la ceguera de las teorías preventivas para poder captar los problemas de legitimación que se presentan en ciertos contextos debido a que operan en una especie de *vacuum* social. En la medida en que dichas teorías se enfocan

7 En un sentido similar, las reflexiones básicas de Michael Pawlik, GA 2014, pp. 373 y ss.

8 En detalle al respecto Hernán Darío Orozco López, “Exclusión social, criminalidad y reacción estatal”, en *Libro homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Bogotá, 2022, pp. 167 y ss.

9 Al respecto véase Yesid Reyes Alvarado, “¿Prevenir o castigar?”, en *Perspectivas sociojurídicas sobre la prevención del crimen*, Bogotá, 2022, pp. 119 y ss.

en la idea de la protección de bienes jurídicos mediante el derecho penal, terminan perdiendo de vista que existen factores culturales, sociales y políticos muy relevantes para establecer la legitimidad de la pena en un contexto determinado. Por consiguiente, ellas no logran captar que entre el ciudadano pleno y el excluido social que lesionan con igual intensidad un bien jurídico de la misma naturaleza, a pesar de que se encuentren nivelados desde la óptica de la afectación al bien jurídico, existen diferencias fundamentales respecto de la posibilidad de elevar un reproche estatal legítimo. Así, pues, este es un poderoso argumento adicional para que *en Colombia* no se oriente el sistema de reacción estatal frente a la criminalidad por las teorías preventivas, pues ellas tienen una capacidad de rendimiento reducida en contextos como el nuestro, caracterizados por unos niveles significativos de exclusión social.

Por el contrario, teorías de la pena como las enraizadas en el concepto del *derecho penal del ciudadano* ofrecen una doble ventaja<sup>10</sup>. En primer lugar, no tienen el carácter reduccionista propio de las teorías preventivas, pues propendan a conectar la argumentación jurídico-penal con reflexiones de filosofía moral y política, lo cual les permite captar el problema de la legitimación de la pena de una manera mucho más amplia y adecuada. En otras palabras, ellas comprenden que para elevar un *reproche* penal tiene que existir algo más que la afectación de un bien jurídico, siendo que esto último puede acaecer también por causas de la naturaleza o por obra de inimputables que están exentos de cualquier reproche jurídico-penal. Ese algo más consiste –expresado de forma tremadamente general– en la existencia de un fuerte vínculo entre el Estado y el ciudadano infractor que provee las *condiciones de legitimación* para que el primero pueda hacer responder penalmente al segundo por la infracción de un deber de respeto del ordenamiento jurídico que ha desembocado (al menos en el caso de los delitos contra bienes jurídicos individuales) en la afectación de los derechos de una persona. En segundo lugar, puesto que esas teorías son conscientes de que la legitimación de la pena está vinculada a un determinado contexto social, cultural y político y que entre distintas realidades sociales pueden existir diferencias significativas al respecto, ellas permiten identificar con mayor sencillez los problemas de fundamentación relevantes. En el caso que aquí interesa el principal problema consiste en que en los eventos de exclusión social el vínculo entre el Estado y el ciudadano no existe o por lo menos se encuentra gravemente deteriorado. Así mismo, gracias a que ellas llaman la atención sobre los problemas particulares de nuestra realidad social que impiden la recepción absoluta de ciertas ideas, nos facilitan emprender los ajustes y/o los nuevos desarrollos teórico-conceptuales correspondientes. Nuevamente ejemplificando de la mano del problema de la exclusión social: una ciencia penal colombiana consciente de la tradición heredada y que busca los mejores modelos de fundamentación, pero que es consciente de los problemas particulares de su propia realidad, se deberá esforzar por desarrollar modelos sancionatorios alternativos aplicables a los excluidos sociales<sup>11</sup>.

Hernán Darío Orozco López

Yesid Reyes Alvarado

---

10 Un abanico de estas propuestas puede verse en los trabajos recogidos en Ivó Coca Vila (ed.), *Pena y vínculo político: sobre el castigo no-paradigmático en el derecho penal del ciudadano*, Barcelona, 2023.

11 Un esfuerzo de esta naturaleza es emprendido, por ejemplo, en Orozco López, “Exclusión social, criminalidad y reacción estatal”, cit., pp. 189 y ss.; pp. 197 y ss.