

LINEAMIENTOS GENERALES DEL DERECHO PENAL CONFIGURADO DESDE LA PERSONA REAL.

Por: José Fernando Botero Bernal¹

§1. Anotaciones Previas: recapitulación e introducción.

I. En procura de la correcta concepción del Derecho Penal.

1. Un recuento sobre el derecho penal comporta partir de una constante en la sociedad: la persona real –concreta-, dada su alteridad, entra en dialogo² con otros. Esos diálogos pueden genera, algunas veces, conflictos sociales³, lo cual es de común ocurrencia en Estados real o supuestamente de conformación pluralista (con declaración normativa manifiesta como el artículo⁴ 1 de la Constitución Política⁵, art. 1 de la Constitución Federal de Brasil⁶, o declaración latente). Para abordar esos conflictos, en procura real o no de su solución, se han planteado, por parte del Estado⁷, modelos de *coerción jurídica*, entre lo cuales cabe destacar: *el reparador* o restitutivo y *el punitivo*.

Cuando se alude a la personal real se entiende a esa persona que, como totalidad, se caracteriza por: **(a)** *su individualidad*, que se rige por una intencionalidad que orienta su proyecto de vida. **(b)** *su alteridad*, que alude a su

¹ Elaborado por **JOSÉ FERNANDO BOTERO BERNAL** Abogado-Docente-Investigador de la Universidad de Medellín, UOC Derecho Penal, Coordinador de la línea de Investigación en Derecho penal de la Universidad de Medellín. Miembro del Instituto de Altos Estudios Criminológicos y Penales –INACRIP-. Miembro del consejo científico y consultor del Instituto Panamericano de Política Criminal –IPAN-. Litigante en el área del Derecho Penal. Asesor Jurídico del Tribunal de Ética Médica de Antioquia. Miembro del Centro Colombiano de Bioética “CECOLBE”. La dirección del correo electrónico del autor es: jfbotero@udem.edu.co o fernandoboterobernal@yahoo.com

² Aquí se comprende por dialogo –comunicación- la expresión de la individualidad en alteridad, es decir, como manifestación voluntaria de intencionalidades que brindan dirección y sentido al actuar de la persona real –concreta- que buscan configurar la comprensión del mundo e incluso de ella. Esta manifestación voluntaria de una dirección y un sentido, desde la margen latinoamericana, se halla condicionada por circunstancias sociales, económicas e incluso individuales.

³ **ZAFFARONI, Eugenio Raúl/PIERANGELI, José Enrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 5ª. edição; São Paulo: revista dos tribunais, 2004, p. 60 infra ss. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*., México D.F.: Cárdenas Editor y Distribuidor, 1986, p. 22. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **ALAGIA, Alejandro** y **SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal. Parte General***. Buenos Aires: Ediar/Temis, 2005, p. 277. Así también, desde una postura legitimante del derecho penal, **MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal***. Barcelona: Bosch, 1975, p. 11. Se debe acotar que se parte, en el presente escrito, de un modelo de sociedad conflictiva: un grupo de personas que coexisten en libertad de acción e interactúan estableciendo así *relaciones de conflicto y de cooperación*.**

⁴ En adelante se utilizará la abreviatura art. o arts. para denotar la locución artículo o artículos.

⁵ La abreviatura CPol. denotará a lo largo del presente escrito Constitución Política.

⁶ En adelante se utilizarán las locuciones CFB para significar la Constitución de la Republica Federal de Brasil y CPB para denotar al código penal de Brasil.

⁷ Por ejemplo **AMBOS, Kai. *Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional***. En **AMBOS, Kai. *Estudios de Derecho Penal Internacional***. Bogotá: Leyer, 2005, p. 74.

apertura al mundo para encontrarse con otros "yo", "*llegar a ser con otros en el mundo*"⁸, para darse una coexistencia –convivir-, orientada por su individualidad –intencionalidad-. **(c) su comunicación**, que hace referencia a la expresión de la individualidad en la alteridad, es decir, en la relación con otros –coexistencia- y **(d) su libertad**, la persona real es un Ser autónomo que puede "*dar norma y dirección a su vida*"⁹, obviamente libertad que no puede comprenderse alejada de los condicionamientos culturales, sociales y económicos concretos de la persona real, así entonces, la persona real tiene una libertad circunstanciada en concreto, es decir, expresada en un determinado contexto histórico social.

En resumen, la persona real –concreta-, como expresión totalizadora de unas características esenciales y dotadas de una dimensión axiológica/política, es la que se halla en capacidad de configurar lo que le rodea en función de un fin que sería ella -la persona real-. En ese sentido, todo saber y su sistema de comprensión activo (método) presuponen la existencia de una persona real que los construyen para bien suyo.

Por lo anterior, se hace fácil colegir la necesidad de fundamentar cualquier saber, muchos más el jurídico, de manera personalista, es decir, en *un reconocimiento del ser hombre*¹⁰ en cuanto hombre real y circunstancialmente condicionado.

Dado ese fundamento personalista y la finalidad del mismo –el bien de la persona real- es por lo que, siempre habrá de excluir, en la configuración sea de la política criminal sea del derecho penal, todo aquello que atente contra ella. Por ello, la persona real –si se quiere concreta- será siempre, ya en materia penal, el primer y último límite de lo irracional del poder punitivo.

El modelo punitivo, que de suyo es violento¹¹, se ejerce por medio del sistema penal. Así entonces, éste viene a ser un modelo –programa- punitivo configurado por el Estado¹² –ejercicio real del poder punitivo-. Sistema –modelo- que comprende la creación –criminalización primaria-, aplicación –criminalización secundaria- y ejecución de la ley penal –criminalización terciaria-¹³.

En orden a brindar una mayor claridad se debe indicar que cuando se hace referencia a la *criminalización primaria* se entiende la creación de leyes punitivas, que se suelen denominar penales –formal y materialmente punitivas- o que sin serlo tienen un contenido punitivo (penal) –materialmente punitivas-, cuya función es la criminalización de un grupo de personas, encubierta por la criminalización de conductas, así mismo por *criminalización secundaria* se comprende la función punitiva que recae sobre unas personas determinadas y por criminalización terciaria se alude a la función punitiva que se ejerce, desde la ejecución de la pena, sobre unas personas concretas.

La funcionalidad –utilidad- del sistema punitivo reside en que a él se le presenta, a si lo quiere él y en ello colaboran los medios de comunicación, como un supuesto control del delito cuya operatividad exige de las personas –sociedad- que cedan, en términos del contractualismo, parte de su intimidad –libertad-, pero resulta que lo que genera esa cesión de la libertad no es otra cosa que la expresión del ejercicio poder punitivo (creación del poder punitivo), es decir, el delito no

⁸ LUCAS, Juan de Sahagun. *Las dimensiones del hombre. Antropología filosófica*. Salamanca: Sígueme, 1996, p. 174 supra.

⁹ Ibídem, p. 174 supra.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*. Op.cit., p. 315 infra y 316 supra.

¹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y control social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 14. Dicho texto tiene una segunda edición: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y control social*. 2ª edición, Bogotá: Temis, monografías jurídicas número 98, 1999, p. 4. Realmente lo violento no es tanto el derecho penal como el poder punitivo. Ahora, una asimilación entre poder punitivo y derecho penal debe conducir a la aseveración que éste es violento.

¹² Así BUSTO RAMÍREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal, Volumen I*. Madrid: Trotta, 1997, p. 29. BUSTO RAMÍREZ, Juan J/HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo sistema de Derecho Penal*. Madrid: Trotta, 2004, p. 25. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Op.cit., p. 5 a 7. Tales modelos son configurados por personas reales en ejercicio del poder –el poder y con él el punitivo no se tiene se ejerce-. Entre esos modelos, el punitivo, por ser un hecho irracional, de un lado, carece de autolimitantes reales, concretos y de otro lado, no admite limitantes externos el poder punitivo es un poder fáctico. Por lo tanto la tarea frente a él es contenerlo y reducirlo y en la medida en que se avance en esa contención y reducción los principios limitantes –el de acto, el de lesividad- se irán desarrollando en plenitud.

¹³ Por todos para América latina, SANDOVAL HUERTAS, Emiro. *Sistema penal y criminología crítica*. Bogotá: Temis, 1989, p. 5 infra a 6 supra.

tiene existencia "ontológica" es un simple creación, *los actos no son llegan a ser*¹⁴. Ahora como el poder punitivo, es un dato fáctico es imposible discursivamente abolirlo pero sí se le puede contener y lo que es mas importante reducir, en lo que a su ejercicio respecta.

Dicho sistema, de cara a la realidad que vive América Latina, es ilegítimo en tanto que *"reproduce la violencia, es ilegítimo porque actúa selectivamente, que funciona dejando en la impunidad la mayoría de los comportamientos que le son encargados o aquellos que pese a su gravedad no forman parte del sistema; en fin, que administra – petrifica en el tiempo- los ilegalismos, pero no los combate"*¹⁵.

2. Al interior de ese sistema penal –modelo punitivo- se halla lo que suele ser denominado como derecho penal, que en no pocas veces, se le confunde con aquel, es decir, se habla indistintamente de sistema penal –punitivo- y derecho penal, es común escuchar: derecho penal es la calificación de delictivas que el Estado da, por medio de un determinado procedimiento constitucional y legalmente establecido, a unas determinadas conductas, derecho penal es la retención y detención de una persona, derecho penal es su reclusión en un establecimiento carcelario, derecho penal es la actividad, lícita o no, de los funcionarios de la agencia judicial, de la agencia ejecutiva en lo que hace al sistema carcelario, también se alude a derecho penal como la legislación penal, o se utiliza igual locución para designar la labor, legitimante o no, de estudio, sistematización y crítica de esa legislación penal.

De lo señalado en precedencia, se evidencia el carácter equivoco de la locución derecho penal, lo cual permite la confusión entre poder punitivo y derecho penal¹⁶ imposibilitándose, así, que éste último pueda llevar a cabo su función política: contener y reducir el ejercicio del poder punitivo¹⁷ o, lo que es lo mismo, diferenciándose entre derecho penal y poder punitivo hace posible que aquel asuma su verdadera funcionalidad política, para asegurar un Estado de Constitucional de Derecho, e incluso se pueda, cuando se imponga tal diferencia, abogar por la legitimidad de lo que sí es derecho penal.

Dicho carácter equivoco de la locución derecho penal hace que ella adopte varias acepciones, las cuales hacen, se reitera, encubrir mediante etiquetas la asimilación entre derecho penal y poder punitivo. Pero dada la existencia de esas acepciones es

¹⁴ Siguiendo a Louk Hulsman: CHRISTIE, Nils. *Derecho Penal y la sociedad civil. Peligros de la sobrecriminalización*. En BARRETO ARDILA, Hernando *et al. Memorias. XX Jornadas internacionales de Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 46.

¹⁵ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio. *Política Criminal, Justicia Penal y Constitución Política de 1991. La violación de los principios rectores y de los derechos fundamentales*. Bogotá: Temis, 1999, p. 2. El Comentario entre líneas no propio del texto original. Así mismo, de manera más general, BARATTA, Alessandro. *Derechos Humanos: Entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos*. En BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*. Buenos Aires: B de f, 2004, p. 340 infra a 348. artículo éste que se halla publicado en *Nuevo Foro Penal*: BARATTA, Alessandro. *Derechos Humanos: Entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos*. En *Nuevo Foro Penal* número 46 (octubre a diciembre 1989); p. 447 a 452.

¹⁶ Quien escribe considera como nociones diferentes el poder punitivo y el derecho penal, sobre el particular, entre otros, RESTA, Elegio. *La desmesura de los sistemas penales*. En BUSTOS RAMIREZ, Juan (director) *et al. Prevención y teoría de la pena*. Santiago de Chile: ConoSur, 1995, p. 137 a 149. así como ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*. 2ª. edición. Bogotá: Temis, 1990, p.3ss.

¹⁷ Lo que realmente se contiene –limita- y reduce no es tanto ese dato fáctico llamado poder punitivo como su ejercicio irracional, que se pretende mostrar, al asimilarlo con el derecho penal, como racional, necesario y autolimitado.

menester aludir a las mismas en orden a dejar en claro qué no es y qué es derecho penal –programación racional del poder de los juristas-.

Así entonces, se suele aludir a las siguientes formas o acepciones¹⁸ de la palabra derecho penal: (a) *derecho penal en sentido subjetivo* para denotar la capacidad –potestad- que tienen el Estado para seleccionar conductas y calificarlas como delictivas, capacidad ésta que supone, por parte de legislador ordinario –agencia legislativa- o extraordinario –agencia ejecutiva-, un ejercicio real del poder punitivo, sin que ello agote ese ejercicio. (b) *derecho penal en sentido objetivo*, con el fin de designar a la legislación penal, por ello él en última instancia es un *acto del poder político*¹⁹ y (c) *derecho penal como saber*, sentido éste que algunos²⁰ identifican con la dogmática penal, es decir, con un determinado método interpretativo de la ley penal –dogmática jurídica-. La dogmática jurídicopenal, como el verdadero poder con el que cuentan los juristas debe ser orientado a la elaboración de una programación racional con una clara funcionalidad política, que debe surgir de la dimensión axiológica/política de quien y para quien configura es programa racional.

3. De cara a esas múltiples significaciones del derecho penal, en el presente escrito se habrá, de un lado, diferenciar muy claramente al derecho penal del poder punitivo en tanto que éste es un dato de hecho político, de suyo irracional, y aquel un saber limitador del ejercicio de ese poder político y de otro lado, se comprenderá al derecho penal como un saber, cuya funcionalidad política es la de *limitar y reducir* el ejercicio del poder punitivo mediante la propuesta de un *sistema orientador de decisiones judiciales*²¹.

En fin, desde la postura asumida en el presente escrito se debe rechazar cualquier asimilación entre poder punitivo y derecho penal por ello, aunque es reiterativo, el verdadero derecho penal, cuya funcionalidad es la reducir y limitar el ejercicio del poder punitivo, no admite aludir a un supuesto “derecho penal” en: (a) sentido subjetivo,

¹⁸ Se utiliza la palabra derecho penal siguiendo a la doctrina mayoritaria, pero debe dejarse en claro que ella colabora a que el derecho penal se confunda con el poder punitivo y así se termine, debido a esa indebida utilización, por legitimar ese poder siempre irracional y violento. Por ejemplo, en el presente tema, ver, entre otros: **BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al Derecho Penal***. Bogotá: Temis, 1986, p. 3ss –hay una tercera edición, 2005, p. 7ss-. **BUSTOS RAMÍREZ, Juan J./HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo sistema de Derecho Penal. Op.cit.***, 2004, p.22-40, en lo que hace al “derecho penal en sentido subjetivo”. **BUSTO RAMÍREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal, Volumen I. Op.cit.***, p. 35-89. **SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. *Conocimiento científico y fundamentos del derecho penal***. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2005, p. 41ss. **MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método***. Barcelona: Bosch, 1975, p. 17ss. **CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal: Concepto y principios constitucionales***. 3ª. Edición. Valencia: tirant lo blanch, 1999, p. 30 ss. **VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho Penal***. 2ª. edición. Bogotá: Temis, 2004, p. 22-88. **FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal Fundamental. Vol. I. 2ª. Edición***. Bogotá: Temis, 1986, p. 13-15. – hay una tercera edición por Gustavo Ibáñez, 2004, p. 42 a 68-.

¹⁹ **ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General***. 1ª. edición, Buenos Aires: Ediar, 2000, p. 3. §1. numeral 2.

²⁰ **SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximaciones al Derecho Penal Contemporáneo***. Barcelona: José María Bosch, 1992, p. 45. entre otros. No tan radical parece ser la postura de **MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal. Op.cit.***, p. 118 supra. Desde otra sistemática jurídicopenal **ANTOLISEI, Francesco. *Manual de Derecho penal. Parte General***. Traducción directa del italiano por Juan del Rosal y Ángel Torio. Buenos Aires: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana UTEHA, 1960, p. 13.

²¹ Se sigue así a: **ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal. Parte General. Op.cit.***, p. 24 §6 numeral 3 infra. **ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General. Op.cit.***, p. 4. §1. numeral 5 infra.

puesto que tal sentido comporta una clara asimilación con el ejercicio del poder punitivo, sin que ese sentido agote dicho ejercicio. (b) sentido objetivo en la medida en que ello puede conducir a asimilarlo con el producto del poder punitivo ley penal (acto político) y por último, (c) tampoco se admite que se le pueda considerar como un elemento estructural *más* del sistema punitivo –poder punitivo-.

4. Por lo tanto, aquí se habrá de entender al derecho penal, ya no como poder punitivo ni ejercicio de éste, sino como limitante y reductor del ya mencionado poder y más exactamente de su ejercicio, es decir, como aquella región del “*saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado (sic) constitucional del derecho*”²² o, con otras palabras, es un programa –sistema- racional de comprensión activa de la legislación penal que se dirige a la contención y reducción del ejercicio del poder punitivo en bien de la persona real, bien que se expresa en un verdadero y no simbólico Estado Constitucional de derecho²³.

Debe quedar muy claro que por comprensión no se entiende una simple postura pasiva del interprete penal, sino que ella, la comprensión, exige un papel activo en la construcción de ese sistema racional para excluir de él todos aquellos datos irracionales que puedan estar en la ley en orden a buscar legitimar el poder punitivo o, dicho de otra manera, la dogmática penal “*puede convertirse en algo sumamente peligroso si el penalista está dispuesto a interpretar, por así decirlo, todo lo que le echen*”²⁴.

5. Ese programa racional (teoría del delito, sistemática del delito o sistema de comprensión activo de la ley penal) se caracteriza por: (a) ser una configuración desde la persona real –concreta- como destinataria de ese acto político llamado ley penal;

Configurar, desde la persona real, la comprensión de ella y del mundo no puede significar el olvidar la sociedad, dado que esa persona real es real en tanto que expresa su alteridad –apertura racional al mundo, a otros “yos”-. Dicho de otra manera, la sociedad no es más que la alteridad de la persona real –es “*El Ser-que-está siendo*”²⁵-y en ese sentido al configurar la comprensión del mundo y la persona real desde ésta es tener en cuenta la sociedad.

Por consiguiente un saber –en donde se halla el penal- construido en dimensión del yo –del hombre- es un saber que no excluye el tu –sociedad: pluralidad de individualidades (“yos”)-, antes bien, lo incluye de manera indefectible.

Entonces, si el Derecho, en tanto que saber, se configura en dimensión al hombre -yo- también se estará construyendo en dimensión del tu –sociedad-, es decir, la configuración del Derecho como saber en dimensión al hombre es la configuración del Derecho en dimensión del tu.

Por lo tanto, ese dilema persona versus sociedad, es una falacia en tanto que la persona real es alteridad y en ese sentido ella y la sociedad -individualidades necesitadas del otro- se requieren mutuamente.

La sociedad, en tanto que individualidades necesitadas del otro, es la persona real por lo que configurar un saber en dimensión de la persona real es hacerlo en dimensión de la sociedad, incluso aquella configuración –en dimensión de la persona real- hace suya la configuración en dimensión de la sociedad.

²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Op.cit., p. 24 §6 numeral 3 infra. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Op.cit., p. 4. §1. numeral 5 infra.

²³ Ver, entre otros, sobre el Estado Constitucional de derecho a PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997, p. 41-63 en especial.

²⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?*. Bogotá: Temis, monografías jurídicas número 29, 1983, p. 31.

²⁵ HEIDEGGER, Martín. *¿Qué es la filosofía?*. Prologo, traducción y notas aclaratorias de Jesús Adrián Escudero. Barcelona: Herder, 2004, p. 67.

Así las cosas no es la sociedad la que configura tanto a la persona real como a todo lo que la integra y regula –Derecho-, es la persona real la que condiciona a la sociedad y al Derecho, norma y saber, y construye su forma de comprensión.

(b) hallarse fundado sobre una política criminal de los Derechos Humanos²⁶; (c) tener una clara funcionalidad política: la contención y reducción del ejercicio del poder punitivo²⁷;

En ese orden se había ya indicado: “*para que el derecho penal de la Constitución no tenga la misma suerte del derecho penal liberal, permaneciendo en gran parte en la mente de sus ideólogos, es necesario que reencuentre una dimensión política fuerte y auténtica. Esto será posible si se incorpora una política integral de protección de los derechos fundamentales*”²⁸;

(d) presentarse como un sistema de comprensión práctico²⁹ y practicable dirigido, en especial, a la judicatura, quienes son los que ejercen el *poder jurídico*, en tanto que le brinda una serie de reglas o presupuestos normativos *más concretos y cercanos al caso específico que juzga*³⁰, deducidos de la ley penal, para en él concretizar la funcionalidad política del sistema, por ello el derecho penal es un saber normativo.

El derecho penal es un saber normativo no porque se halla compuesto por normas penales, puesto que ello comporta aceptar la existencia de un derecho penal en sentido objetivo y ello, como ya se anotó, en el fondo busca la relegitimación del poder punitivo por esa vía, igualmente tampoco es normativo porque está compuesto exclusivamente de conceptos construidos desde el mundo del deber ser sin tener que consultar el mundo del ser, al estilo del funcionalismo sistémico radical o sociológico³¹, tal forma de pensar es creer que la idea construye la realidad, sino porque su objeto son las normas jurídico penales.

Y (e) tener como fin el bien de la persona real que se expresa en un Estado Constitucional de Derecho por cuanto en éste modelo de Estado de Derecho “*la centralidad de las personas y la garantía de sus derechos sean no sólo valores externos*”

²⁶ Un tratamiento mucho más amplio del tema en: **BOTERO BERNAL, José Fernando. *Lineamientos generales de una política criminal de los derechos humanos. Desde una postura personalista realista.*** En *Opinión Jurídica* Vol. 4, No. 7 (Enero-junio, 2005); p. 65 a 85. También –una versión más amplia- en **BOTERO BERNAL, José Fernando. *Lineamientos Generales de una política criminal de los Derechos Humanos. Desde una postura realista antropológica.*** En *Intercambios* –revista electrónica Argentina- año 4, No. 10 (septiembre de 2005) del Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de la Plata: www.jursoc.unlp.edu.ar/intercambios. Igual texto En *Diritto & Diritti* -Electronic Law Review-, (2004): <http://www.diritto.it/articoli/transnazionale/index.html>.

²⁷ Se afirma que “El saber penal no es un *art pour l’art* sino un programa político” (**ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Culpabilidad por vulnerabilidad.*** En *Anthropos. Huellas del conocimiento* (204, 2004), p. 136.). El saber penal debe hallar su funcionalidad política en la reducción y contención del poder punitivo y así el derecho penal se habrá de convertir en mucho más que simple violencia legalizada.

²⁸ **BARATTA, Alessandro. *Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social.*** En **BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam.*** *Op.cit.*, p. 190.

²⁹ Una teoría –saber- alejado de la práctica es simple academicismo y una práctica alejada de la teoría cae en un burdo casuismo.

³⁰ **BACIGALUPO, Enrique. *Delito y Punibilidad.*** Madrid: Civitas, 1983, p. 17 infra.

³¹ **JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación.*** 2ª. edición, Traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. IX. También, por todos quienes comenta su obra, ver **PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Un nuevo sistema del Derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günter Jakobs.*** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 18.

*o condicionantes axiológicos, sino también vínculos estructurales de toda la ulterior dinámica política que implica el Estado democrático*³².

6. Dadas esas características del sistema de comprensión activo de la ley penal, es lo que conlleva a encontrar, por un lado, en el realismo personalista el fundamento filosófico del derecho penal y por otro, en la libertad de acción en coexistencia (art 2 CPol., art. 3 y 5 CFB, entre otros.) el fundamento político de éste. Sin olvidar, en la configuración de ese sistema, que *“la idea del hombre remite a la realidad del derecho y por otra parte, la idea del derecho remite a la realidad concreta de las personas*³³.

7. Ese sistema que se obtiene gracias al método dogmático, no puede ser caprichoso, es decir, configurarse según la opinión de cada doctrinante. Por el contrario la organización –sistemática- lógica y coherente, de los presupuestos normativos del delito que brinda el método dogmático deben respetar una serie de postulados: unos lógicos y otros estéticos, tales postulados son: (a) *Completividad lógica, o sea, no ser interiormente contradictoria*.³⁴ Con ello se quiere indicar, que al interior de la normatividad –penal- una misma circunstancia no puede ser a la misma vez de mayor y de menor punibilidad –aplicación del principio de identidad-, e incluso no debe acontecer la existencia de disposiciones penales que se contradigan entre ellas por ejemplo el caso de la manipulación genética y el principio rector de lesividad. (b) *Compatibilidad legal* –entendiendo ley como el canon constitucional y el derecho internacional-, o sea que *no puede postular decisiones contrarias a la ley*³⁵. (c) *Armonía jurídica* –la ley de la estética jurídica-³⁶, es decir, los elementos que se deduzcan del método dogmático deben brindar una belleza jurídica, una representación externa que agrade a la vista por lo tanto *“una teoría que admite que en un supuesto de hecho falta lo que es necesario en otro, y sale al paso inventando equivalentes eventuales en cada oportunidad, no respeta esta regla*.”³⁷ y (d) *Funcionalidad política*, cada uno de los presupuestos normativos deben estructurarse conforme a su cometido político que no puede ser diferente al del sistema que ellos conforman: la contención y la reducción del ejercicio del poder punitivo.

8. Se debe destacar que tal sistema de comprensión activo de la ley penal, reductor y de contención del ejercicio del poder punitivo, se debe configurar –elaborar- teniendo como centro a la persona real –concreta- condicionada social y culturalmente, e igualmente, por cuanto *“Qué clase de derecho penal hacemos no es cosa que dependa del derecho penal mismo sino de la política criminal en que se inspira o en que nos*

³² PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Op.cit., p. 64, §23

³³ BARATTA, Alessandro. *Derechos Humanos: Entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos*. En BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*. Op.cit., p. 336. BARATTA, Alessandro. *Derechos Humanos: Entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos*. En Nuevo Foro Penal, Op.cit., p. 444.

³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª. Edición. Op.cit, p. 79 infra, §8, I., número 2.

³⁵ Ibidem, p. 80, §8, I., número 2.

³⁶ Ibidem, p. 80, §8, I., número 2 infra.

³⁷ Ibidem, p. 80, §8, I., número 2 infra.

apoyamos.³⁸, ese sistema se funda sobre una política criminal de los Derechos Humanos.

Política criminal ésta que se sustenta en la personal real y en el respeto al ontos del fenómeno que se pondera y cuya funcionalidad reside en asumir una postura agnóstica del poder punitivo y en ese sentido de limitación del mismo. En atención a esa postura agnóstica esta política criminal se diferencia de las políticas criminales críticas – liberales- y por ello la limitación que de ella se derive al poder punitivo no podrá ser asumida por éste para su (re)legitimación.

El poder punitivo, por virtud de esa constante tensión entre políticas criminales de corte totalitarista y de corte liberal y por ende entre discursos penales totalitarios y liberales (críticos o garantistas), siempre se ha venido relegitimado. Es así como las políticas criminales totalitarias configurar, construyen, un falso derecho penal orientado a proteger, sin limite alguno, los intereses -intencionalidad- de quienes ejercen ese poder represivo e irracional, frente a estas políticas criminales y el falso derecho penal por ellas construido surgen las políticas criminales críticas o liberales que orientadas, de buena fe, por una intención de limitar ese derecho penal proponen otro modelo punitivo supuestamente lleno de limites, mediante discursos liberales limitadores del poder punitivo. Pero, dado que las políticas criminales críticas no asumen una postura agnóstica frente al poder punitivo, éste asume esos limites para relegitimarse mediante ese, también falso, derecho penal, que lleno de limitantes provenientes de las políticas criminales críticas o liberales

Ese círculo vicioso se viene viviendo desde hace aproximadamente quinientos ochenta y dos años (582), ello es de cuando apareció una de las primeras obras legitimadoras del poder punitivo: *Malleus Maleficarum* –Martillo de las brujas- (1484)³⁹, donde se exponía discursivamente todo el modelo inquisitorio para combatir a satanas –delito- y sus colaboradores en la tierra –delinquentes- y cuyos autores fueron dos dominicos: **Heinrich Kramer** y **James Sprenger**. Contra este discurso legitimante del poder punitivo surgió uno de carácter crítico o liberal en la obra *Cautio Criminalis* – Prudencia criminal- (1631) escrito por el jesuita **Friedrich Spee von Langenfeld** (1591-1635), el cual iba dirigido a criticar el modo de funcionamiento de la inquisición –funcionamiento del poder punitivo- en su tiempo⁴⁰. Desde ese momento hasta el actual se ha venido repitiendo esos modelos el autoritario y el crítico y de cada uno de ellos se ha valido el poder punitivo para (re)legitimarse.

Un claro ejemplo entre otros, de una relegitimación, claro está de buena fe, desde un discurso penal crítico (liberal o si se quiere garantista) lo brinda las siguientes palabras: " *Ya destacamos que el Derecho penal liberal sabía defender los derechos individuales. Ahora sólo nos resta decir que mientras la norma de cultura de la mayor parte de los pueblos descansa en el individualismo demo-liberal, el Derecho punitivo, puesto que es meramente sancionador, deberá resguardar esos principios. Por eso ha de mantenerse el Derecho penal liberal y hasta definirse y pensarse todo ataque a los sistemas liberales y democráticos.*"⁴¹. Se reitera, esa permanente tensión entre los modelos penales autoritarios y críticos –liberales o garantistas- ha sido utilizada por el poder punitivo para su continua (re)legitimación. De ahí, que la que la historia del modelo punitivo, que no derecho penal, ha vivido en permanente tensión y en última instancia de discursos (re)legitimantes que con el tiempo vienen sido más sofisticados, por ejemplo las propuestas funcionalistas sistémicas en Alemania⁴² o desde una orientación pragmática conocida en su momento como tópica penal⁴³, o desde un

³⁸ FERNÁNDEZ CARASQUILLA, Juan. *¿Es todavía posible una dogmática penal en América latina?*. En *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, Vol. XIV, No. 47-48 (mayo/diciembre 1992); p. 55.

³⁹ El texto puede ser consultado en www.herenciacristiana.com/malleus.html

⁴⁰ Una muy amplia exposición del tema se puede consultar en ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Rosario/Ediar, 2004, p. 25-45.

⁴¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La ley y el Delito. Principios de Derecho Penal*. 2ª. edición, Buenos Aires/ciudad de México: Hermes, 1954, p. 79.

⁴² Entre otras obras -faltado muchas-, ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. traducción de la 2ª. edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente, Barcelona: Civitas, 1997. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª. edición, Traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1995. JAKOBS, GÜNTHER. *Sociedad, norma, persona en una teoría de un derecho penal funcional*. traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 1996. (igual texto publicado por la Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, 1996.). JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal*. Traducción al castellano y estudio preliminar Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez y Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas/UAM, 1997. Desde Italia defendiendo el funcionalismo roxiniano MOCCIA, Sergio. *Funciones sistemáticas de la política criminal. Principios*

funcionalismo individualista (i?), en sentir de **Muñoz Conde y Díaz Pita**⁴⁴, que pregona un derecho básico y la creación de un derecho de intervención (**Hassemer**)⁴⁵, o desde una tercera velocidad que debe caracterizar el derecho penal (**Donini**, partiendo de la postura de las dos velocidades en que se ha movido el derecho penal -**Silva Sánchez**-)⁴⁶ o desde la necesidad de una perenne codificación (**Mantovani**)⁴⁷ en Italia, o desde la expansión del derecho penal (**Silva Sánchez**) o la racionalidad de las leyes penales (**Díez Ripollés**)⁴⁸ en España.

Frente a ese círculo vicioso entre *la estructura del discurso penal autoritario* (**Zaffaroni**) y el discurso crítico o liberal, de suyo garantista, cuya funcionalidad, para el poder punitivo, reside, se reitera, en (re)legitimar éste poder, cabe asumir o bien (a) una postura abolicionista o (b) una postura agnóstica frente al poder punitivo (pena), aquella, la postura abolicionista (a), olvida, en su propuesta romántica de abolir el derecho penal⁴⁹, que éste como poder es un hecho político por lo que no es posible discursivamente excluirlo, en ese sentido si bien la presente propuesta no relegitima el poder punitivo si le otorga una mayor movilidad al excluir cualquier dique que limite y reduzca dicho poder –no se puede olvidar que dar la espalda a algo no significa que ese algo desaparezca, antes bien, tendrá más espacio y por lo tanto una mayor movilidad-, así entonces, queda la postura agnóstica del poder punitivo⁵⁰ (b) y su ejercicio. Cuya construcción

normativos para un sistema penal orientado teleológicamente. En **SILVA SÁNCHEZ, Jesús María et al. Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal.** Barcelona: Bosch, 1995, p. 73-98. **REYES ALVARADO, Yesid. Imputación objetiva.** Bogotá: Temis, 1994.

⁴³ Entre otros, **WESSELS, Johannes. Derecho Penal. Parte General.** Buenos Aires: Depalma, 1980, **STRATENWERTH, Günther. Derecho Penal. Parte General, I. El Hecho Punible.** Traducción de la 2ª edición alemana (1976) de GLADIS ROMERO, Madrid: Derecho Reunidas –EDERSA- Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1982.

⁴⁴ En el prólogo al texto *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal* de **Winfried Hassemer** vid. **ASSEMER, Winfried. Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal.** Santafé de Bogotá: Temis, 1999, prólogo p. VII.

⁴⁵ **HASSEMER, Winfried. Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal.** *Op.cit.*, p. 32 a 35. **HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a la criminología y al Derecho penal.** Valencia: Tirant lo blanch derecho, 1989. **HASSEMER, Winfried. Fundamentos del Derecho Penal.** Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

⁴⁶ **DONINI, Massimo. ¿Una nueva edad media penal?. Lo viejo y lo nuevo en la expansión del derecho penal económico.** *En* **Nuevo Foro Penal**, tercera época, año I, No. 65 (mayo/agosto 2003); p. 92 – 119, en especial p. 100 – 119.

⁴⁷ **MANTOVANI, Ferrando. Sobre la perenne necesidad de la codificación,** trad. Jesús Martínez Ruiz *En* **Revista electrónica de ciencia penal y criminología –RECPC–**, número 01, (1999); p. 1. El texto completo puede ser consultado en la siguiente dirección en Internet: www.criminet.ugr.es/recpc, más exactamente: www.criminet.ugr.es/recpc/01-01.html.

⁴⁸ **DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La racionalidad de las leyes penales.** Madrid, Trotta, 2003.

⁴⁹ Puede verse una recopilación de las posturas abolicionistas en **SCHEERER, Sebastián et al. Abolicionismo penal.** Traducción del inglés por Mariano Alberto Ciafardini y Mirta Lilian Bondanza, Buenos Aires: Ediar, 1989 y **HULSMAN, Iouck y BERNAT DE CELIS, Jacqueline. Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa.** Barcelona: Ariel Derecho, 1984. Entre otros textos.

⁵⁰ Uno de sus orígenes, aunque no necesariamente referidos de manera exclusiva a la región jurídicopenal, **FOCOAULT, Michael. Vigilar y castigar.** 18ª edición. Madrid: Siglo XXI, 1990. **FOCOAULT, Michael. La verdad y las formas jurídicas.** Traducción Enrique Lynch. Barcelona, 2000. Desde ésta región la teoría minimalista de **Alessandro Barrata** ver **BARRATA Alessandro, Criminología crítica y crítica al derecho penal.** Madrid: Siglo XXI, 1986, en especial p. 209-222. igualmente **BARATTA, Alessandro. Principios del Derecho penal mínimo. Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal.** *En* **BARATTA, Alessandro. Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam.** *Op.cit.*, p. 299-333. Si bien es de gran valor la obra de **Luigi Ferrajoli** y su teoría garantista, al omitir diferenciar derecho penal y poder punitivo, finaliza por relegitimar un poder punitivo supuestamente limitado (derecho penal mínimo –poder punitivo- como protector del más débil). Sobre el autor en mención ver, entre otros textos, **FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.** Traductores Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mahino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Madrid: Trotta, 1995. igualmente **FERRAJOLI, Luigi. Derecho Penal Mínimo.** *En* **BUSTOS RAMÍREZ, Juan (director) et al. Prevención y la Teoría de la Pena.** Santiago: ConoSur, 1995, p. 25 a 48. También debe incluirse la obra, desde 1989, de **Eugenio Raúl Zaffaroni** en la cual, acudiendo a la funcionalidad política del derecho penal y partiendo de una clara diferencia entre poder punitivo y derecho penal amén de acudir a las estructuras lógico reales de **Hans Welzel**, propende, desde el derecho penal en tanto que saber, por la limitación y reducción del poder punitivo: ver entre otras, **ZAFFARONI, Eugenio Raúl. En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal.** *Op.cit.*

debe partir destacando la esencia axiológica y política del sujeto –persona real-, para luego éste, sobre un presupuesto filosófico realista en donde la idea no crea la realidad sino ésta aquella, proceder a plantear una política criminal de los derechos humanos, en donde se muestre la irracionalidad del poder punitivo, que permita configurar un derecho penal con un valor de verdad (**Fernández Carrasquilla**) que partiendo de su diferencia con el poder punitivo, asuma una función política, tanto latente –real- como manifiesta –declarada-, consistente en limitar y reducir el ejercicio del ya tantas veces mencionado poder punitivo más que a éste en cuanto poder, para propender por un Estado Constitucional del Derecho en donde aquella persona real es su sentido y razón.

Dado que se parte de diferenciar el poder punitivo del derecho penal, éste debe “no creer” en aquel, ni, obviamente, en lo que el ejerce: pena. Ello supone entonces asumir una postura negativa de la pena y desde tal posición ir construyendo ese sistema racional que haga operacional la tarea política del derecho penal (contener y reducir el ejercicio del poder punitivo). Por ello la denominación de postura agnóstica, que surge, se reitera, en atención a que la persona real, configuradora de ese sistema racional –derecho penal con un valor de verdad por su contenido-, hace destacar sus dimensiones axiológicas y políticas. Sólo así, se podrá imposibilitar que el poder punitivo se relegitime.

9. De manera concreta, por razones conocidas, no puede pasar desapercibido que el derecho penal, se repite, comprendido como un programa –sistema- racional de comprensión activa de la legislación penal cuya funcionalidad política reside en la contención y reducción del ejercicio del poder punitivo en bien de la persona real, bien éste que se expresa en un verdadero tendrá como objeto central la pena: su habilitación o no, es decir, el objeto –ente- del cual se ocupa es la pena por ello debe partirse de una concepción de ella.

La forma de concebir la pena, dato político, ha sido utilizada para legitimar y relegitimar al poder punitivo, hecho político que se ejerce. Por ello el derecho penal, en orden a cumplir su función limitante y reductora del ejercicio de ese poder, debe asumir un dato de la pena que conforma a los datos de la realidad no pueda favorecer la relegitimación de tantas veces aludido ejercicio punitivo.

Ese concepto entonces no tendrá una función positiva –(re)legitimadora-, como es la que poseen las teorías de las penas hasta el momento expuesta en la doctrina sino negativa –*deslegitimadora*- y por lo tanto agnóstica del poder punitivo.

10. Tal concepto negativo y agnóstico de la pena implica ver en ella una serie de datos que le configuran: (a) una necesaria restricción a derechos personales e incluso personalísimos, (b) la pena *implica un dolor* no sólo para el autor del delito sino para quienes le rodean, sean o no familiares, (c) desde un punto de vista realista/personalista, la imposición de la pena, como respuesta punitiva cuya responsabilidad reside en el Estado, no comporta que se detengan todas aquellas lesiones de la misma naturaleza que las que originaron la reacción Estatal que ya se hayan o se vayan a desencadenar, (d) así mismo, *la pena nunca habrá de reparar y mucho menos restituir* el daño ocasionado a los protagonistas del conflicto social criminalizado⁵¹.

11. Si los antes mencionados datos son los que componen a la pena, desde una postura realista/personalista, aquella no es otra cosa que una restricción de derechos

Texto éste en el cual deja sentadas las bases para construir todo un sistema racional limitante y reductor del poder punitivo, así como **ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General. Op.cit.***, de la cual hay una segunda edición de 2002, y **ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal. Parte General. Op.cit.***, Obras en las cuales desarrolla ese sistema racional limitador y reductor de ese poder.

⁵¹ De la mano de la propuesta vertida en **ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal. Parte General. Op.cit.***, p. 43 §5, I, numeral 6ss.

personales, que pueden en veces tocar con la persona misma –por ejemplo la muy cuestionable pena de muerte, cuya imposición, de un lado, nunca habrá de detener a aquellas acciones lesivas de la misma naturaleza de la desplegada por el autor y de otro, ni repara ni restituye el daño ocasionado⁵², en última instancia, es el simple ejercicio por el ejercicio del poder punitivo sobre quienes vigila y castiga.

12. Si el ente del cual se ocupa el Derecho penal es comprensible como ya se dejó acotado necesariamente él debe ser configurado de una manera diferente por la persona real, es decir, ya no debe estar orientado a legitimar el poder punitivo sino a su limitación y reducción. En ese sentido el derecho penal se torna en la carta magna del delincuente frente al irracional poder punitivo.

II. Las teorías componen el saber normativo del Derecho Penal.

1. El derecho penal entendido, entonces, como ese programa –sistema- racional de comprensión de la legislación penal, con una clara función política en bien de la persona real, que se expresa en un Estado Constitucional de derecho, debe, en lo que respecta a su parte general, plantear y responder “a tres preguntas fundamentales: 1) ¿qué es el derecho penal?; 2) ¿qué es el delito?; y 3) ¿Cuáles son las consecuencias penales del delito?”⁵³.

2. Cada uno de los anteriores interrogantes y sus respuestas estructuran una teoría o sistema de ideas entorno a un mismo objeto⁵⁴. El primero de ellos conforma *la teoría del saber penal*, en la cual se responderá de qué se ocupa el saber penal y para que lo hace. El segundo estructura *la teoría del delito*, en la que se señalará “en que casos y bajo qué presupuestos se habilita el ejercicio del poder punitivo (la imposición de penas)”⁵⁵ y el tercer cuestionamiento da pie a *la teoría de la coerción penal*, en la cual se tratará la pena y la medida de seguridad ya no como conceptos, como quiera que ellos fueron objeto de la primera pregunta, sino como una posible respuesta, drástica –violenta- ella, que ejercitará el Estado (poder) por la comisión de lo por él denominado delito (injusto culpable –art. 9 CP-), es decir, un conflicto social, pero no por ello deja de ser también individual, criminalizado⁵⁶.

⁵² Ibídem, p. 43 §5, I, numeral 6ss.

⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Op.cit., p. 23 infra a 24 supra. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Op.cit., p.4, §1 numeral 4. Siguiendo los lineamientos de sus obras: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*. Op.cit., p. 41. ZAFFARONI, Eugenio Raúl/PIERANGELI, José Enrique. *Manual de Direito Penal Brsailero. Parte Geral*. 5ª. edição. Op.cit., p. 84.

⁵⁴ KANT, Inmanuel. *Crítica de la Razón Pura. Tomo II*. Traducción de José Rovira Armengoi, Bogotá: Universales, 1987, p. 397.

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Op.cit., p. 23 infra. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Op.cit., p. 4, §1 numeral 4.

⁵⁶ En ese sentido es plenamente valido afirmar que más que una teoría de la coerción penal es una “teoría de la responsabilidad penal (que no es responsabilidad de la persona criminalizada, sino de la agencia jurídica, que es la que

III. La teoría del saber penal.

1. *La teoría del saber pena*⁵⁷, buscando desarrollar su idea central, de qué se ocupa el derecho penal y para que lo hace, desenvolverá lo anotado en el §1 ítems I y II de este escrito, ello es, qué se entiende por derecho penal, las diversas acepciones que se plantean de él, las cuales buscan encubrir la asimilación éste –derecho penal- (poder de los juristas) con el poder punitivo, su funcionalidad política, su método, su fuente, su interpretación, su interdisciplinariedad con otros saberes, los limitantes normativos al poder punitivo como expresión de su funcionalidad política, los ámbitos de validez del acto político ley penal y su desenvolvimiento histórico, el cual se debe subdividir en el desenvolvimiento, por un lado, de la legislación penal y por otro lado, de los fundamentos filosóficos, políticos y jurídicos del saber penal.

2. No está de menos reiterar, sin desbordar el objeto del presente recuento, que por derecho penal se entiende un programa –sistema- racional de comprensión activa de la legislación penal que brinda a los juristas, en especial a la judicatura, para la contención y reducción del ejercicio del poder punitivo en bien de la persona real, el cual se expresa en el desarrollo de verdadero Estado Constitucional de derecho.

Ese sistema racional –programa político- con una clara funcionalidad, se debe fundamentar: (a) filosóficamente en un realismo personalista donde, de un lado, la idea no crea la realidad sino ésta la idea –realismo- y de otro lado, la persona real –concreta, circunstancialmente condicionada o, lo que es lo mismo, la “persona de carne y hueso”- es el sentido y centro, (b) Política y jurídicamente, en la libertad de acción en coexistencia que comporta apelar a una política criminal de los derechos humanos (art. 2 CPol.). Serán de esos fundamentos de los cuales se habrán de decidir una serie de limitantes de carácter normativo del poder punitivo cuya realización, siempre inacabada -*unfinished*- y por lo tanto en permanente movimiento, habrá de reducir el ejercicio del poder punitivo.

3. Como consecuencia de lo acotado en precedencia, el derecho penal es un saber normativo cuya funcionalidad política reside en la limitación y reducción del ejercicio del poder punitivo y tal cometido se realiza por medio de una serie de principios acotantes, cuya razón de ser reside en la dimensión axiológica/política de la persona real, los cuales orientan la configuración del sistema racional de comprensión activa de ese dato político llamado: ley penal.

puede o no responder con pena).”(ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Op.cit., p. 24 supra.)

⁵⁷ Entre otros muchos texto, que aluden de manera central a esta teoría, desde una postura diferente a la que se sostiene en el presente escrito, puede consultarse a: FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal Fundamental. Vol. I*. Op.cit. –hay una tercera edición por Gustavo Ibáñez, 2004-. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al Derecho Penal*. Op.cit., –hay una tercera edición de 2005-. BUSTOS RAMÍREZ, Juan J./HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo sistema de Derecho Penal*. Op.cit., 2004, p. 19-60. BUSTO RAMÍREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal, Volumen I*. Op.cit., 1997. SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. *Conocimiento científico y fundamentos del derecho penal*. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2005. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Op.cit., 1975. Hay una edición reciente del texto (Buenos Aires: B de f, 2001). MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*. Barcelona: Bosch, 1975. Hay una edición reciente del texto (Buenos Aires: B de f.) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho Penal*. 2ª. edición. Bogotá: Temis, 2004, p. 1-162. Desde la postura que se asume en este escrito puede verse a: ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Op.cit., p. 3-279, §1 al § 87. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Op.cit., p. 3-354, §1 al §24. (de éste último texto existe una 2ª edición de 2002).

En Colombia tales principios tienen un carácter positivo razón por la cual son denominados normas rectoras (arts. 1 al 13 del CP), aunque las normas rectoras, antes de ser denominadas así, ya tenían un carácter normativo en la medida en que hacían parte del derecho internacional humanitario –derechos humanos o fundamentales-, así por ejemplo se hallaban en: la declaración universal de Derechos Humanos, Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales –ratificado por la ley 74 de 1968-, Convención americana sobre derechos humanos o pacto de San José de Costa Rica -ratificado por la ley 16 de 1972- y el Protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales o Protocolo de San Salvador -ratificado por la ley 319 de 1996-. Pero si lo anterior fuera poco, ya las normas rectoras estaban vertidas, explícita o implícitamente, en la constitución política (arts. 2, 29 CPol. entre otros).

Para la legislación Brasileira los principios limitantes del poder punitivo: del acto, de taxatividad, de lesividad, de culpabilidad, de proporcionalidad, de razonabilidad, de prohibición de doble imputación –doble incriminación-, debido proceso, juez natural, entre otros tienen un claro raigambre constitucional conforme al art. 5 LXXVII parágrafo 2º., en especial, CFB. En ese sentido se imponen a la legislación interna y deben ser tenidos en cuenta para configurar el derecho penal y, lo que es más importante, limitar y reducir el ejercicio del poder punitivo en las decisiones judiciales.

De lo anterior, se deriva que tales principios normativos rectores, además de ayudar en la configuración de ese sistema racional –derecho penal-, acotador y reductor del ejercicio del poder punitivo, tienen el poder de excluir por su carácter de normas constitucionales (art. 1, inc. 2º. del art. 29 CPol.), sea por la vía de excepción de inconstitucionalidad (art. 4 del CPol.) o por la vía de la acción pública de constitucionalidad (art. 241 numeral 4º. CPol. Art. 102, III literal b CFB), todas aquellas disposiciones penales que pugnen con ellos (art. 93 CPol).

Como principios normativos rectores del derecho penal pueden ser de carácter formal o material en la medida en que miren o bien la exteriorización (forma) del ejercicio del poder punitivo o el contenido de ese ejercicio, pero tanto uno como otro emanan de la forma de Estado que se asuma –Estado Constitucional de Derecho-, pero sobre todo de la persona real.

Los principios normativos limitantes y reductores del ejercicio del poder punitivo **de carácter formal**, que serían aquellos que miran a la exteriorización de la ley penal, en tanto que un claro acto político, son: (a), por excelencia, *el Principio de legalidad formal* que supone una ley penal –supuesto de hecho (tipo penal) y consecuencia jurídica (pena o medida de seguridad)- (a₁) escrita, (a₂) estricta, (a₃) previa y (a₄) cierta. Debe acotarse que el principio en mención no sólo debe mirar al derecho penal material –sustancial- sino al procesal por ello debe aludirse a la legalidad del proceso penal no simplemente desde la óptica procesal sino penal. (b) *Principio de taxatividad o tipicidad*, el cual sería una emanación de la exigencia de una ley penal cierta. (c) *Principio de la extractividad* –retroactividad o ultraactividad por Favorabilidad- de la ley penal, en tanto que emanación de la ley penal previa. (d) *Principio de la prohibición de la analogía*, como emanación de la ley penal estricta.

Los principios normativos **de carácter material**, que aluden al contenido de esa manifestación del ejercicio del poder punitivo –ley penal- son: (a) *El Principio de dignidad humana* con su doble connotación, de un lado, la autonomía ética de la persona y de otro la indemnidad personal. (b) *Principio de igualdad material ante la ley penal*. (c) *Principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad de la pena* –en la necesidad no sólo se debe mirar a la consecuencia jurídica sino a la interferencia del poder punitivo mediante la ley penal en la vida de los ciudadanos: Principios de subsidiariedad y fragmentariedad-. (d) *principio del acto o de materialidad*. (e) *Principio de lesividad*. (f) *Principio de culpabilidad*.

Todos los antes citados principios obran de manera en veces escalonada otras de manera conjunta en esa tarea de limitar el plurimencionado ejercicio del poder punitivo, por ejemplo: El legislador penal, expide una ley penal ella debe ser escrita –ley penal escrita- pero no de cualquier formal sino de manera clara –ley penal cierta-, ella y su contenido deben ser idóneos para cumplir con los fines del Estado –razonabilidad-, es decir, que no exista un medio menos drástico para cumplir los fines del Estado –subsidiariedad-. No se pueden crear conductas delictivas acudiendo a la analogía –ley penal estricta y prohibición de la analogía-. Al momento de aplicar la ley penal ella debe haber existido con anterioridad al acto que se juzga –ley penal previa-, su aplicación debe ejercerse sobre una exteriorización voluntaria de un sentido y no sobre formas de ser o de pensar –principio del acto-, así mismo esa aplicación debe ser por igual, es decir, frente a situaciones de hecho similares un trato similar –principio de igualdad-, igualmente es menester que el agente con su

conducta haya lesionado de manera importante el bien jurídico –principio de lesividad-, por lo tanto todas aquellas conductas que no generen alguna amenaza al bien jurídico o que produzcan una lesión insignificante no deben ser objeto de respuesta punitiva por parte del Estado por virtud del principio de lesividad. Así mismo entre el resultado y el agente debe existir un vínculo psicológico, además el agente debe estar en capacidad de efectuar una conducta conforme a Derecho –Principio de culpabilidad-. De cara al anterior ejemplo se observa como la funcionalidad de los principios rectores es conjunta, como ya se acotó, o escalonada siempre en orden a limitar y reducir el ejercicio del poder punitivo.

Los principios normativos rectores pueden ser reconducidos, sin problema alguno, a uno solo: la persona real –dignidad humana (art. 1º. CP)- y a la forma de Estado asumida constitucionalmente: Estado social y democrático de derecho.

Los principios normativos rectores pueden ser reconducidos a la persona real –dignidad humana (art. 1º. CP)- y a la forma de Estado asumida constitucionalmente: Estado social y democrático de derecho.

Dado que la persona real –dignidad humana característica inherente a ella- viene a ser el pilar central sobre el cual se construyen los principios normativos, limitantes y reductores del ejercicio del poder punitivo, estos –principios limitadores- no son una creación que emane exclusivamente del ejercicio del poder punitivo, como sería el delito, la pena y su imposición, por lo que no tales principios no pueden ser considerados como limitantes que se impone el poder punitivo sino que le son impuestos desde afuera.

Lo anterior,, aunado a la postura agnóstica de la persona real configuradota del saber penal –Derecho penal con valor de verdad-, facilita que los principios normativos rectores puedan cumplir con su funcionalidad política –limitar y reducir- sin que puedan ser utilizados por el tantas veces mencionado poder punitivo para relegitimarse.

4. Ellas, las normas rectoras, no son limitantes ya realizados sino que se hallan en una continua realización y en ese sentido irán restándole campo de movilidad al ejercicio del poder punitivo y así éste se verá, además de limitado, reducido.

Por consiguiente, las normas rectoras o principios normativos rectores están discursivamente planteados para ser realizados constantemente –*unfinished*- por quienes, en última instancia ejercen el *poder de los juristas* (sistema racional acotante y reductor del poder punitivo), es decir, por los administradores constitucionales de justicia (arts. 113, 116, 231, 232, 239 Cpol. Art. 92 CFB).

5. El último ítem de la teoría del saber penal es el relativo a su desenvolvimiento histórico. El mismo, dado que se viene diferenciado entre legislación penal (acto político) y derecho penal, se debe subdividir en el desenvolvimiento, por un lado, (a) de la legislación penal y por otro lado, (b) de los fundamentos filosóficos, políticos y jurídicos del saber penal.

6. El desenvolvimiento del producto del poder punitivo: legislación penal alude a los antecedentes y desarrollo de las normativas penales (donde el proceso de codificación es sólo una parte de ellas). Discurrir éste que no ha tenido el rigor y atención que él reclama, ello se debe a muchos factores, entre los cuales se debe resaltar la ausencia en Colombia, por muchos años, de una historia del derecho como región jurídica autónoma en el medio académico nacional. Desde finales del siglo pasado se ha venido trabajando por configurar una región del saber jurídico que tenga por objeto de estudio la historia del derecho⁵⁸, pero aun sigue faltando una historia del derecho penal, la cual está muy desarrollada en otros países. No obstante, algo se ha hecho, bien por los

⁵⁸ Deben destacarse los trabajos, pioneros en esta disciplina, hechos por profesores colombianos como: **Mauricio García Villegas** (Universidad Nacional), **Diego López M.** (Universidad de los Andes), **Andrés Botero Bernal** (Universidad de Medellín), **Julio Gaitán** (Universidad del Rosario), **Roberto Vidal** (Universidad Javeriana), **Miguel Malagón** (Universidad del Rosario), **Paola Tinoco** (Universidad Javeriana), **Néstor Osuna** (Universidad Externado), **Carlos Restrepo** (Universidad Externado), entre otros. Es muy dicente, que la mayoría de estos trabajos versan sobre la historia constitucional, la historia de los abogados, la recepción de teorías u ordenamientos jurídicos y la eficacia de la norma, quedando, entonces, mucho qué decir sobre la legislación penal y el saber penal.

propios penalistas⁵⁹, pero con grandes falencias como quiera que se carece de la formación histórica, o por algunos historiadores, pero dado que por desconocer el bagaje conceptual propio del derecho, o por tener preocupaciones académicas distintas, ofrecen miradas poco relevantes para lo estrictamente jurídico aunque muy importantes para el conocimiento de la época en que la ley o el saber penal se aplicaban.

7. Dejando en claro, que el centro del presente escrito no es realizar un detallado estudio sobre el derecho penal desde sus preguntas esenciales, no está de menos, aludir de manera genérica a ese desenvolvimiento filosófico/político y jurídico del derecho penal.

Ese discurrir histórico se ha presentado en forma muy variada, respetando, quien escribe, esas diversas propuestas, de cara a la realidad colombiana, la cual salvo algunos puntos no difiere mucho en éste ítem de la que se presenta en otros países de América latina, se adoptará, siguiendo al discurrir de las posturas legitimantes del derecho penal, aquella que realiza una tópica histórica y subdivide es transcurrir del saber penal en dos grandes focos o momentos, de los cuales ha emanado una postura con cierta importancia para la historia del saber penal.

8. Es así, como esa tópica histórica alude, en un primer momento a Italia, sin que ello implique que antes no existió saber penal. Este primer momento se presenta así: (a) *filosofía contractualista* que se reflejó, en el saber del derecho penal, con la escuela clásica italiana del derecho penal y cuyo máximo exponente fue **Francesco Carrara** (1805-1888), pero en esa escuela, llamada así por **Enrico Ferri**⁶⁰, también se destacaron **Giovanni Alessandro Francesco Carmignani** (1768-1847), quien iniciaría la escuela toscana, **Giandomenico Romagnosi** (1761-1835), **Gaetano Filangieri** (1752-1788), **Pellegrino Rossi** (1787-1848), entre otros penalistas y filósofos del derecho penal.

Hay autores⁶¹, que aseveran que si bien es cierto que existieron autores clásicos italianos con puntos en común también es cierto que tuvieron *presupuestos filosófico-sociales* que no permiten ser identificados como pertenecientes a la escuela clásica italiana, "pero no existe duda en reconocer como figuras las figuras más destacadas de la escuela -clásica italiana- a GIOVANNI CARMIGNANI, PELLEGRINO ROSSI y FRANCISCO CARRARA"⁶².

⁵⁹ Entre otros, cabe destacar, en lo que respecta a la historia del Derecho penal colombiano, desde una postura legitimante, **REYES ECHANDÍA, Alfonso. Derecho Penal. Parte General.** Reimpresión de la undécima edición. Bogotá: Temis, 1989, p. 21-40. **CANCINO MORENO, Antonio José. Las instituciones Penales Colombianas y su evolución a partir del código de 1837.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1986 -Tomo I y II-/1990 –tomo III y Tomo I de la Parte Especial-. **VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal. Parte General.** Bogotá: Temis, 1994, p. 145-214. Con las falencias históricas **AGUDELO BETANCUR, Nódier. Curso De Derecho Penal. Esquemas del delito.** 2ª. edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992. **VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. El Derecho Penal Colombiano y la ley importada.** En *Nuevo Foro Penal*, No. 38 (octubre/diciembre, 1987); p. 427-438. **GALVEZ ARGOTE, Carlos Augusto. Siglo y medio de codificación penal. Las motivaciones reales de los códigos penales colombianos.** En *Nuevo Foro Penal*, No. 38 (octubre/diciembre, 1987); p. 449-458. **ROMERO SOTO, Luis Enrique. El código Penal de 1837: Marco Histórico de su vigencia.** En *Nuevo Foro Penal*, No. 38 (octubre/diciembre, 1987); p. 413-422.

⁶⁰ Con irónica admiración utiliza dicha locución para referirse a todos los pensadores Italianos que estuvieron entre **Cesare Bonesana, marqués de Beccaría** (1738-1794) y **Francesco Carrara: FERRI, Enrico. Sociología Criminal. Tomo Primero.** Versión española por Antonio Soto Hernández. Madrid: Góngora, s.f. p. 5.

⁶¹ **SÁINZ CANTERO, José A. La ciencia del Derecho Penal y su evolución.** Barcelona: Bosch, 1970, p. 72.

⁶² *Ibidem*, p. 72 infra.

Luego viene (b) *el positivismo filosófico* cuya repercusión jurídico penal en Italia originó la Scuola Positiva –escuela positiva-, cuyos exponentes más destacados fueron **Cesare Lombroso** (1835-1909), **Enrico Ferri** (1856-1929) y **Rafael Garofalo** (1851-1934). Posteriormente (c) se postula un formalismo denominado *tecnicismo jurídico penal* de **Arturo Rocco** (1876-1942). (d) Bajo el influjo valorativo -filosofía de los valores- se presentaron *la postura realista* de **Francesco Antolisei** (1882-1967) y *el teleologismo* de **Giuseppe Bettioli** (1907-1982), cuyo punto en común, además de legitimar un derecho penal asimilado al poder punitivo, fue el de criticar severamente el formalismo propuesto por Rocco hasta que se llega a las actuales (e) *corrientes neorealista*, que se hallan inspiradas filosóficamente en posturas neoilustradas, –**Antonio Plagiario**, **Franco Bricola**, **Ferrando Mantovani**(1933), entre otros-, de un lado, y de otro, (f) tendencias que buscan *unir los principios del derecho penal italiano con los postulados posfinalistas* alemanas –**Giovanni Fiandaca** y **Enzo Musco**- pasando por (g) las posturas que *admiten las corrientes funcionalistas*, en la versión de **Roxin**, contemporáneas –entre otros, **Sergio Moccia**-⁶³.

9. El segundo momento de la tónica histórica⁶⁴ viene dado por las elaboraciones germánicas. El decurso histórico en este segundo momento, por lo genera, se ha planteado así: (a) *posturas contractualistas* de **Johann Paul Anselm Ritter von Feurbach** (1775-1833) conocido como el padre de la moderna ciencia del derecho penal alemán, para así luego pasar (b) a las *posturas idealistas radicales* y su repercusión en el derecho penal del centro –entre otros autores, **Georg Wilhelm Frederic Hegel** (1770-1831), **Christian Reinhold Köstlin** (1813-1856), **Julius Friedrich Heinrich Abegg** (1796-1868), **Hugo Hälscher** (1817-1889), **Albert Friedrich Berner** (1818-1907)- posteriormente comenzar el estudio (c) *del positivismo* y sus repercusiones en el derecho penal con el *positivismo formalista* que fundamento el pensamiento de **Karl Binding** (1841-1920) y el *positivismo sociológico* de **Franz von Liszt** (1851-1919), sobre el cual él construyó lo que se conoce como *sistemática Lizst-Beling* –sistemática clásica alemana- caracterizada Por esa doble causación: una física o material que conformaría el injusto –unrech- y otra moral o subjetiva que estructuraría la culpabilidad, doble causación que diferenciaba al positivismo Alemán del Italiano, como quiere que para éste último solo había una causación: la material⁶⁵. El discurrir histórico continua con (d) *el neokantismo sudoccidental* de la escuela de Baden, la cual habría de seguir a la crítica de la razón practica de **Immanuel Kant** (1724-1804) para así poder afirmar que: “*los valores crean y ordenan los entes que valoran. La realidad sería una especie de caos al que no se podría penetrar sino por medio de los valores*”⁶⁶ de esta manera, el ente es creado por las valoraciones. Tal postura sirvió a la

⁶³ Un estudio introductorio sobre las sistemáticas del delito en Italia puede ser consultado en **BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría política del delito en Alemania, Italia y España.** En: Nuevo Foro Penal. Bogotá, N°. 59 (enero-marzo. 1993); p. 41- 55.

⁶⁴ Se resalta la propuesta metodológica, que sobre el particular, propone **Bernd Schünemann** en **SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal.** En **SCHÜNEMANN, Bernd et al. El sistema moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales. Estudios en Honor de Claus Roxin en su 50º aniversario.** Traducción y notas Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: tecnos, 1991, p. 31-80.

⁶⁵ **ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal. Parte General. 2ª.** Edición. *Op.cit.*, p. 321, §22, II, numeral 2.

⁶⁶ **ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal. Parte General. 1ª.** Edición. *Op.cit.*, p. 327, §23, IV, numeral 3.

sistemática neoclásica, cuya construcción fue abandonada en Alemania desde los años 60 del siglo pasado salvo **Jürgen Baumann**, entre sus expositores se cuenta a **Edmund Mezger** (1885-1962), **Max Ernest Mayer** (1875-1924), **Robert von Hippel**, entre otros.

Por un lado, la construcción dogmática de **Edmund Mezger** es la versión neoclásica más acabada pero su autor viene siendo ya enmarcado dentro de los pensadores nacionalsocialistas⁶⁷, sólo basta, para confirmar su ideología nacionalsocialista, indicar que él hablaba de dos Derechos penales, uno, el Derecho penal de la generalidad, aplicable a quienes, actuaran conforme al régimen y otro, el Derecho penal de carácter especial aplicable a los disidentes del régimen, a todos quienes fueran "extraños a la comunidad" -léase enemigos de la comunidad-.

Y por el otro, si bien la sistemática neoclásica fue abandonada desde los años 60 no ha ocurrido lo mismo con su fundamento filosófico: el neokantismo, que viene desde los años setenta del siglo pasado sirviendo de piso a las construcciones posfinalistas en especial al funcionalismo moderado, dejando a salvo el funcionalismo radical de **Günther Jakobs**.

Posteriormente viene (e) *el irracionalismo penal* del nacional socialismo alemán con su escuela de Kiel, que en materia penal, fue liderada por **Friedrich Schaffstein** y **Georg Dahm** (1904-1963) de ahí se pasa (f) *al finalismo*, cuyo padre fue **Hans Welzel** (1905-1977), postura sistemática que se fundamentó filosóficamente en el realismo aristotélico-Tomista y en el objetivismo valorativo de **Nicolai Hartmann** (1882-1950) y **Max Scheler** (1874-1928). Las conclusiones jurídico penales a que arribo la sistemática finalista en esencia se han mantenido. (g) De la anterior postura se llega al *posfinalismo* con sus dos vertientes: De un lado, *el subjetivismo extremo (desvalor de acto puro)* – **Diethart Zielinski**, profesor de la universidad de Hannover, en lo que respecta al injusto doloso y **Armin Kaufmann** (1922-1985) en lo referente al injusto culposo, aunque en términos generales éste autor ha sido considerado finalista- y de otro lado, *el funcionalismo*, el cual presenta, en esencia, dos posturas relevantes: Una que se denomina funcionalismo moderado o político criminal y cuyo padre es el profesor emerito de la universidad de München **Claus Roxin** (1931), quien desde el idealismo propio del neokantismo y con una influencia de las posturas sociológicas norteamericanas de **Robert King Merton** (1910–2003) y **Talcott Parsons**⁶⁸ (1902-1979), propugna por una apertura a valoraciones político criminales⁶⁹ para acercar la dogmática penal a la realidad social⁷⁰ o, con palabras de su autor, [sustituir] "*la algo vaga orientación neokantiana a los valores culturales por un criterio de sistematización específicamente jurídicopenal: las bases políticocriminales de la moderna teoría de los fines de la pena*"⁷¹ y, otra, llamada funcionalismo radical o sociológico e iniciada por el

⁶⁷ MUÑOZ CONDE, francisco. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*. 2ª. edición. Valencia: Tirant Lo blanch, 2001, p. 27ss. VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. *Derecho Penal. Parte General*. 1ª. edición. *Op.cit.*, p. 177.

⁶⁸ Un interesante estudio de ambos sociólogos funcionalistas herederos de las posturas de **Émile Durkheim** (1855-1917) en BERGALLI, Roberto. *Sociología de la desviación*. En BERGALLI, Roberto, BUSTOS RAMÍREZ, Juan y MIRALLES, Teresa. *El pensamiento Criminológico I. un análisis crítico*. Bogotá: Temis, 1983, p. 165 a 169. Igualmente en ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas: Monte Avila editores latinoamericanos, 1992, p. 59-88.

⁶⁹ Entre otros, ver SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximaciones al Derecho Penal Contemporáneo*. *Op.cit.*, p. 68.

⁷⁰ Entre otros ver BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría política del delito en Alemania, Italia y España*. *Op.cit.*, p. 33 y 38.

⁷¹ ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. *Op.cit.*, p. 203.

profesor de la universidad de Bonn **Günther Jakobs** (1937), quien influido por posturas neohegelianas y con aportes de la teoría funcional sistémica alemana⁷² de **Niklas Luhmann** (1919-1998), aboga por la (re)normativización de todas las categorías jurídicas y jurídicopenales⁷³.

Contemporáneamente, la discusión sistemática en Alemania gira en torno a dos propuestas metodológicas diferentes pero con idéntica finalidad: la legitimidad del Derecho Penal –asimilado al poder punitivo de manera, se cree por quien escribe, inconsciente-. Ellas son, a saber: **(a)** la proveniente de la escuela de Frankfurt con su teoría personal del bien jurídico –*individualismo funcionalistas* cuyo referente material es el bien jurídico y del cual se hace un “*guardián crítico siempre dispuesto a comprobar la justicia del derecho penal de cada momento*”⁷⁴- y **(b)** la funcional sistémica -funcionalismo radical o normativismo monista- de la nueva escuela (?) de Bonn que ve en la protección a la vigencia de la norma y por lo tanto al sistema social –sociedad como configuradora de normas- la legitimación material del Derecho penal.. **(c)** Se podría plantear una tercera la cual sería conformada por la postura denominada “la orientación del sistema a las consecuencias” de **Claus Roxin**, sin que se pueda negar las variedades de vertientes que ella tiene.

Ahora, desde la periferia, el Derecho Penal tanto Alemán como aquellos que le replican –copiar de manera acrítica- muy seguramente, por el momento, seguirán los postulados neokantianos/funcionalistas formulando posturas o bien eclécticas que busquen reconciliar, lo cual en principio no es posible, al funcionalismo radical y moderado o de síntesis. Pero sea cual fuere la postura que se asuma, habrán, como ya se adelantó, ciertos puntos en común: el acudir a postulados idealistas –neokantianos y/o neohegelianos- con nociones sociológicas que permitan favorecer conceptos sociales –comunitarios- sobre los individuales.

10. El decurso histórico del saber penal, ya anunciado, se ha movido entre el seudodilema: hombre –individuo- o sociedad –colectividad-.

Dicho seudilema a conducido a que se presentaran y se presenten elaboraciones del saber penal, desde el centro y todas ellas legitimantes, que, si bien son disímiles en sus postulados, tienen un punto en común: son sistemáticas penales –punitivas en sentido estricto- que se han realizado sin la persona real y para no personas reales.

11. Por un lado, desde las respuestas individualistas, se han configurado sistemáticas del delito con clara preferencia de la persona que no es persona, puesto que ella se le ha escondido en sí misma, olvidando su alteridad –apertura a los otros- y comunicación; originándose así sistemas de derecho penal desde y para quien no es persona real, se reitera, por ausencia de la alteridad y comunicación.

Por el otro, desde las respuestas colectivistas se han elaborado propuestas donde, exagerando la alteridad –apertura al mundo- y comunicación de la persona, se termina por preferir la sociedad o el sistema social, en un sentido radical –autopoietico- o moderado, en donde éste subsume a la persona, que es su creación. En conclusión, se ha configurado un sistema de derecho penal desde y para quien no es persona real.

12. En conclusión, sea con fundamento en respuestas individualistas o en respuestas colectivistas, se han configurado sistemáticas del delito desde y para quien no es persona real por omitir alguno de sus caracteres esenciales: sea la alteridad, la comunicación, o ambas, o la “mismidad” (X. Zubiri) de la persona real.

13. En consecuencia desde el discurrir histórico se hace una clara invitación a elaborar una sistemática del delito que permita ver a la persona con todas y cada una de sus notas esenciales y no solamente desde el “sí mismo” –

⁷² Un interesante recorrido por las posturas sistémicas en **BÜLLESBCH, Alfred. Enfoques de teoría de sistemas.** En **KAUFMANN, Arthur y HASSEMER Winfried. El pensamiento jurídico contemporáneo.** Madrid: Debates, 1992, p. 311-332.

⁷³ **JAKOBS, Günther. Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación.** 2ª. Edición, Op.cit., p. IX. También, por todos quienes comenta su obra vid: **PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos y CANCIO MELIÁ, Manuel. Un nuevo sistema del Derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günter Jakobs.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 18.

⁷⁴ **CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito.** En **MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo et al. El funcionalismo en Derecho Penal. I. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, centro de investigaciones en filosofía y Derecho, 2003, p. 109. Tal texto es una ampliación de su ponencia presentada en Lima (Perú) dentro del II Curso Internacional de Derecho Penal en el año 2000. La ponencia a la cual se hace referencia se halla vertida en: **CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito.** En **JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. El sistema funcionalista del derecho penal. Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal (Lima, 29,31 de agosto y 01 de setiembre (sic) del 2000.** Lima: Grijley, 2000, p. 17-42.

individualismo- o solamente desde su alteridad y comunicación exagerada –exagerar esa “relación del yo con el tú, el entre”⁷⁵, es decir, ese ámbito “más allá de lo subjetivo donde el yo y tú constituyen su encuentro”⁷⁶: colectivismo-

14. El tercer momento, alude a Colombia, en el cual, salvo algunos autores⁷⁷, se suele hacer referencia, sin rigor histórico por las falencias que en saber histórico tienen todos los penalistas que han abordado el tema, tanto al discurrir histórico de la legislación penal como del saber penal⁷⁸, colaborando con ello para que el derecho penal no pueda deslindarse del poder punitivo y asumir su papel limitador y reductor de éste.

15. El decurso histórico, tanto de la legislación como del saber penal, no debe ser presentado como un cúmulo de posturas y sistemáticas del delito que “*resultan al profano, aunque sea culto, a menudo extrañas; al estudiante, ininteligibles, y al práctico, superfluas*”⁷⁹ sino como la expresión de un determinado momento que responde a unas posturas políticas, culturales y económicas imperantes en él.

De ese decurso histórico, en especial del saber penal, debe quedar claro que, de un lado, cada postura o corriente se configuró para un determinado momento histórico y político y de otro lado, que la realidad latinoamericana es muy diferente a las estudiadas por lo que el saber penal en él debe responder a una configuración igualmente diferente, ello es, debe ser reductora y limitante del poder punitivo.

Por ello, es erróneo asumir de manera acrítica sistemáticas originadas para momentos con una determinada realidad política, cultural y económica. Ese error, es el que ha incurrido no sólo Colombia sino toda Latinoamérica y el cual se ve facilitado por el no querer construir, desde la realidad, un discurso histórico propio tanto de la legislación como del saber penal. Aunque se debe reconocer que, al menos, se está intentando comenzar a realizar esa tarea, claro está, con las limitaciones –obstáculos- políticas, culturales y económicas de la académica en Latinoamérica.

IV. La teoría del delito.

1. *La teoría del delito*, en lo que hace a su objeto central, consistirá en el estudio de aquellos presupuestos normativos que habilitan una muy especial coacción de parte del Estado: ejercicio directo del poder punitivo por medio de la imposición de una sanción penal–pena o medida de seguridad–.

⁷⁵ LUCAS, Juan de Sahagun. *Las dimensiones del hombre. Antropología filosófica*. Op.cit., p. 117,

⁷⁶ Ibídem, p. 117.

⁷⁷ VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. *Derecho Penal. Parte General*. Op.cit., p. 207-214. De manera muy breve GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Bogotá: Doctrina y ley, 2001, p. 364-374.

⁷⁸ Así por ejemplo: AGUDELO BETANCUR, Nódier. *La estructura del delito en el nuevo código penal*. Medellín: Nuevo Foro, s.f., p. 5ss. ESTRADA VÉLEZ, Federico. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª. edición. Bogotá: Temis, 1986, p. 31-36. PÉREZ, Luis Carlos. *Derecho Penal. Partes General y Especial. Tomo I*. reimpresión de la 1ª. edición. Bogotá: Temis, p. 41-53. IBAÑEZ GUZMÁN, Augusto J. *Apuntes de Derecho Penal. Parte General*. 2ª. edición. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 1998, p. 23-27. MENDOZA, Víctor León. *Derecho Penal General*. 3ª. edición. Bogotá: Temis, 1991, p. 26-28.

⁷⁹ Bernd Schünemann en SCHÜNEMANN, Bernd. *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal*. Op.cit., p. 31, I, numeral 1.

Si la sanción penal –pena- es ejercicio directo del poder punitivo y éste es irracional no se puede incurrir en el error de brindar un carácter positivo a la sanción penal –pena-, es decir, no es lógico legitimar un producto proveniente del poder punitivo irracional por excelencia así, normativamente, se le asignen funciones positivas como ocurre en el Código penal colombiano en su art. 4 inciso 1º. No se puede olvidar que “*es la realidad la que produce la idea y no viceversa*”⁸⁰ o, lo que es lo mismo, normativamente no se puede alterar la realidad, salvo que se quiera regular algo que no es o es diferente. De ello se deriva, que se debe asumir una postura agnóstica de la sanción penal –pena- o, si se quiere, una concepción o postura negativa de ella: es un acto de violencia que sólo produce dolor y nunca repara ni restituye ni mucho menos detiene los actos reales o inminentes de amenaza⁸¹ a antes de tutela jurídica (bienes jurídicos). Si bien el sistema de comprensión activo de la ley penal, reductor y limitante del poder punitivo, debe construirse desde la ley penal ello no significa que en esa tarea no se pueda excluir datos irracionales que provengan de ella y mucho más si esas irracionalidades atentan contra los fundamentos del sistema mismo por ejemplo contra la persona real. Por lo tanto, si normativamente se asignan funciones positivas a la pena ello no significa que deba asumirse una postura positiva y por consiguiente legitimante de la pena y mucho más si esas funciones positivas han sido desmitificadas por las ciencias sociales. En fin, no se puede olvidar que el papel de la dogmática penal y del dogmático, desde los años setenta del siglo pasado gracias a la criminología crítica, no es pasivo y “*simplemente observador de una decisión de un legislador al que simplemente considera como un proveedor de materia de estudio y que en reciprocidad e proveerá con teorías que cubrirán con un manto de academicismo sus decisiones políticas*”⁸², por el contrario su papel tiene un función política/crítica frente al poder punitivo y su producto: la ley penal.

Los presupuestos normativos deben presentarse unidos por manera tal que conformen un sistema –programa- de comprensión de la ley penal en orden a servir de dique al poder punitivo –funcionalidad política del sistema-, así como para brindar (a) previsibilidad a las decisiones judiciales, la cual surge de la coherencia del sistema y (b) seguridad jurídica, la que surge no sólo de la coherencia del sistema –ausencia de contradicción- sino por la coherencia con la funcionalidad política: acotar y reducir el poder punitivo.

En consecuencia, la construcción de un sistema de comprensión de la ley penal, acotante y reductor del poder punitivo, busca, de un lado, que las decisiones judiciales sean previsibles, en la medida en que brinda una aplicación segura, calculable y racional de ella⁸³, la ley penal, o, dicho de otra manera, evita que su aplicación se deje librada al alzar, en pocas palabras, sea *una cuestión de lotería*⁸⁴ y de otro lado, “*que todo lo jurídico-penalmente relevante del hecho probado va ser objeto de un riguroso análisis*”⁸⁵. Pero ese sistema de comprensión activo no se queda con las dos funciones

⁸⁰ BARATTA, Alessandro. *Derechos Humanos: Entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos*. En BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*. Op.cit., p. 336. También BARATTA, Alessandro. *Derechos Humanos: Entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos* En Nuevo Foro Penal, Op.cit., p. 445.

⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Op.cit., p. 56, §16, numeral 4 supra. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Op.cit., p. 43, §5, I, numeral 6 supra.

⁸² BUSTOS RAMÍREZ, Juan J./HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo sistema de Derecho Penal*. Op.cit., p. 62.

⁸³ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?*. Op.cit., p. 27. WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán. Parte General*. 12ª edición y 3ª. Edición castellana, traducción del alemán por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1987, p. 11: “*Como ciencia sistemática establece la base para una administración de justicia igualitaria y justa, ya que sólo la comprensión de las conexiones internas del Derecho liberan su aplicación del acaso y la arbitrariedad.*”. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Vol. Primero. Traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosh, 1981, p. 264, §21, I, numeral 2, en donde afirma: “*Los elementos generales del concepto de delito reunidos en la teoría general del mismo, posibilitan, por el contrario, una Jurisprudencia racional, objetiva e igualitaria,...*”.

⁸⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?*. Op.cit., p. 27.

⁸⁵ BUSTO RAMÍREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal, Volumen I*. Op.cit., 1997, p. 128.

señaladas sino además hace expresa su funcionalidad política y sólo así se puede brindar la seguridad jurídica.

Por lo tanto, una sistemática de la ley penal –o simplemente sistemática penal-, acotante y reductora del poder punitivo configurada desde la persona real, deberá ser siempre teleológica en tanto que señala, de manera expresa, su *funcionalidad política y social*⁸⁶, por lo que, de antemano, se sabrá cómo se habrán de estructurar cada uno de los presupuestos normativos que la conforman, cosa contraria ocurre con las sistemáticas clasificatorias, en donde esa funcionalidad política se omite limitándose la sistemática del delito a “ordenar, clasificar y jerarquizar elementos o componentes”⁸⁷ de la ley penal.

En ese sentido es por lo que se asevera que: “la dogmática nunca puede prescindir de una decisión previa y extralegal que le da sentido y unidad a la construcción. Cuando no se lo explicita, se obtiene un instrumento ideal para convertir al operador jurídico en un autómata peligroso, puesto que es un programa que oculta su función, aunque sea sabido que todo programa tiene una función, y pese a que el programador sea tan necio que ni siquiera se pregunte para qué sirve.”⁸⁸. Por ello toda dogmática jurídicopenal es un discurso político que se refleja en programa político⁸⁹, lo cual nunca ha sido olvidado ni por el poder punitivo, ni por pseudocientíficos de regímenes totalitarios –por ejemplo la escuela de Kiel –*Kielschuler*–: **Friedrich Schaffstein** y **Georg Dahm** que consideraban al acto delictivo como *conducta humana contraria a los intereses del Estado*⁹⁰ –pero si en veces, y de buena fe, por quienes buscan limitarlo.

2. Ese sistema de comprensión de la ley penal –dogmática jurídica- acotante y reductora del poder punitivo, no debe construirse de espaldas a la realidad “real” o del mundo –*die welt*- sino con un respeto a esa realidad puesto que ese sistema se encuentra con entes que ya existen: la persona, la conducta, entre otros, por lo que él debe respetar sus “propiedades, características, estructuras y formas que son de los objetos en cuanto objetos”⁹¹ o, lo que es lo mismo, su estructura óptica.

De lo anterior, no se sigue una imposibilidad de valoración en la configuración del sistema de comprensión activo de la ley penal, sino que ella, la valoración, debe respetar la estructura “real” –óptica- tanto de la realidad que valora –desvalora para efectos penales-, como de la persona real –concreta-. Tanto el sistema de comprensión activo como de los elementos –filtros- normativos que lo integran deben ser por excelencia valorativos a fin de cumplir con su funcionalidad política.

⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General. Op.cit.*, p. 81-82, §8, III, numeral 1. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª. Edición, Traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 184 nota de pie de página número 14. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Vol. Primero. Op.cit., p. 266, §21, II, numeral 2: “el concepto de delito debe, de otro lado, concordar con el fin y los medios del Derecho Penal”.

⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. 1ª. edición. Op.cit., p. 82, §8, III, numeral 1.

⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª. Edición. Op.cit., p. 82, §25,II, numeral 5.

⁸⁹ Alude al vínculo ciencia penal-política, entre otros, NOVOA MONREAL, Eduardo. *Cuestiones de Derecho Penal y criminología*. Santiago de Chile: Ediar/ConoSur, 1987, p. 251.

⁹⁰ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Curso de Derecho Penal. I*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1963, p. 61.

⁹¹ GARCÍA MORENTE, Manuel. *Lecciones Preliminares de Filosofía*. Bogotá: Nacionales, 1984, p. 362.

3. También dicha seguridad jurídica presupone integrar datos sociales al sistema para de esta manera, de un lado, responder a su funcionalidad política y de otro, propiciar un estudio global del fenómeno penal –sistema penal- que no sólo se reduce a problemas intrasistemáticos⁹².

Aquí es donde se las valoraciones político criminales, así como los datos de la realidad provenientes de la criminología y las ciencias sociales deben repercutir –colaborar- en la construcción que realice la dogmática penal –programación racional del poder de los juristas-⁹³.

4. Los presupuestos normativos, no por ello contrarios a la *realidad del mundo* y/o carentes de datos sociales, que habrán de posibilitar el ejercicio del poder punitivo mediante la imposición de una sanción penal –pena o medida de seguridad- son denominados, por la dogmática jurídicopenal desde 1906 (**Ernest von Beling**), conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Esos presupuestos normativos, conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, constituyen, como ya se acotará, la teoría del delito, la que es estratificada como quiera que parte de un concepto genérico (conducta) del cual se predicen una serie de características o caracteres específicos (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) originado ello el concepto dogmático de delito, ello es, como una conducta típica antijurídica y culpable.

5. Lo anterior, no quiere significar que el delito, desde un sistema de comprensión de la ley penal, limitador y reductor del poder punitivo, sea una simple sumatoria o interposición de cada uno de esos elementos normativos, el delito es una noción axiológica –un todo- que conlleva la pretensión de imposición de una pena y en ese orden de ideas para habilitar, el poder judicial, dicha pretensión, propia del poder punitivo, debe cumplir con una serie de valoraciones –filtros- predicables de una conducta.

Lo antes anotado, quiere decir que no se debe comprender al delito de manera tal simple como una sumatoria de elementos porque de esta manera se facilitará la pretensión del poder punitivo: la imposición de una pena.

6. Esos presupuestos –filtros- normativos se deben estructurar atendiendo a la funcionalidad política del sistema, es decir, cada uno de ellos deben contener y reducir el ejercicio del poder punitivo.

7. La forma como se habrá de plantear esos presupuestos normativos, que habilitan la posibilidad de una respuesta muy especial –sanción penal- por parte del poder punitivo –conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad-, brindarán la manera de ser comprendido el artículo noveno del CP, cuando afirma: “Art. 9.- Conducta Punible. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable....”.

⁹² BUSTOS RAMÍREZ, Juan J./HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo sistema de Derecho Penal*. Op.cit., p. 61-64, muy especialmente la p. 63.

⁹³ Así BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1984, p. 20-24. BUSTOS RAMÍREZ, Juan J./HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo sistema de Derecho Penal*. Op.cit., p. 63.

8. Esos presupuestos normativos, que se han elaborado partiendo desde el texto positivo, desde 1906 hasta la fecha, tanto su forma de ser comprendidos, como la relación entre ellos y por supuesto sus contenidos, es decir, su funcionalidad han merecido cambios radicales, cambios que responden a una determinada postura política y filosófica frente al poder punitivo.

9. Esos presupuestos, de manera muy concreta, por razones de espacio, pueden ser delineados como a continuación se expone:

A. Primer presupuesto normativo: La conducta. 1. Desde las ciencias sociales es claro que el poder punitivo, desde la criminalización primaria, más que conductas selecciona personas, para impedir esta primera tosca irracionalidad del poder punitivo se debe exigir que éste pase el filtro normativo llamado conducta, acto o simplemente acción -inc. 2º. del art. 29 CPol., inc. 1º. del art. 6 CP, inc. 1º. del art. 25 CP, del CPB art. 2, 4. art. 5 XXXIX CFB-

Desde una postura realista-personalista antes del segundo filtro normativo denominado tipicidad, sólo existen acciones por lo que el la omisión es un concepto que surge con el tipo penal, por ello, ella es un problema normativo, sólo desde posturas idealistas se puede aseverar la existencia de la omisión antes del tipo. De manera concreta, dado que no es el objeto del presente escrito, la omisión es una noción normativa de referencia o de relación, ello es, para predicar la existencia, siempre normativa, de la omisión es menester que se haya planteado un mandato y éste surge con el tipo penal. Ahora considerar a la omisión como un concepto que surge con el tipo penal no supone una renuncia al presupuesto normativo de la conducta, el acto o la acción en la medida en que para poder predicar el surgimiento normativo de la omisión se debe constatar la ejecución -acción- de un conducta contraria a lo mando.

2. El presupuesto en comento tiene un carácter genérico en la medida en que los demás presupuestos deben predicarse de una conducta, acto o acción. Entonces, atendiendo a la funcionalidad política de éste primer presupuesto sólo la conducta, en un sentido realista, puede comenzar a habilitar el ejercicio del poder punitivo en un Estado de Constitucional de Derecho como debe aspirar a ser Colombia, en la medida en que se limite y reduzca el ejercicio del poder punitivo.

3. Ahora la conducta se comprende como esa expresión voluntaria de sentido (de individualidad), en consecuencia, todo aquello, así haya generado un resultado, que no sea expresión voluntaria de un sentido, bien por ausencia de voluntad o por ser producto del azar, no podrá ser imputado como obra de la persona real, es decir, no se podrá hablar que se está en presencia de una conducta, por lo que se inhabilita, gracias a éste primer presupuesto normativo, el ejercicio del poder punitivo. Igualmente, tampoco será conducta aquellos sentidos que aun no ha sido expresados, es decir, manifestados de manera voluntaria en el mundo –*cogitationis poenam nemo patitur* (no se pena el pensamiento)-.

La noción de conducta, como fuera señalado en otra oportunidad⁹⁴, se halla fundamentada filosóficamente sobre la siguiente conceptualización: La persona real en su tarea de configurar –construir- tiene un limitante, proveniente de su apertura al mundo, y es el respeto por la forma en que el mismo está dado, ello es, la persona real al configurar la comprensión tanto de ella como del mundo no debe alterar como viene el mundo. Por ello, el hombre real configurador

⁹⁴ Resumen del texto original denominado: “*Visión crítica de la metodología de las sistemáticas teleológicas en el derecho penal. Desde la persona real configuradora del derecho penal*” puede verse en BOTERO BERNAL, José Fernando. *Visión crítica de la metodología de las sistemáticas teleológicas en el derecho penal. Desde la persona real configuradora del derecho penal*. En VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. (Coordinador) et al. *Derecho Penal Liberal y Dignidad Humana. Libro Homenaje al doctor Hernando Londoño Jiménez*. Bogotá: Temis, 2005, p. 133-166.

de la comprensión con sentido del mundo, si bien habrá de seleccionar –dimensión axiológica de la persona real- datos de esa realidad para su tarea configuradora, deberá respetar el ontos de esos datos de la realidad.

Lo anterior llevado al saber del Derecho significa que el hombre real no puede en su tarea configuradora de tal saber alterar mediante la dimensión axiológica el ontos del mundo, esa dimensión axiológica selecciona no altera.

Esa tarea configuradora de la persona real se hará, entonces, teniendo en cuenta la individualidad de esa persona, individualidad regida por una intencionalidad, intencionalidad que no sólo brinda dirección sino también sentido a lo que se habrá de configurar; sólo así puede esa configuración –conducta, acto o acción- ser llamada obra de la persona real. Por consiguiente, aquello que no sea obra de esa dirección o sentido no debe ser entendido como obra de la persona real.

Esa configuración, dada la dimensión axiológica/política de la persona real, debe estar orientada por una clara funcionalidad política: limitación y reducción al ejercicio del poder punitivo.

4. En atención a lo señalado en precedencia, se tiene que los eventos excluyentes de la conducta son básicamente tres: (a) la exclusión total de la voluntad, (b) el azar que hace imposible una dominabilidad del actuar por lo que se hace imprevisible el resultado y (c) cuando ese sentido no se ha manifestado en el mundo externo de manera voluntaria.

Así entonces, cualquier circunstancia sin importar su denominación, al menos desde una postura personalista/realista, que anule la voluntad –por ejemplo la fuerza irresistible (art. 32 numeral 1º. CP: fuerza mayor), los actos reflejos y los estados de plena inconsciencia- o que exprese el azar –caso fortuito, por ejemplo (art. 32 numeral 1º. CP)- habrá de excluir la conducta –*acto, acción*- (inc. 2º. del art. 29 CPol., inc. 1º. del art. 6 CP, inc. 1º. del art. 25 CP, En legislación brasilera por ejemplo el art. 5 XXXIX CFB, art. 2, 4 CPB.), tampoco será conducta un sentido aun no expresado en el mundo exterior –realidad- (por ejemplo: los pensamientos, deseos, formas de ser). Y sin conducta se imposibilita que el ejercicio del poder punitivo continúe actuando sobre una determinada persona o, en otras palabras, *nullum crimen sine conducta*.

B. El segundo presupuesto normativo: La tipicidad. 1. La persona real por esencia coexiste –se relaciona con otros-, en esa coexistencia se plantean expresiones voluntarias de un sentido –conductas- que entran en conflicto entre sí. alguna de esas expresiones voluntarias de un sentido son seleccionadas por el poder punitivo, por muy variadas razones, y las vierte en un texto legal y las amenaza con un pena –o medida de seguridad- originado así uno de los tantos elementos que habrán de componer ese acto político llamado ley penal.

2. El poder punitivo realiza esa selección, de expresiones voluntarias de sentido –conductas- conflictivas en abstracto, mediante una fórmula legal necesaria que tiene una doble funcionalidad, de un lado, posibilitar formalmente el ejercicio del poder punitivo y de otro lado, facilitar la labor de contención y reducción del ejercicio del poder punitivo. Esa fórmula legal se denomina tipo o supuesto de hecho –*tatbestand*-.

Entonces, en relación al artículo 103 del CP (art. 121 CPB) es tipo aquella parte que dice: “el que matare a otro” –matar a alguien: art. 121 CPB- , en lo respecta al artículo 220 CP (art. 139 CPB) es tipo la siguiente parte: “El que haga a otra persona imputaciones deshonrosas”, en cuanto hace al artículo 426 del CP el tipo sería aquella parte que expresa lo siguiente: “El que únicamente simulare investidura o cargo público o fingiere pertenecer a la fuerza pública”, en lo atinente al artículo 169 del CP el tipo es el que dice: “El que arrebathe, sustraiga, retenga u oculte a una persona, con el propósito de

exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político”, entre otros muchos ejemplos.

El tipo penal se asienta sobre el siguiente fundamento filosófico: Dada la alteridad de la persona real entra en dialogo – comunicación: expresión de un sentido- con otros. Esos diálogos podrán ser conflictivos socialmente y en este caso la persona real, previa valoración, establecer cuales de esos conflictos merecen la intervención jurídica, que en materia penal será ejercida por el poder punitivo.

3. Ahora, no cualquier conducta, así formalmente presente las características exigidas por el tipo penal puede subsumirse –adecuarse- en él, sólo aquellas que realmente revelen un conflicto pueden adecuarse al tipo. Esa adecuación se llamada tipicidad y la tarea de establecer si una conducta es o no conflictiva es denominada juicio de tipicidad.

Por lo anterior, este filtro tiene que ser eminente valorativo de lo contrario será funcional a los intereses del poder punitivo, ello es, posibilitar el ingreso en la privacidad de las personas para vigilarlas y de está manera ir configurando lo que él quiera.

4. De ahí, se sigue que el tipo penal si bien en abstracto describe conductas conflictivas en realidad lo que hace es seleccionar personas por su actuar, real o no, esto es, el tipo penal es una forma, que utiliza el poder punitivo, de interferir en esa libertad de acción en coexistencia, la mayoría de las veces, no tanto por la conducta efectuada sino porque quien la ejecutó tiene las características personales que él seleccionó con esa formula legal necesaria llama Tipo.

5. En consecuencia, la tipicidad, ello es, la adecuación de una conducta a un tipo penal determinado, por cuanto ella genera el conflicto descrito de manera abstracta en él, se convierte en el tercer filtro normativo al ejercicio del poder punitivo: *nullum crimen sine tipo*.

C. Tercer presupuesto normativo: La antijuridicidad. 1. Hasta sólo puede afirmarse que se está en presencia de una conducta típica, ello es, una conducta conflictiva, en tanto que pugna con las prohibiciones de una normatividad determinada (antinormatividad) pero puede suceder que ese conflicto haya sido ya resuelto jurídicamente al establecerse una autorización para ese supuesto conflicto o, dicho de otra manera, el ordenamiento jurídico establece permisos (art. 32 numerales 3,4,5,6 y 7 CP), cuya función es la resolver jurídicamente los conflictos que comportan las conductas típicas y en consecuencia infirman –niegan- ese conflicto que permitió que una determinada conducta fuera típica (antinormativa).

Por ejemplo cuando una persona conoce y quiere dar muerte a otra y en efecto lo lleva a cabo se está en presencia de una conducta típica de homicidio (art. 103 CP), pero si lo hace en legitima defensa (permiso que se halla en el art. 32 No. 6 CP) el conflicto que generó el accionar homicida fue resuelto jurídicamente, es decir, hace infirmar el conflicto que generó ese accionar, cosa diferente es cuando alguien conoce y quiere lesionar a otro y efectivamente lo hace produciéndole a ésta una incapacidad para laborar superior a cuarenta días (40) (inc. 1º. del art. 112 CP) y no existe en todo el orden jurídico alguna autorización para ese *lesionamiento* se tendrá que afirmar que esa conducta típica de lesiones, consistentes en incapacidad para laborar, es antijurídica.

El fundamento filosófico/político de éste filtro normativo puede plantearse así: hay conflictos sociales que por su relevancia para el poder punitivo han merecido ser seleccionados para brindarles una regulación especial –jurídica-, frente a su acaecimiento puede estar presentes circunstancias individuales/sociales cuya funcionalidad sea la de autorizar y resolver –que no solucionar- ese conflicto social.

2. Una conducta típica y antijurídica integra lo llamado injusto y él le brinda una racionalidad mínima al ejercicio del poder punitivo pero aún falta ver si debe existir una posibilidad de respuesta, por razón de ese injusto, por parte del Estado, es decir, si se debe ejercer el poder punitivo (pena) sobre quien ejecutó un determinado injusto.

3. De la pregunta ya planteada, se deduce que el injusto mira al hecho -conducta de quien realizó el injusto-, claro está teniendo en cuenta, cuando ello sea necesario, circunstancias propias del agente, en ese sentido es por lo que el injusto es personal, es decir, no solo porque él es obra de una persona real sino por cuanto para su construcción política se debe tener en cuenta circunstancias que le son propias.

La persona real tanto como configuradora del saber penal –derecho penal- como destinataria de esa configuración, no puede perder de vista, en la tarea de construcción de ese saber, que ella no es solamente individualidad –intencionalidad, sentido-, o alteridad –apertura al mundo, a los otros-, o comunicación –expresión de su individualidad que puede o no generar conflictos sociales- o libertad -, sino que es un todo inescindible –no divisible-. En ese orden de ideas, cada una de los presupuestos normativos, de cuya existencia depende que el poder punitivo se halle en posibilidad de brindar una especial respuesta –sanción penal-, deben construirse teniendo en cuenta que ellos se halla dirigidos a una persona como totalidad, sin que esto haga que se pierda, en los presupuestos, su funcionalidad política, por cuanto que ella viene exigida, se reitera, por la dimensión axiológica/política de la persona real, quien es tanto la que configura como la destinataria del derecho penal.

D. Cuarto presupuesto normativo: La culpabilidad. 1. La respuesta al interrogante si debe existir una posibilidad de respuesta, por razón de ese injusto, por parte del Estado plantea el cuarto presupuesto normativo o filtro al ejercicio del poder punitivo: la Culpabilidad.

2. El presupuesto en mención ha generado grandes discusiones, por ser el que definitivamente posibilitará o no el ejercicio del poder punitivo (pena) así como su grado de intensidad, discusiones que van desde las que abogan por su mantenimiento, en orden a legitimar el ejercicio del poder punitivo, hasta las propugnan por su exclusión, sea total (abolicionismo) o parcial (reemplazar la culpabilidad por otros conceptos). Pero sea lo que fuera, hoy en día existe lo que debe ser si materia de verdadera discusión es ¿cuál debe ser su contenido?.

3. Ella, la culpabilidad, en esencia es un juicio de reproche que implica una *valoración en concreto*, es decir, es un *juicio de reproche personalizado*⁹⁵ -*nulla poena sine reproche*-, que como personalizado habrá de tener en cuenta esas situaciones personales, culturales, económicas, sociales e históricas⁹⁶ que rodean y le dan sentido al actuar del agente, de la persona real.

Su sustento filosófico/político sería el siguiente: cuando ese conflicto social relevante dado en la alteridad y sin justificación desde ella debe afectar al “si mismo” de la persona real, dada su libertad circunstanciada. El autor de esa

⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Op.cit., p. 290, §90, numeral 6 infra.

⁹⁶ Idea que, quien escribe, la expuso inicialmente en BOTERO BERNAL, José Fernando. *Estudio crítico a los delitos contra el Honor. Bases e iniciación de una teoría de la Parte Especial del Derecho Penal Objetivo. A la luz de una dogmática realista antropológica*. Bogotá: Leyer, 2002, p. 52, §67.

obra configurada con sentido, es una persona condicionada, que no determinada, por un contexto social, político y económico concreto y por lo tanto determinado o al menos determinable. Todo esto no puede ser omitido por el configurador del saber jurídicopenal al momento de construir la categoría que posibilite esa afectación “en si misma” de la persona real.

4. Ese reproche personalizado exige una serie de supuestos, a saber: (a) la capacidad de culpabilidad –imputabilidad-, es decir, que el agente se halle en capacidad de brindar una respuesta compatible con la racionalidad imperante en el contexto social e histórico donde expresó ese sentido que constituye un injusto o, lo que es lo mismo, que comprenda, en términos razonables, la ilicitud de su conducta y pueda autodeterminarse conforme a esa valoración (inc. 1º. del art. 33 e inc 2º. Del art. 32 CP) y (b) la capacidad real en que debe estar la persona de desplegar una conducta determinada, es decir, que la persona –agente- se halle, en la situación concreta, de efectuar un conducta compatible con los postulados normativos, lo que desde otras sistemáticas suele ser llamado la no exigibilidad de otra conducta (art. 32 numeral 8, 9,10 CP).

En sentido estricto, la culpabilidad, en cuanto presupuesto normativo que posibilitará o no una especial respuesta del poder punitivo –pena-, se halla asentada sobre un ámbito concreto, real –histórico/social- de autodeterminación que dimana de la libertad como nota esencial y existente en la realidad de la persona real. A su vez ese ámbito concreto de autodeterminación se halla compuesto por: (a) la exigibilidad de comprensión de la ilicitud en ese ámbito concreto, real y (b) la exigibilidad de decisión.

De cara a lo anterior, las circunstancias que por ley excluyen la culpabilidad (art. 32 numerales 8,9,10 parte y 11 CP) pueden ser orientadas por esas pautas que conforman el ámbito de autodeterminación. Es así como, de un lado, el error de prohibición (art. 32 numerales 10 inc. 1 y 11 CP) es la negación de la primera pauta: (a) la exigibilidad de comprensión de la ilicitud en ese ámbito concreto, real y de otro lado, el estado de necesidad justificante (art. 32 numeral 8 CP) y el miedo insuperable (art. 32 numeral 9 CP) excluyen la segunda pauta: (b) la exigibilidad de decisión, al dejarla en una simple opción.

Queda como noción residual: la inimputabilidad (in. 1º. del art. 31 CP), cuya formulación debe ser más que psiquiátrica política en orden a contener y reducir el ejercicio del poder punitivo mediante las agencias de salud –centros psiquiátricos, mentales o cualquier otra denominación, que encubre la vigilancia del poder punitivo, buscando él configurar “algo” a su manera, desconociendo la autonomía ética de la persona real, la cual existe aunque sea ella padezca una patología psiquiátrica.

El discurso técnico –mucho más el psiquiátrico que el sociológico-, en la comprensión de la imputabilidad e inimputabilidad, no puede olvidar el trasfondo político⁹⁷ que reside en estas nociones⁹⁸, el cual no se ha desarrollado por

⁹⁷ Cuando se estudia el fenómeno criminal, de manera particular o general, se olvida “que el derecho penal se considera una especificación de la política y del estado de cosas existentes” (SOTOMAYOR, Juan Oberto. *Inimputabilidad y Sistema Penal*. Bogotá: Temis, 1996, p. 28.), por lo que su estudio debe tener presente esa situación.

⁹⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *La imputabilidad en un Estado de Derecho. Su revisión crítica desde la teoría de las subculturas y la psiquiatría alternativa*. En BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Bases críticas de un nuevo Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1982, p. 87ss. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición, *Op.cit.*, p. 663. Expone el criterio político en Colombia BENÍTEZ NARANJO, Hernán Dario. *Tratamiento jurídicopenal del Indígena colombiano ¿inimputabilidad o inculpabilidad?*. Bogotá: Temis, 1988, p. 37-47 supra. La postura de Juan Bustos Ramírez, en lo que hace al aspecto político de la imputabilidad/inimputabilidad, entremezcla dos niveles diferentes de un mismo fenómeno –imputabilidad/inimputabilidad- a saber: (a) El qué y (b) las consecuencias de ese qué. El primer nivel del fenómeno en comento –imputabilidad/inimputabilidad- estará integrado por ese “qué”, es decir, el sentido que la persona –el individuo- brinda con su exteriorización voluntaria, el cual proviene de una especial racionalidad que puede ser compatible o no con la racionalidad imperante –inimputabilidad: Posibilita la comunicación de sentidos diferentes, por estar guiados éstos por racionalidades diversas y la imputabilidad: Niega cualquier dialogo con la racionalidad imperante en la medida en que el sentido expresado es una negación de ésta- El segundo nivel (b), viene dado por lo que permite el dialogo entre dos sentidos diferentes: El expresado por el inimputable que es producto de la no comprensión del injusto o, si se quiere, de las pautas imperantes y/o la imposibilidad de determinación conforme a tal comprensión mientras el expresado por el imputable es producto de una racionalidad que niega esas pautas imperantes. Por lo tanto el fenómeno imputabilidad/inimputabilidad implica dos niveles, ambos con un carácter político, que reflejan a la persona real centro de la configuración penal. Así entonces el fenómeno complejo de la imputabilidad/inimputabilidad no es sólo un problema

estar aun anclado en posturas alemanas, en especial funcionalistas, y posturas clásicas italianas, según las cuales al partir de "la existencia de valores sociales objetivos absolutos"⁹⁹ –un único orden racional: "orden racional cultural absoluto"¹⁰⁰– reducen el problema de la imputabilidad a "la capacidad de comprensión del ilícito y de actuar conforme a ella desde un punto de vista existencial"¹⁰¹, ello es, a un simple, pero a la vez complejo, problema intelectual y volitivo carente de trasfondo político; Cuando el problema de la imputabilidad realmente envuelve un doble juicio: de un lado, de asignación a una determinada racionalidad –juicio de asignación¹⁰²–, por lo que la inimputabilidad perdería su carácter peyorativo o de minusvalía de la persona¹⁰³ y de otro, relativo a "la incompatibilidad de la racionalidad expresada en un acto preciso del individuo con la del orden hegemónico"¹⁰⁴ que culminará con un pronunciamiento de un juicio bien positivo –inimputabilidad– de tolerabilidad con una determinada forma de expresar una racionalidad o bien negativo –imputabilidad– en tanto que intolerabilidad¹⁰⁵ o más exactamente "de incompatibilidad de la conciencia social de un sujeto manifestada en su actuar con relación al ordenamiento jurídico"¹⁰⁶ –juicio socio-político¹⁰⁷–.

5. Así entonces, de esa valoración en concreto se derivará la emisión o no de ese juicio de reproche personal –*nulla poena sine reproche*–. Si de ese juicio concreto, es decir, aquel que tiene en cuenta, se repite, las situaciones personales, culturales, económicas, sociales e históricas que rodean y le dan sentido al actuar del agente, se deriva que razonablemente, es decir, según el contexto individual, social e histórico, no le era exigible una conducta diferente a la llevada a cabo no se debe posibilitar esa respuesta por parte del poder punitivo. Pero, si por el contrario, de esa valoración en concreto se deriva que si le era exigible, en términos compatibles con la realidad que vive el agente, debe habilitarse la pretensión punitiva del Estado y en qué grado.

Si entrar, por el momento en mayores disquisiciones, la culpabilidad debe ser planteada como una posibilidad de respuesta del Estado y no como una respuesta de la persona real para con la sociedad, como tradicionalmente se ha desarrollado la culpabilidad¹⁰⁸.

6. En conclusión, los presupuestos normativos que componen el injusto –conducta, tipicidad y antijuridicidad– habrán de corroborar o no la existencia de un conflicto lesionador de bienes jurídicos mientras el presupuesto normativo de la culpabilidad

psicológico (de ausencia o no de comprensión y/o determinación) sino que comporta igualmente un problema de sentido en el mundo y su compatibilidad con los valores hegemónicos.

⁹⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *La imputabilidad en un Estado de Derecho. Su revisión crítica desde la teoría de las subculturas y la psiquiatría alternativa*. En BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Bases críticas de un nuevo Derecho Penal*. *Op.cit.*, p. 88.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 89.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 110.

¹⁰² *Ibidem*, p. 107.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 107.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 109.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 110.

¹⁰⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal. Volumen II*. *Op.cit.*, p. 341.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 341.

¹⁰⁸ Desde una postura crítica del Derecho Penal, plantea algo similar BUSTOS RAMÍREZ, Juan J./HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo sistema de Derecho Penal*. *Op.cit.*, p. 126.

posibilitara o no una respuesta punitiva –pena- y la intensidad de la misma por parte del Estado.

V. La teoría de la coerción penal o de la responsabilidad Punitiva del Estado.

1. La última teoría: *La coerción penal*, alude a la pena no como noción sino como ejercicio de esa posibilidad de respuesta, por parte del Estado, sobre la persona real.

El ejercicio de esa posibilidad de respuesta punitiva (pena) por parte del Estado, debe estar muy claro que se halla autorizada (habilitada), que no legitimada, por la presencia de un injusto culpable que dejó filtrar, como debía ser, cierto grado de posibilidad de ejercicio del poder punitivo para así evitar que la irracionalidad que comparte el poder punitivo y su ejercicio arrase con todo el Estado Constitucional de Derecho y por lo tanto con la persona real.

2. El ejercicio de esa posibilidad de respuesta (pena) –se debe entender sanción penal- por parte del Estado comporta un grado de irracionalidad cuya cantidad e intensidad debe estar determinada por el grado de culpabilidad.

3. Esa posibilidad de respuesta no es otra que la pena. Por consiguiente el objeto central de esta teoría, como se aseveró anteriormente, ya no es la noción de pena en sentido estático sino ella como una posible respuesta drástica –violenta- proveniente del Estado (poder) en sentido dinámico o, dicho de otra manera, en la teoría del saber penal se alude a la pena –incluyendo a la medida de seguridad- en un sentido estático, mientras en la teoría de la responsabilidad punitiva del Estado –teoría de la coerción penal- se hace mención a la pena –incluyendo la medida de seguridad, se reitera- en un sentido dinámico.

4. El ejercicio de esa posibilidad de respuesta punitiva por parte del Estado, no necesariamente se habrá de dar por cuanto pueden ocurrir una serie de eventos, ajenos tanto al injusto como a la culpabilidad y que por lo tanto no hacen parte del delito, cuya función sería imposibilitar la emisión de esa respuesta esa respuesta¹⁰⁹. En ese sentido esos eventos, no obstante no ser parte del delito, se convierten en un filtro normativo más al efectivo ejercicio del poder punitivo de carácter extrasistémico.

Esos eventos, que suelen ser llamados excusas absolutorias¹¹⁰, y pueden ser clasificados como: (a) penales, caso en el que bien excluyen de antemano la pena o facultan al juez

¹⁰⁹ Se habrá de seguir aquí, lo que, quien escribe, aseverara en otra oportunidad en **BOTERO BERNAL, José Fernando. *Estudio crítico a los delitos contra el Honor. Bases e iniciación de una teoría de la Parte Especial del Derecho Penal Objetivo. A la luz de una dogmática realista antropológica*. Op.cit., p. 58-60, §81-§86.**

¹¹⁰ **MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría General del Delito*. 2ª edición reimpresión. Bogotá: Temis, 1999, p. 134-135. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición, revisada y puesta al día conforme al código penal de 1995. Valencia: Tirant lo blanch, 1996, p. 419-420. En el texto antes citado se denominan *Excusas absolutorias* a cualquier supuesto penal personal que excluya o cancele la pena. **STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal. Parte General, I. El Hecho Punible*. Op.cit., p. 73. Dicho autor denomina a las subdivisiones de los supuestos de naturaleza penal como “*Causas personales que excluyen la punibilidad (excusas absolutorias)*” (p. 73)****

para prescindir de ella o la cancelan por la verificación de un acto posterior a la comisión del delito y (b) procesales.

6. Los eventos penales son aquellos supuestos personales que (a) excluyen y/o (b) cancelan la aplicación de la pena. En el primer caso (a) *excluyen la pena o posibilitan que se prescinda de la misma* como quiera que existen al momento de comisión de la conducta punible por ejemplo: la posibilidad de prescindir de la pena cuando la madre aborta bajo extraordinarias circunstancias de anormalidad (parágrafo del art. 124 CP), cuando se prevé la posibilidad de no aplicar la pena a los parientes en los delitos culposos o con penas no privativas de la libertad bajo una serie de condiciones señaladas en la ley penal (inc. 2º. del art. 34 CP). En el segundo caso (b), *cancelan la aplicación de la pena*, en atención a un acto que ocurrió después de la comisión del delito y el cual no necesariamente dependen de su autor, a título ilustrativo: la retractación después de presentada la querrela (art. 82 numeral 8º. CP, art. 225 CP), la amnistía propia (art. 82 numeral 3º. CP). Esos eventos que excluyen la pena o la cancelan se parecen en tanto que posibilitan prescindir de la pena pero se diferencian por el momento de su surgimiento, como en la relación que tienen con el agente, en la medida en que la circunstancia que imposibilita la aplicación de la pena puede ser ajena o no a éste mientras que la que la cancela no.

7. los eventos procesales serían aquellos supuestos que (a) se requieren para que el Estado pueda ejercitar su potestad punitiva frente a determinadas conductas punibles esos supuestos son denominados requisitos de procesabilidad, ejemplo de estos supuestos serían por ejemplo la querrela (art. 71 a 74 del Código de Procedimiento Penal¹¹¹) y la petición especial (art. 75 CPP/04). (b) de presentarse, imposibilitan proseguir con el proceso o investigación penal y que pueden denominarse circunstancias que impiden proseguir el proceso penal -causales de extinción de la potestad punitiva del Estado vertidas en el artículo 82 CP y no tenidas como causales de cancelación de la pena- por ejemplo: la muerte del agente durante el proceso penal (art. 82 numeral 1º. CP). El desistimiento de la querrela (art. 76 CPP/04). El pago en la conducta punible de "emisión y transferencia ilegal de cheque" (Art. 248 CP), La oblación (art. 82 numeral 5 CP), la conciliación (art. 522 CPP/04) y demás eventos contemplados en el art. 77 del CPP/04.

8. La diferencia entre las causales que cancelan la pena y las circunstancias que impiden proseguir el proceso penal, reside en que aquellas impiden la imposición de la pena mientras éstas imposibilitan iniciar o proseguir el proceso penal, por ejemplo la retractación antes de iniciarse el proceso penal impide que se pueda acudir a la vía penal para que se investigue determinada conducta por lo que opera como circunstancia que impide iniciar o proseguir el proceso penal, pero si la retractación se da una vez iniciado el proceso penal se convierte en un supuesto o causal que cancela la posibilidad de aplicar la pena.

¹¹¹ En adelante se habrá de utilizar las locuciones CPP/04 para denotar a la ley 906 de 2004.

VI. Colofón.

1. Quedan así sentadas las bases y su concreto desarrollo de un derecho penal configurado desde la persona real y para la persona real, persona que está siendo constantemente seleccionada por el poder punitivo, de forma arbitraria y por lo tanto irracional, para ejercitar sobre ella su poder de vigilancia y sancionador.

Por lo tanto es menester que ella configure un sistema racional con el fin de limitar y reducir ese ejercicio en bien de ella y de quienes coexisten con ella en procura de una pleno y real Estado Constitucional de Derecho.

2. Así las cosas, el derecho penal tutela al primer bien jurídico –ente de tutela-, sin el cual no tendrían razón los demás dentro de un Estado de Constitucional de Derecho, a la persona, pero no cualquier persona sino aquella que es real, “de carne y hueso” –concreta (Bustos Ramírez)-, es decir, el bien jurídico es la persona real, no habría bien jurídico vida sin persona real, no habría bien jurídico integridad personal sin persona real, no habría bien jurídico libertad sexual sin persona real etc.

Se puede objetar al siguiente razonamiento que confunde al titular del bien jurídico con éste -el bien jurídico- pero ello no es así por cuanto si se prescinde de la persona real no tendría razón hablar del bien jurídico vida, integridad personal, patrimonio económico, libertad individual, libertad sexual por cuanto éstos no existirían desde una postura realista, existe vida, integridad personal etc, porque existe la persona real.

3. En conclusión, un derecho penal con un valor de verdad, configurado por y para la persona real, al menos a de los países periféricos, no puede ser sino limitador y reductor del ejercicio del poder punitivo y en ese sentido todo el derecho penal y con él las diversas teorías –segmentos- que le conforman deben estar dotadas de una funcionalidad política con una clara finalidad el bien de la persona real que se expresa en un Estado Constitucional de Derecho. Así entonces el fin –abolición- del derecho penal es el principio del Derecho Penal.

VII. Bibliografía.

Los textos básicos utilizados fueron:

AGUDELO BETANCUR, NÓDIER. *Curso De Derecho Penal. Esquemas del delito.* 2ª. edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992.

AGUDELO BETANCUR, NÓDIER. *La estructura del delito en el nuevo código penal.* Medellín: Nuevo Foro, s.f.

AMBOS, KAI. *Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional.* En **AMBOS, KAI.** *Estudios de Derecho Penal Internacional.* Bogotá: Leyer, 2005.

ANTOLISEI, FRANCESCO. *Manual de Derecho penal. Parte General.* Traducción directa del italiano por Juan del Rosal y Ángel Torio. Buenos Aires: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana UTEHA, 1960.

BACIGALUPO, ENRIQUE. *Delito y Punibilidad.* Madrid: Civitas, 1983.

BACIGALUPO, ENRIQUE. *Manual de Derecho Penal.* Bogotá: Temis, 1984.

BARATTA, ALESSANDRO. *Derechos Humanos: Entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos.* En **BARATTA, ALESSANDRO.** *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam.* Buenos Aires: B de f, 2004.

BARATTA, ALESSANDRO. *Principios del Derecho penal mínimo. Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal.* En **BARATTA, ALESSANDRO.** *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam.* Buenos Aires: B de f, 2004,

BARRATA ALESSANDRO. *Criminología crítica y crítica al derecho penal.* Madrid: Siglo XXI, 1986.

BENÍTEZ NARANJO, HERNÁN DARÍO. *Tratamiento jurídicopenal del Indígena colombiano ¿inimputabilidad o inculpabilidad?.* Bogotá: Temis, 1988.

BERGALLI, ROBERTO. *Sociología de la desviación.* En **BERGALLI, ROBERTO, BUSTOS RAMÍREZ, JUAN Y MIRALLES, TERESA.** *El pensamiento Criminológico I. un análisis crítico.* Bogotá: Temis, 1983, p. 165 a 169.

BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO. *Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría política del delito en Alemania, Italia y España.* En: Nuevo Foro Penal. Bogotá, N°. 59 (enero-marzo. 1993); p. 41- 55.

BOTERO BERNAL, JOSÉ FERNANDO. *Estudio crítico a los delitos contra el Honor. Bases e iniciación de una teoría de la Parte Especial del Derecho Penal Objetivo. A la luz de una dogmática realista antropológica.* Bogotá: Leyer, 2002.

BOTERO BERNAL, JOSÉ FERNANDO. *Lineamientos generales de una política criminal de los derechos humanos. Desde una postura personalista realista.* En *Opinión Jurídica* Vol. 4, No. 7 (Enero-junio, 2005); p. 65 a 85.

BOTERO BERNAL, JOSÉ FERNANDO. *Lineamientos Generales de una política criminal de los Derechos Humanos. Desde una postura realista antropológica.* En *Intercambios* –revista electrónica Argentina- año 4, No. 10 (septiembre de 2005) del Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de la Plata: www.jursoc.unlp.edu.ar/intercambios.

BOTERO BERNAL, JOSÉ FERNANDO. *Lineamientos Generales de una política criminal de los Derechos Humanos. Desde una postura realista antropológica.* En *Diritto & Diritti* -Electronic Law Review-, (2004): <http://www.diritto.it/articoli/transnazionale/index.html>.

BOTERO BERNAL, JOSÉ FERNANDO. *Visión crítica de la metodología de las sistemáticas teleológicas en el derecho penal. Desde la persona real configuradota del derecho penal.* En VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. (Coordinador) *et al. Derecho Penal Liberal y Dignidad Humana. Libro Homenaje al doctor Hernando Londoño Jiménez.* Bogotá: Temis, 2005, p. 133-166.

BÜLLESBCH, ALFRED. *Enfoques de teoría de sistemas.* En KAUFMANN, ARTHUR Y HASSEMER WINFRIED. *El pensamiento jurídico contemporáneo.* Madrid: Debates, 1992, p. 311-332.

BUSTO RAMÍREZ, JUAN J./HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN. *Nuevo sistema de Derecho Penal.* Madrid: Trotta, 2004.

BUSTO RAMÍREZ, JUAN/HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN. *Lecciones de Derecho Penal, Volumen I.* Madrid: Trotta, 1997.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. *Introducción al Derecho Penal.* Bogotá: Temis, 1986

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. *La imputabilidad en un Estado de Derecho. Su revisión crítica desde la teoría de las subculturas y la psiquiatría alternativa.* En BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. *Bases críticas de un nuevo Derecho Penal.* Bogotá: Temis, 1982, p. 87ss.

CANCINO MORENO, ANTONIO JOSÉ. *Las instituciones Penales Colombianas y su evolución a partir del código de 1837.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1986 -Tomo I y II-/1990 –tomo III y Tomo I de la Parte Especial-.

CANCIO MELIÁ. MANUEL. *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito.* En MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO *et al. El funcionalismo en Derecho Penal. I. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, centro de investigaciones en filosofía y Derecho, 2003.

CANCIO MELIÁ. MANUEL. *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito.* En JAKOBS, GÜNTHER Y CANCIO MELIÁ, MANUEL. *El sistema funcionalista del derecho penal. Ponencias presentadas en el II Curso*

Internacional de Derecho Penal (Lima, 29,31 de agosto y 01 de setiembre (sic) del 2000. Lima: Grijley, 2000, p. 17-42.

CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS. *Derecho Penal: Concepto y principios constitucionales.* 3ª. Edición. Valencia: tirant lo blanch, 1999.

CHRISTIE, NILS. *Derecho Penal y la sociedad civil. Peligros de la sobrecriminalización.* En **BARRETO ARDILA, HERNANDO et al. *Memorias. XX Jornadas internacionales de Derecho Penal.*** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS. *La racionalidad de las leyes penales.* Madrid, Trotta, 2003.

DONINI, MASSIMO. *¿Una nueva edad media penal?. Lo viejo y lo nuevo en la expansión del derecho penal económico.* En **Nuevo Foro Penal**, tercera época, año I, No. 65 (mayo/agosto 2003); p. 92 – 119, en especial p. 100 – 119.

ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO. *Derecho Penal. Parte General.* 2ª. edición. Bogotá: Temis, 1986.

FERNÁNDEZ CARASQUILLA, JUAN. *¿Es todavía posible una dogmática penal en América latina?.* En **Derecho Penal y Criminología**, Bogotá, Vol. XIV, No. 47-48 (mayo/diciembre 1992); p. 55.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN. *Derecho Penal Fundamental. Vol. I.* 2ª. Edición. Bogotá: Temis, 1986. – hay una tercera edición por Gustavo Ibáñez, 2004, p. 42 a 68-.

FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho Penal Mínimo.* En **BUSTOS RAMÍREZ, JUAN (director) et al. *Prevención y la Teoría de la Pena.*** Santiago: ConoSur, 1995, p. 25 a 48.

FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.* Traductores Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mahino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Madrid: Trotta, 1995.

FERRI, ENRICO. *Sociología Criminal. Tomo Primero.* Versión española por Antonio Soto Hernández. Madrid: Góngora, s.f..

FOCOAULT, MICHAEL. *La verdad y las formas jurídicas.* Traducción Enrique Lynch. Barcelona, 2000.

FOCOAULT. MICHAEL. *Vigilar y castigar.* 18ª. edición. Madrid: Siglo XXI, 1990.

GALVEZ ARGOTE, CARLOS AUGUSTO. *Siglo y medio de codificación penal. Las motivaciones reales de los códigos penales colombianos.* En **Nuevo Foro Penal**, No. 38 (octubre/diciembre, 1987); p. 449-458.

GARCÍA MORENTE, MANUEL. *Lecciones Preliminares de Filosofía.* Bogotá: Nacionales, 1984.

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE. *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?*. Bogotá: Temis, monografías jurídicas número 29, 1983.

GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I.* Bogotá: Doctrina y ley, 2001.

HASSEMER, WINFRIED Y MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Introducción a la criminología y al Derecho penal.* Valencia: Tirant lo blanch derecho, 1989.

HASSEMER, WINFRIED. *Fundamentos del Derecho Penal.* Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

HASSEMER, WINFRIED. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal.* Santafé de Bogotá: Temis, 1999.

HEIDEGGER, MARTÍN. *¿Qué es la filosofía?*. Prologo, traducción y notas aclaratorias de Jesús Adrián Escudero. Barcelona: Herder, 2004.

HULSMAN, LOUCK Y BERNAT DE CELIS, JACQUELINE. *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa.* Barcelona: Ariel Derecho, 1984.

IBAÑEZ GUZMÁN, AUGUSTO J. *Apuntes de Derecho Penal. Parte General.* 2ª edición. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 1998.

JAKOBS, GÜNTHER. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación.* 2ª edición, Traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JAKOBS, GÜNTHER. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación.* 2ª edición, Traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1995.

JAKOBS, GÜNTHER. *Estudios de Derecho Penal.* Traducción al castellano y estudio preliminar Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez y Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas/UAM, 1997.

jakobs, günther. *Sociedad, norma, persona en una teoría de un derecho penal funcional.* traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 1996.

JESCHECK, HANS-HEINRICH. *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* Vol. Primero. Traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosh, 1981.

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS. *La ley y el Delito. Principios de Derecho Penal.* 2ª edición, Buenos Aires/ciudad de México: Hermes, 1954.

KANT, INMANUEL. *Crítica de la Razón Pura. Tomo II.* Traducción de José Rovira Armengoi, Bogotá: Universales, 1987.

LUCAS, JUAN DE SAHAGUN. *Las dimensiones del hombre. Antropología filosófica*. Salamanca: Sígueme, 1996.

MANTOVANI, FERRANDO. *Sobre la perenne necesidad de la codificación*, trad. Jesús Martínez Ruiz *En Revista electrónica de ciencia penal y criminología – RECPC-*, número 01, (1999); p. 1. El texto completo puede ser consultado en la siguiente dirección en Internet: www.criminet.ugr.es/recpc, más exactamente: www.criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-01.html.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, MAURICIO. *Política Criminal, Justicia Penal y Constitución Política de 1991. La violación de los principios rectores y de los derechos fundamentales*. Bogotá: Temis, 1999.

MENDOZA, VÍCTOR LEÓN. *Derecho Penal General*. 3ª. edición. Bogotá: Temis, 1991.

MIR PUIG, SANTIAGO. *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*. Barcelona: Bosch, 1975.

MIR PUIG, SANTIAGO. *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*. Barcelona: Bosch, 1975.

MOCCIA, SERGIO. *Funciones sistemáticas de la política criminal. Principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente*. *En* SILVA SÁNCHEZ, JESUS MARIA *et al. Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1995, p. 73-98.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Teoría General del Delito*. 2ª edición reimpresión. Bogotá: Temis, 1999.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO Y GARCÍA ARÁN, MERCEDES. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición, revisada y puesta al día conforme al código penal de 1995. Valencia: Tirant lo blanch, 1996.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Derecho Penal y control social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*. 2ª. edición. Valencia: Tirant Lo blanch, 2001, p. 27ss.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1975.

NOVOA MONREAL, EDUARDO. *Cuestiones de Derecho Penal y criminología*. Santiago de Chile: Ediar/ConoSur, 1987.

PEÑA FREIRE, ANTONIO MANUEL. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997.

PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE; SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS Y CANCIO MELIÁ, MANUEL. *Un nuevo sistema del Derecho penal: consideraciones sobre la*

teoría de la imputación de Günter Jakobs. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

PÉREZ, LUIS CARLOS. *Derecho Penal. Partes General y Especial. Tomo I*. reimpresión de la 1ª. edición. Bogotá: Temis.

QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO. *Curso de Derecho Penal. I*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1963.

RESTA, ELEGIO. *La desmesura de los sistemas penales*. En **BUSTOS RAMIREZ, JUAN (director) et al.** *Prevención y teoría de la pena*. Santiago de Chile: ConoSur, 1995, p. 137 a 149.

REYES ALVARADO, YESID. *Imputación objetiva*. Bogotá: Temis, 1994.

REYES ECHANDÍA, ALFONSO. *Derecho Penal. Parte General*. Reimpresión de la undécima edición. Bogotá: Temis, 1989.

ROMERO SOTO, LUIS ENRIQUE. *El código Penal de 1837: Marco Histórico de su vigencia*. En *Nuevo Foro Penal*, No. 38 (octubre/diciembre, 1987); p. 413-422.

ROXIN, CLAUS. *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. traducción de la 2ª. edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente, Barcelona: Civitas, 1997.

SÁINZ CANTERO, JOSÉ A. *La ciencia del Derecho Penal y su evolución*. Barcelona: Bosch, 1970.

SANDOVAL HUERTAS, EMIRO. *Sistema penal y criminología crítica*. Bogotá: Temis, 1989.

SCHEERER, Sebastián et al. *Abolicionismo penal*. Traducción del inglés por Mariano Alberto Ciafardini y Mirta Lilian Bondanza, Buenos Aires: Ediar, 1989.

SCHÜNEMANN, BERND. *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal*. En **SCHÜNEMANN, BERND et al.** *El sistema moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales. Estudios en Honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*. Traducción y notas Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: tecnos, 1991, p. 31-80.

SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, JOSÉ RAMÓN. *Conocimiento científico y fundamentos del derecho penal*. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. *Aproximaciones al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: José María Bosch, 1992.

SOTOMAYOR, JUAN OBERTO. *Inimputabilidad y Sistema Penal*. Bogotá: Temis, 1996.

STRATENWERTH, GÜNTHER. *Derecho Penal. Parte General, I. El Hecho Punible.* Traducción de la 2ª edición alemana (1976) de GLADIS ROMERO, Madrid: Derecho Reunidas –EDERSA- Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1982.

SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS Y CANCIO MELIÁ, MANUEL. *Un nuevo sistema del Derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günter Jakobs.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Manual de Derecho Penal.* 2ª. edición. Bogotá: Temis, 2004.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. *El Derecho Penal Colombiano y la ley importada.* En *Nuevo Foro Penal*, No. 38 (octubre/diciembre, 1987); p. 427-438.

WESSELS, JOHANNES. *Derecho Penal. Parte General.* Buenos Aires: Depalma, 1980.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *Hacia un realismo jurídico penal marginal.* Caracas: Monte Avila editores latinoamericanos, 1992, p. 59-88.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ALAGIA, ALEJANDRO Y SLOKAR, ALEJANDRO. *Manual de Derecho Penal. Parte General.* Buenos Aires: Ediar/Temis, 2005.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. Culpabilidad por vulnerabilidad. En *Anthropos. Huellas del conocimiento* (204, 2004), p. 136

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal.* 2ª. edición. Bogotá: Temis, 1990, p.3ss.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *Manual de Derecho Penal.*, México D.F.: Cárdenas Editor y Distribuidor, 1986.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal.* Buenos Aires: Universidad Nacional de Rosario/Ediar, 2004.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL/PIERANGELI, JOSÉ ENRIQUE. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral.* 5ª. edição; São Paulo: revista dos tribunais, 2004.