

Nociones introductorias a un curso de Derecho penal - Parte general¹

***Basic Concepts for a Criminal Law Course-General Part
Notions introductives à un cours de Droit Pénal-Partie générale***

Henry Roberto Solano Vélez²

Muy poco es lo que dejo concluido, acabado, si es que algo dejo; y para ser coherente con mi plan no debo hacerlo. El lector tiene que poner de sí tanto como he puesto yo. Busco menos desarrollar o exponer un pensamiento o un tema que traerte, lector, a la atmósfera de ese pensamiento o de ese tema, para que de allí en adelante tú prosigas tu vuelo.

Walt Whitman

Resumen

Este escrito constituye el primer capítulo de lo que aspira a convertirse en un manual de derecho penal (parte general) para mis estudiantes. Por tanto, además de contener unas nociones introductorias a un curso de derecho penal-parte general, traza el programa que se erige como horizonte de proyección del mencionado manual. Pues bien, este escrito o primer acápite aborda los siguientes temas: en primer lugar, la ubicación del derecho penal en el universo; en segundo lugar, el derecho penal y el contexto jurídico político; en tercer lugar, el concepto, el contenido y la delimitación de la

-
- 1 El presente artículo es resultado de la investigación adelantada por el autor como profesor del área de derecho penal. Su objetivo consiste en trazar un programa para un curso de derecho penal, parte general.
 - 2 Abogado y especialista en derecho procesal de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín. En la actualidad cursa estudios de doctorado en Filosofía en dicha Universidad y es profesor de derecho penal de la misma. Correo electrónico: hsolanovelez@une.net.co

Este artículo fue recibido el día 8 de septiembre de 2008 y aprobado por el Consejo Editorial en el Acta de Reunión Ordinaria No. 8 del 2 de diciembre de 2008.

parte general del derecho penal; en cuarto y último lugar, la finalidad o teleología de la parte general del derecho penal.

Palabras Clave: Derecho penal, Estado de derecho, Sanción penal, Enseñanza jurídica.

Abstract

This article is the first chapter of a *Criminal Law Syllabus* that is being written for students. Therefore, it contains *basic concepts for a criminal law course*, and furthermore, it sketches the program and future scope of the aforementioned Syllabus. Accordingly, this writing or *first chapter* approaches the following topics: in the first place, the location of the criminal law in the universe; in the second place, the criminal law and the political and legal context; in the third place, the concept, content and delimitation of the basics of criminal law; and, in the last place, the purpose or teleology of the basics of criminal law.

Key Words: Criminal Law, Rule of Law, Penal sanctions, Legal education.

Résumé

Ce document constitue le premier chapitre de ce qui aspire à devenir un Manuel de Droit Pénal (partie générale) pour étudiants. Par conséquent, en plus de contenir des notions introductives à un cours de droit pénal - partie générale, il trace le programme érigé comme horizon de projection du manuel mentionné. Alors, ce document ou premier chapitre aborde les sujets suivants: d'abord, l'emplacement du droit pénal dans l'univers; deuxièmement, le droit pénal et le contexte juridique et politique; en troisième lieu, le concept, le contenu et la délimitation de la partie générale du droit pénal; et en dernier lieu, le but ou la téléologie de la partie générale du droit pénal.

Mots Clés: Droit pénal, Etat de Droit, Sanction pénale, Enseignement du droit.

Sumario:

1. *El derecho penal y su ubicación en el universo.* 2. *El derecho penal y el contexto jurídico político.* 3. *Concepto, contenido y delimitación de la parte general del derecho penal.* 4. *Finalidad o teleología de la parte general del derecho penal.* Bibliografía.

1. El derecho penal y su ubicación en el universo

El universo, conceptualmente in-finito en tanto es ilimitado, es el conjunto de todo cuanto hay, es decir, el conjunto de todas las cosas³, entre las que se encuentran las *naturales*, que existen en el tiempo y en el espacio, como los árboles y los ríos, y que tienen en sí mismas el principio de su movimiento⁴; las *ideales*, que, además de ser inmóviles, carecen de existencia espacio temporal, aunque son seres objetivos pensados, obvio es decirlo, por los seres humanos, “cuya realidad no se da ahí afuera en el espacio; y cuyo ser no se agota en mi fenómeno mental de pensarlos, pues es el mismo en el contenido de los pensamientos de múltiples personas que se los representen, y siguen siendo lo que son cuando nadie los piensa”⁵, como, por ejemplo, los números y las figuras geométricas.

Así mismo, en el universo existen otros objetos denominados *culturales*, conformados por las obras que los seres humanos realizan en su vida, los cuales constituyen una especie de “*proyección humana*”, productos, por ende, de la acción del hombre y, por consiguiente, dotados de significación y de sentido. Lo anterior, toda vez

3 Al respecto, afirma Lucrecio en *De la naturaleza*: “Así pues, el universo no está limitado en ninguna dirección; pues de estarlo, debería tener un extremo. Pero es evidente que no puede existir un extremo de nada si más allá no hay algo que lo delimita; de modo que se vea el punto allende el cual ya no puede seguir nuestra vista. Ahora bien, como más allá del todo hay que reconocer que no hay nada, no tiene extremo y carece, por tanto, de límite y medida”. (VALENTÍ FIOL, Eduardo. Barcelona: Círculo de Lectores, 1998, p. 58). Es decir, si el universo fuese finito, esto es, limitado, dejaría de ser *uni*-verso, por cuanto existiría otra cosa con la cual aquél limitaría, convirtiéndose, de paso, en *multi*-verso.

4 Entendiendo esta expresión, *movimiento (Kinesis)*, como cambio o modificación. En tal sentido, Aristóteles afirma que la diferencia entre las cosas naturales y las artificiales radica en que las primeras tienen en sí mismas el principio de su movimiento, mientras que en las otras el principio de su movimiento proviene de fuera de ellas (Cfr. “*Metafísica*”. (P. SAMARANCH, Francisco de, Trad.). En: Obras, 2ª Ed. Madrid: Aguilar, 1967, pp. 961 y s).

5 RECASÉNS SICHES, Luis. Introducción al estudio del derecho. 14ª. Ed. México: Porrúa, 2003. p. 5.

que el ser humano, en cuanto ser racional que es, siempre obra por un motivo, por un *por qué*, y buscando una finalidad, con un *para qué*. Ejemplos de estos objetos son las casas, las sillas, las poesías, las canciones, las herramientas, el ***derecho***.

El ser humano, en tanto ser racional que es, contrario a lo que ocurre con los *demás* animales, no obra ***generalmente*** por instinto, es decir, no hace uso del mecanismo automático de reacción frente a las necesidades del cual la naturaleza lo ha dotado; por el contrario, frente a una necesidad se le abre un abanico de diversas posibilidades existenciales entre las cuales él, luego de ponderar la idoneidad de las mismas para la satisfacción de dicha necesidad, es decir, luego de valorar, debe escoger una de ellas, desechando las demás, acorde con la finalidad que se ha propuesto. Es eso, justamente, en lo que se materializa su libre albedrío. Por ello, “la estructura del hacer humano consiste en que se quiere hacer lo que se hace, *por algo* (por un motivo, que deriva de una urgencia, de una necesidad, de un afán) y *para algo* (con una finalidad), todo lo cual está dotado de sentido o significación”⁶. Esto es, el ser humano obra siempre por un por qué, por un motivo, constituido por una necesidad o penuria, y con un para qué, con una finalidad, consistente en satisfacer dicha penuria o necesidad. Por tanto, vivir es, precisamente, “ocuparse en algo para algo, teniendo que decidirse entre las varias posibilidades que ofrece la circunstancia en la que uno está alojado. Ahora bien, para decidirse por una de las varias posibilidades que el contorno ofrece, es preciso *elegir*; y para elegir es necesario preferir; y para preferir es necesario estimar o valorar. Por eso, la trama o proceso de la vida humana consiste en una sucesión de valoraciones”⁷.

Así las cosas, los objetos culturales, entre ellos el derecho, se diferencian de los demás objetos que componen el universo en cuanto, en tanto proyección del ser humano que son, se encuentran dotados de significación y de sentido, toda vez que su creación obedece a un motivo, necesidad o penuria, y a una finalidad, la satisfacción de esta. Por tal razón, afirma el maestro Recaséns Siches, en su pluricitada obra, que dichos objetos constituyen ***vida humana objetivada***⁸.

6 *Ibid.*, p. 18.

7 *Ibid.*, p. 20.

8 Cfr. *Ibidem.*, pp. 25 y ss. Además, puede consultarse una exposición magistral sobre el particular en el capítulo atinente a la ontología jurídica en AFTALIÓN, Enrique R., VILANOVA, José y RAFFO, Julio. Introducción al derecho. 3^a. Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. pp. 353 y ss.

En ese orden de ideas, puede afirmarse que el derecho es un objeto cultural (vida humana objetivada), constitutivo de un orden normativo regulador de la conducta humana, que surge con ocasión del conflicto, cuyo origen radica en que los bienes –medios para la satisfacción de las necesidades humanas– son limitados, en tanto que las necesidades son ilimitadas⁹, y cuya *finalidad* radica en posibilitar la **existencia en coexistencia**.

Sin embargo, debe diferenciarse el derecho de otros órdenes normativos reguladores de la conducta humana, puesto que afirmar su carácter de ordenación de la misma constituye apenas una referencia a su género próximo sin indicar su diferencia específica. Así las cosas, y teniendo en cuenta que la acción de definir consiste en una sustitución de un conjunto de signos lingüísticos complejos por uno más simple en el cual se indique el género próximo y la diferencia específica del concepto definido, bien puede decirse que el derecho es la ordenación coercible, heterónoma, generalmente bilateral y preferentemente exterior de la conducta humana, que surge con ocasión de los conflictos de intereses, reales o eventuales, creada con miras a posibilitar la existencia en coexistencia.

Pues bien, siguiendo el orden propuesto en la definición y procediendo con la explicación de la misma, debe decirse lo siguiente: en primer lugar, que el derecho sea coercible significa que existe la *posibilidad* de acudir a la fuerza legítima del Estado para respaldar el cumplimiento de sus normas; en segundo lugar, que sea heterónomo quiere decir que su vigencia no depende de las “convicciones personales”¹⁰, aceptación o adhesión íntima de sus destinatarios, sino que viene impuesta desde afuera; en tercer lugar, que sea generalmente bilateral significa que las normas jurídicas son, salvo las normas instrumentales que se ocupan de regular las cargas¹¹, imperativo-atributivas, en tanto regulan conductas en interferencia intersubjetiva o relaciones entre personas, que ocupan en ellas posiciones constitutivas de situaciones de ventaja y de las correlativas situaciones de desventaja

9 En tal sentido, la hermosa monografía de CARNELUTTI, Francesco. *Cómo nace el derecho*. (SENTÍS MELENDO, Santiago y AYERRA REDÍN, Marino, Trads.). 4a. Reimpresión de la 3ª. Ed. Bogotá: Temis S. A., 2004. p. 9.

10 Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*, Cuadragésimo séptima Ed. México: Porrúa, 1995. pp. 22 y ss.

11 Cfr. GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. (FERRER I BELTRÁN, Jordi, Trad.). Barcelona: Gedisa, 1999. pp. 110 y ss.

(derecho-deber, privilegio-no derecho, potestad-sujeción, inmunidad-incompetencia) ; en cuarto lugar, que sea preferentemente exterior quiere decir que centra su interés en las consecuencias externas que puede acarrear la conducta humana¹², obvio es decirlo, sin olvidar la cara interna de la misma, sin la cual carece de significación y de sentido y lo que la convertiría en un simple proceso causal ciego; en quinto y último lugar, se afirma que dicha ordenación tiene por motivo el conflicto de intereses y por finalidad posibilitar la existencia en coexistencia, en tanto el cometido del derecho no radica en purificar las almas, en crear buenos samaritanos o en buscar el perfeccionamiento íntimo de las personas, aspectos estos constitutivos sí de las finalidades propias de la moral; sino, por el contrario, en posibilitar la vida en relación con los otros, la cual se ve en entredicho por la presencia de los conflictos de intereses originados por la desproporción existente entre los bienes y las necesidades, como quiera que constituye una verdad de perogrullo el hecho de que no pueda hablarse de existencia sin coexistencia, no sólo porque el ser humano es un ser social por naturaleza, sino porque la coexistencia es imprescindible para la satisfacción de dichas penurias y para comunicar la interpretación sobre el mundo¹³.

Ahora bien, cuando el legislador crea el derecho positivo, lo hace buscando estimular o desestimar conductas. Para ello, objetiva una conducta a título de supuesto de hecho de una norma y asocia una consecuencia jurídica a su realización en el mundo fenomenológico, consistente bien en una recompensa, si lo que quiere es estimularla, o bien en una pena, si lo que se busca es desestimarla; todo lo cual depende de si la conducta ha sido respectivamente valorada o desvalorada en orden a posibilitar la existencia en coexistencia.

El derecho penal en sentido objetivo o positivo (*ius poenale*) –positivo, adviértase de paso, en tanto puesto o impuesto por el hombre– es, pues, un sector del derecho y, por ende, un objeto cultural que regula en forma coercible, generalmente bilateral, heterónoma y preferentemente exterior la conducta humana (género próximo), con miras a posibilitar la existencia en coexistencia, por vía del desestímulo de aquellas conductas que constituyen los atentados más graves e intolerables

12 Cfr. RADBRUCH, Gustav. Introducción a la filosofía del derecho. (ROCES, Wenceslao, Trad.). 8ª. Reimpresión de la 1ª. Ed. México-Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2002. pp. 53 y ss.

13 No es posible imaginarse un mundo en el cual todos los días hubiese que redescubrir el fuego.

en contra de los bienes jurídicos, a través de la asociación de penas, en cuanto consecuencias jurídicas consistentes en la privación de derechos, a la realización de conductas punibles, en cuanto supuestos de hecho de las respectivas normas que lo componen (diferencia específica).

2. El derecho penal y el contexto jurídico político

Como quiera que las normas jurídicas constituyen instrumentos de poder y, por ende, sus *contenidos* dependen de decisiones políticas, no es posible efectuar un estudio riguroso de fenómeno jurídico alguno sin antes referirse, así sea en forma sumaria, al contexto jurídico político en el cual dicho fenómeno se encuentra inserto.

A lo largo de la historia ha habido dos contextos o, mejor dicho, dos idearios jurídico políticos que se constituyen como paradigmas de cualquier modelo de Estado posible: El ideario *personalista* y el ideario *transpersonalista*¹⁴.

El primero de ellos, el modelo de Estado *personalista*, encuentra en el ser humano un fin en sí mismo, esto es, no lo cosifica ni lo instrumentaliza en función de dudosos valores colectivos, tales como las eufemísticamente denominadas *teorías de la seguridad*: seguridad pública, seguridad colectiva, seguridad ciudadana. Para este paradigma jurídico político, siguiendo las ideas kantianas¹⁵, el ser humano, en tanto carece de valor de cambio, en vez de precio tiene dignidad. En ese orden de ideas, se le respeta a cada ser humano, como ser racional que es, la capacidad para darse sus propios fines, es decir, para trazarse su propio destino ético, su proyecto existencial o modelo ideal de vida. Por consiguiente, el Estado se concibe como un medio artificial al servicio de los seres humanos, cuya función primordial debe ser la de posibilitar las condiciones necesarias para que cada uno de ellos alcance el destino ético que se ha trazado.

Por el contrario, el segundo modelo o “paradigma”, es decir, el *transpersonalista*, encuentra en el ser humano un medio o instrumento para el logro de fines o ideales

14 Cfr. RECASÉNS SICHES, Luis. Tratado general de filosofía del derecho. 16ª. Ed. México: Porrúa, 2002. pp. 497 y ss; del mismo autor: Introducción al estudio del derecho. *Op. Cit.*, pp. 322 y ss.

15 Cfr. KANT, Immanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. (MARDOMINGO, José, Trad.). Barcelona: Ariel, 1996. pp. 187 y ss.

colectivos; se trata, por ende, de un modelo de Estado que hace del ser humano una “cosa” al servicio de la colectividad, cuyos fines vienen impuestos por el Estado mismo. Así, pues, se conciben los hombres como medios o instrumentos al servicio del Estado, aniquilando o anulando con ello al individuo y divinizando a la colectividad¹⁶.

Con razón, los modelos descritos, han sido calificados de *irreconciliables*¹⁷, “puesto que se trata de saber si el Derecho y el Estado, al igual que todas las demás instituciones sociales, son *para el hombre*, para el hombre real de carne y hueso, para los seres humanos individuales; o si, por el contrario, el hombre es para el Derecho y el Estado”¹⁸.

Asumir uno u otro modelo de Estado tiene consecuencias, por supuesto disímiles, en materia penal. En el modelo *humanista* o *personalista*, en orden a no instrumentalizar a los seres humanos en función de dudosos valores colectivos, al derecho penal se le asigna como cometido la no punición de ningún inocente, amén de que el castigo de los culpables debe llevarse a cabo con el menor sacrificio posible de sus derechos humanos, sacrificio mínimo, pero en todo caso necesario, para evitar la venganza privada (autotutela) o justicia por la propia mano. Para el modelo *antihumanista* o *transpersonalista*, el derecho penal tiene como finalidad el castigo de todos los culpables a efectos de lograr maximizar la “seguridad” ciudadana.

Por supuesto, dichos idearios, contrarios en sus presupuestos, tienen un elemento en común: el grado de *certeza relativa* en la búsqueda de sus cometidos¹⁹. Así las cosas, un Estado *personalista*, a efectos de que ningún inocente sea castigado, corre el riesgo de absolver culpables; por el contrario, el riesgo asumido en un Estado *transpersonalista* radica en sacrificar a algunos inocentes en búsqueda de ideales colectivos como la seguridad o la pureza de una raza determinada²⁰. Por lo anterior,

16 Al respecto, afirma Don Nicolás Gómez Dávila, en sus *Escolios a un texto implícito*, lo siguiente: “A medida que el estado crece el individuo disminuye” (Selección. Bogotá: Villegas editores S. A., 2002, p. 28).

17 Cfr. RECASÉNS SICHES, Luis. Introducción al estudio del derecho. *Op. Cit.*, p. 322.

18 *Ibid.*, p. 322.

19 Cfr. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. (IBÁÑEZ, Perfecto Andrés; RUIZ MIGUEL, Alfonso; BAYÓN MOHINO, Juan Carlos; TERRADILLOS BASOCO, Juan y CANTARERO BANDRÉS, Rocío, Trads.). 2ª. Ed. Madrid: Trotta, 1997, pp. 105 y ss.

20 Piénsese, por ejemplo, en los monstruosos Estados totalitarios que aparecieron y “desaparecieron” en el siglo XX.

es viable concluir que el riesgo de las democracias radica en *absolver culpables*; el de los totalitarismos, en *condenar inocentes*²¹.

Por ello, el derecho penal positivo de un Estado *personalista* se encuentra conformado por normas consagratorias de un sistema de garantías, tanto formales como materiales, tendentes a contener el ejercicio irracional del poder punitivo, con miras a que ningún inocente sea castigado. Entre tales normas se encuentran, pues, aquellas consagratorias de la presunción de inocencia y del *in dubio pro persona humana*, de conformidad con las cuales toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, durante el eventual proceso al cual se le vincule, hasta tanto no exista una sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada que desvirtúe dicha presunción; así mismo, cualquier duda que surja en el proceso penal en torno a la responsabilidad penal de una persona debe resolverse en favor de ella. En tal sentido, son contundentes las palabras expresadas por el profesor Nicola Framarino Dei Malatesta en su obra “Lógica de las pruebas en materia criminal”:

La pena que recae sobre un inocente turba la tranquilidad social más de lo que la ha perturbado el delito que se trata de castigar, ya que cualquiera piensa que puede ser, en un caso dado, víctima de un error judicial. Si en mínima parte despertamos en la conciencia social dudas acerca de la injusticia de la pena, esta no será ya seguridad para los hombres honrados, sino fuente de perturbación de esa misma tranquilidad que ella está obligada a restablecer; no será ya una defensora del derecho, sino una fuerza espantable, que a su vez puede abatir el derecho inerme²².

Contrario sensu, el derecho penal positivo de un Estado *transpersonalista* se encuentra conformado por normas encaminadas a maximizar la intervención punitiva en orden a lograr la seguridad colectiva o cualquier otro ideal colectivo al costo que dicho objetivo implique, obvio es decirlo, en detrimento de la dignidad humana. Entre tales normas se encuentran aquellas contentivas de la presunción de culpabilidad y del *in dubio contra reo*, de conformidad con las cuales es la persona vinculada al proceso penal en quien se radica la carga de la prueba de su

21 Con razón, Juan Bustos Ramírez afirma que “la pena no es sino autoconstatación ideológica del Estado” (Manual de derecho penal español. Parte general. Barcelona: Ariel, 1984. p. 39).

22 FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. Lógica de las pruebas en materia criminal. Vol. I. Versión castellana por CARREJO, Simón y GUERRERO, Jorge. 3ª. Reimpresión de la 4ª. Ed. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1997. p. 5.

inocencia, por tanto, de existir dudas en torno a su responsabilidad penal, estas deben desatarse en su contra. Por ello, en este modelo de Estado, más que hablar de una cifra negra u oscura de la criminalidad, se hace referencia a una cifra negra u oscura de la *injusticia*.

Colombia, por lo menos desde la perspectiva de la Carta Magna, es un Estado *personalista*, “fundado en el respeto de la dignidad humana” (Const. Pol., art. 1º.), cuyas autoridades se encuentran “instituidas para proteger a todas las personas..., en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades” (*Ibid.*, art. 2º. inciso 2º.), en el cual se “reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona” (*Ibid.*, art. 5º.); así mismo, es un Estado en el cual a “toda persona se (le) presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable” (*Ibid.*, art. 29).

La Constitución Política hace de Colombia un Estado social y democrático de derecho y, a la vez, un Estado constitucional de derecho.

En primer lugar, es un Estado de *derecho*, por cuanto somete a todos los habitantes al derecho positivo y no a la voluntad del que manda²³, encuadrando jurídicamente el ejercicio del poder, contrario a lo que ocurre en los denominados Estados de policía. En tal sentido, el art. 6º. de la Carta prescribe que “los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes”, mientras que el art. 121 *ibidem* consagra el principio de legalidad en el ejercicio de la función pública, en los siguientes términos: “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”. Por ende, en un Estado de derecho a los particulares les está permitido hacer todo lo que no se encuentre expresamente prohibido –principio de libertad individual–, mientras que los funcionarios públicos sólo pueden realizar aquello que expresamente el derecho positivo les ordene; por esta razón, las competencias deben ser interpretadas en forma restrictiva. *Contrario sensu*, en un Estado de policía los particulares sólo pueden realizar aquello que expresamente les está autorizado por parte del derecho positivo, en tanto que los funcionarios públicos son libres de realizar todo aquello que no se encuentre expresamente prohibido.

23 Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Derecho penal. Parte general. Buenos Aires: Ediar, 2000, p. 5.

En segundo lugar, es un Estado **democrático** de derecho, por cuanto en la creación de dicho derecho positivo debe participar, ora directamente ora a través de sus representantes, el pueblo mismo, a efectos de que la ordenación coercible de la conducta humana, que es en lo que consiste el derecho, no vulnere la dignidad de los sujetos destinatarios, habida cuenta de que los fines del ordenamiento jurídico no serán extraños o ajenos a los suyos propios²⁴ (democracia en sentido formal o procedimental); así mismo, es **democrático** en tanto existe un sistema de garantías preordenado constitucionalmente a la tutela de los derechos fundamentales de todas las personas (democracia sustancial)²⁵. Aunque tal nota característica puede verse reflejada en diversos enunciados normativos vertidos en la Constitución, en forma expresa el art. 1º. *Ibid.*, señala lo siguiente: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república (...), democrática”.

En tercer lugar, es un Estado **social** de derecho (*Ibid.*, art. 1º.), por cuanto el Estado debe cumplir un programa, de contenido predominantemente económico, orientado a posibilitar unas condiciones mínimas que garanticen la existencia digna de todas las personas que lo componen, tal como expresamente lo consagra el art. 13 de la Carta, en sus dos incisos finales: “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

En cuarto lugar, es un Estado **constitucional** de derecho, toda vez que los particulares y los funcionarios públicos se encuentran sujetos a la ley, siempre y cuando esta se encuentre acorde con la Constitución. Se trata, por consiguiente, de un modelo de Estado que no sólo vincula el ejercicio del poder público a leyes generales y abstractas –generales, en cuanto referidas a un número indeterminado pero determinable de personas; abstractas (generalidad en el tiempo), en cuanto referidas a un número indeterminado pero determinable de casos– sino que, además, preordena “todos los poderes del Estado al servicio de la garantía de los

24 Cfr. RECASÉNS SICHES, Luis. Filosofía del derecho. *Op. Cit.*, p. 517.

25 Para una mejor visualización de las diferencias existentes entre las democracias en sentido formal y sustancial, Cfr. FERRAJOLI, Luigi: Derechos y garantías. La ley del más débil. (IBÁÑEZ, Perfecto Andrés y GREPPI, Andrea, Trads.). 4ª. Ed. Madrid: Trotta, 2004. pp. 19 y ss.

derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial²⁶. Por ello, en un Estado constitucional de derecho como el colombiano, a los poderes públicos les está prohibido conculcar derechos fundamentales y les está ordenado protegerlos²⁷. Es decir, si bien se respeta la libertad de configuración política que tiene el legislador al momento de crear las normas jurídicas, dicha libertad no es ilimitada, estando circunscrita al deber de proteger los derechos fundamentales y a la prohibición de conculcarlos. Obvio es decirlo, lo anterior sería nugatorio si no existiese un Tribunal judicial de control que cierre el sistema jurídico, porque, en primer lugar, debe haber un organismo estatal que controle los desmanes del legislativo, y, en segundo lugar, su ausencia generaría que la cadena de control se prolongara hacia el infinito.

La preanotada característica se deduce con toda claridad del art. 4º. de la Carta, donde se señala lo siguiente: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”. Además, se infiere de lo prescrito, *ibídem*, por los arts. 1º., 2º., 5º., 13 ya citados. Amén de lo anterior, debe precisarse que, en Colombia, el control de constitucionalidad es ejercido por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado²⁸ de forma concluyente —excluyendo del ordenamiento jurídico las normas jurídicas contrarias a la Constitución—, además de que cualquier

26 FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. *Op. Cit.*, pp. 856 y 857.

27 Debe traerse a colación lo escrito por el profesor Antonio Manuel Peña Freire en su obra *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997. p. 73: “De acuerdo a las distintas modalidades deónticas de la norma, considerada en sus rasgos más básicos como enunciado prescriptivo..., podemos afirmar que el Estado constitucional de derecho está formado por un conjunto de normas referidas a determinados asuntos sobre los que está prohibido decidir, otros sobre los que la decisión es obligatoria y residualmente en todo lo demás, un extenso bloque de asuntos sobre los que la decisión está permitida”.

28 La competencia del Consejo de Estado según lo dispuesto por el art. 237 de la Const. Pol. en su numeral 2º. es simplemente residual: “Son atribuciones del Consejo de Estado: (...) 2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”.

organismo judicial o administrativo puede ejercerlo con ocasión de la llamada excepción de inconstitucionalidad o inaplicabilidad, al tenor de lo dispuesto en el art. 4º. de la Carta, control, este último, con efectos, en principio, limitados al caso concreto.

Ahora bien, el control de constitucionalidad no sólo debe tener como referente a la Constitución, sino también al conjunto de normas jurídicas que, no estando expresadas en la Carta, son asumidas por ella como propias, es decir, normas que son *materialmente* constitucionales; esto es, precisamente, lo que se conoce con el nombre de *bloqueo de constitucionalidad*, del cual hacen parte, entre otros, “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción”, así como las denominadas leyes prolongación de la Constitución, a saber, las leyes estatutarias y las orgánicas (Const. Pol. Arts. 151, 152 y 153). En materia penal, revisten capital importancia las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, las cuales incorporan sendos pactos internacionales –Pacto de Nueva York y Pacto de San José de Costa Rica, respectivamente– de los mencionados en el art. 93 de la Carta.

Con todo, que Colombia sea un Estado social y democrático de derecho y, a la vez, un Estado constitucional de derecho, o, para utilizar un término omnicomprensivo, un Estado *personalista*, produce como consecuencia que el poder punitivo, en cuanto monopolio estatal, es decir, el poder radicado en cabeza del Estado para definir los delitos y las penas, así como para imponerlas y ejecutarlas, debe estar sometido a un sistema de garantías o, lo que es lo mismo, a unos límites, tanto formales como materiales, a efectos de colocar el derecho penal de cara a la Constitución, todo ello en orden a lograr que ningún inocente sea castigado, además de que la condena del culpable genere los menores sacrificios posibles en materia de derechos fundamentales –derechos humanos positivados o positivizados²⁹–.

29 Los derechos humanos, que al ser positivados constituyen los denominados derechos fundamentales, son, según el profesor Antonio Enrique Pérez Luño: “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional” (Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución. 8ª. Ed. Madrid: Tecnos, 2003. p. 48). Es decir, cuando se alude a los derechos humanos, no se alude a derechos subjetivos en cuanto facultades reconocidas por el derecho positivo, sino, como lo sostiene el gran maestro Recaséns Siches: Introducción al estudio... , *Op. Cit.* p. 335: “a unas exigencias ideales, fruto de una concepción *iusnaturalista*, concretadas en imperativos de estimativa o axiología jurídica”.

Valga aclarar, por último, que el ser un Estado *personalista* no comporta la desprotección de los denominados bienes jurídicos colectivos –como lo son, por ejemplo, la seguridad pública, el medio ambiente, la salud pública, el orden económico social–, toda vez que no es posible la existencia del ser humano sino en coexistencia con los demás; por ello, los bienes jurídicos colectivos sí deben ser objeto de protección, pero no como fines en sí mismos sino sólo como medios o instrumentos para proteger los bienes jurídicos individuales –como lo son, por ejemplo, la vida, la integridad personal, el patrimonio económico, la integridad moral–.

3. Concepto, contenido y delimitación de la parte general del derecho penal

La voz “derecho penal” –entre otras denominaciones, en otra época, haciendo énfasis en el supuesto de hecho de la norma penal, se utilizó la locución *derecho criminal*– es objeto de plurales acepciones, lo que la convierte en una expresión equívoca o ambigua³⁰. Así las cosas, por derecho penal se entiende, en primer lugar, el conjunto de normas jurídicas que a la conducta punible en cuanto presupuesto le asocian penas o medidas de seguridad³¹ a título de consecuencia jurídica, o, en mejores y más amplios términos, el conjunto de normas jurídicas que regulan el ejercicio del poder punitivo del Estado (derecho penal en sentido objetivo o *ius poenale*); en segundo lugar, dicha locución alude al poder punitivo o “facultad” de castigar radicado(a) en cabeza del Estado (derecho penal en sentido subjetivo o *ius puniendi*); y, por último, en tercer lugar, se refiere al saber que se ocupa de reconstruir científicamente el derecho penal positivo (derecho penal entendido como ciencia o dogmática jurídico penal).

A efectos de evitar equívocos precedente resulta precisar si cuando se hace alusión a las expresiones “parte general del derecho penal” se está hablando del derecho

30 No puede olvidarse que las palabras son más que ruidos –como dijera don José Ortega y Gasset–, son signos que nos “invita(n) a dirigirnos o proyectarnos hacia un objeto determinado... Y ¿cómo evitar esto? –refiriéndose a la equivocidad de los mismos– No hay otro medio ni puede haber otro medio que fijar el valor de los signos, digámoslo así, la puntería de los signos” (“Investigaciones psicológicas”. En: Obras completas. T. XII. Madrid: Alianza, 1983. pp. 389-390).

31 Las medidas de seguridad, que son las consecuencias jurídicas imponibles en algunos casos a los inimputables por la realización de conductas punibles, constituyen verdaderas penas en sentido amplio, penas sin culpabilidad.

penal en sentido objetivo –*ius poenale*– o del derecho penal entendido como ciencia o dogmática jurídico penal.

Pues bien, si a lo que se alude es al derecho penal en sentido objetivo, la parte general es aquel sector del mismo cuya función radica en establecer, a través de fragmentos de normas, que se extraen de unos enunciados normativos, una serie de conceptos básicos abstraídos por parte del legislador, a efectos de no tener que repetirlos en todos y cada uno de los enunciados normativos por vía de los cuales se consagran las distintas figuras delictivas en particular y sus respectivas consecuencias jurídicas; fragmentos estos atinentes a los límites al ejercicio del poder punitivo –normas rectoras de la ley penal–, a los ámbitos de vigencia de la ley penal, así como al sistema jurídico de imputación –en lo que tiene que ver con los elementos genéricos constitutivos de todo delito y, por ende, a los casos o causales de exclusión del mismo, y a las clases y determinación de las consecuencias jurídicas correspondientes–. Así las cosas, la parte especial estaría conformada por aquellos fragmentos de normas que se extraen de una serie de enunciados normativos, los cuales al ser integrados con los fragmentos contenidos en la parte general constituyen verdaderas normas penales, que se ocupan de describir las distintas figuras delictivas en particular, así como sus respectivas consecuencias jurídico penales³².

Ahora bien, si a lo que se hace alusión es a la parte general del derecho penal entendido como ciencia o dogmática jurídico penal, la misma consiste en el estudio científico de la parte general del derecho penal en sentido objetivo o, lo que es lo mismo, de la parte general del derecho penal positivo. Por ello, se ha dicho que la parte general del derecho penal, entendida en los términos acabados de mencionar, se encuentra dirigida a responder a tres grandes preguntas: qué es el derecho penal, qué es el delito o, mejor, la conducta punible y cuáles son las consecuencias jurídico penales derivadas del delito o de la conducta punible. Pues

32 En tal sentido, JESCHECK, Hans-Henrich y WEIGEND, Thomas. Tratado de derecho penal. Parte general. (OLMEDO CARDENETE, Miguel). 5ª. Ed. Granada: Comares, 2002. p. 20, afirman lo siguiente: “La *diferenciación* de las materias que respectivamente deben ser recogidas en la Parte General y la Especial del Código Penal, se lleva a cabo de acuerdo con un criterio formal y otro material. *Formalmente*, a la Parte General pertenecen todas aquellas regulaciones que pueden tener significado para el conjunto de disposiciones de la Parte Especial y que, por ello, se extraen de elementos comunes, mientras que la Parte Especial alberga las formas delictivas concretas así como las disposiciones complementarias que se refieren a aquéllas o a un conjunto de las mismas”.

bien, para darle respuesta a dichos interrogantes deben construirse sendas teorías, a saber: la Teoría general del derecho penal, la Teoría del delito o de la conducta punible y la Teoría de las consecuencias jurídico penales derivadas del delito o de la conducta punible³³.

Como ha quedado dicho, la Teoría general del derecho penal se ocupa de responder a la pregunta consistente en qué es el derecho penal, lo cual comporta el estudio, en primer lugar, del derecho penal entendido como ciencia o dogmática jurídico penal y su relación, así como su delimitación, con otros saberes penales, como lo son la filosofía del derecho penal, la política criminal, la criminología y la criminalística; en segundo lugar, del concepto, la titularidad, los límites, tanto formales como materiales, y la naturaleza del derecho penal en sentido subjetivo; en tercer y último lugar, del concepto, las características, las divisiones, las fuentes, la interpretación y los ámbitos de vigencia del derecho penal en sentido objetivo, así como de la naturaleza, estructura y funciones de las normas penales en cuanto constitutivas del mismo.

Por su parte, la Teoría del delito o de la conducta punible que, como se anotó, se ocupa de responder a la pregunta consistente en qué es el delito o la conducta punible, comporta el estudio de su evolución, definición y del por qué de su estratificación; de cada una de sus categorías dogmáticas, a saber, la conducta, la tipicidad –cobijando el respectivo análisis de los dispositivos amplificadores del tipo penal: la tentativa, por un lado, y, por el otro, la autoría y la participación–, la antijuridicidad y la culpabilidad³⁴; y, por último, de la denominada unidad y pluralidad de acciones típicas, acápite este que se encuentra a caballo entre la teoría del delito y la teoría de la pena.

Por último, la Teoría de las consecuencias jurídico penales derivadas del delito o de la conducta punible, como ya se dijo, se encuentra encaminada a resolver la

33 Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de derecho penal. Parte general. T. I. México: Cárdenas Editor y Distribuidor, 1988. p. 13.

34 Algunos autores como, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría general del delito. 2ª. Ed. Bogotá: Temis, 2002. pp. 134 y ss. agregan una quinta categoría dogmática al delito consistente en la *penalidad o punibilidad*. Como se estudiará más adelante, dicha categoría, si bien hace parte del supuesto de hecho de la norma penal, no es, *de lege data*, es decir, de cara al derecho vernáculo, un elemento constitutivo de la conducta punible.

pregunta materializada en cuáles son las consecuencias jurídico penales derivadas del delito o de la conducta punible, lo cual trae como consecuencia el estudio del concepto de la pena –incluyendo, por supuesto, el estudio de las medidas de seguridad– así como de sus clases, determinación y formas de extinción. Valga aclarar que aunque no hay manual de derecho penal que deje de abordar el tópico atinente a las consecuencias jurídico civiles derivadas de la realización de una conducta punible, toda vez que los Códigos penales consagran ordinariamente en su parte general unas disposiciones que aluden a ellas –las cuales, en estricto sentido, no por encontrarse vertidas en el estatuto punitivo son de naturaleza penal– las mismas no deben ser objeto de estudio de la parte general del derecho penal, como quiera que la responsabilidad civil derivada de la conducta punible es una problemática librada a la dogmática jurídico civil, cuyo único elemento en común con la responsabilidad jurídico penal, amén de que por razones de economía procesal puedan confluir para ser objeto de elucidación en una misma cuerda procesal, estriba en que ambas se derivan de la ocurrencia de un mismo hecho lesivo, así como del mismo hecho pueden derivarse otros tipos de responsabilidad como lo son la administrativa o disciplinaria, sin que por ello a nadie se le haya ocurrido que estas deban ser objeto de estudio por parte de la dogmática penal.

Por supuesto, este escrito se encuentra dirigido a **reconstruir** científicamente la parte general del derecho penal positivo, por lo cual se hace imprescindible abordar la **construcción** de la tríada de teorías mencionadas; empero, antes de ello, debe precisarse la *finalidad* con la cual va a realizarse dicha empresa, toda vez que no se trata de hacer ciencia por la ciencia, como quiera que ellas –las teorías– en tanto creaciones del ser humano –objetos culturales– obedecen a un motivo y a una finalidad, por ende, se encuentran dotadas de significación y de sentido.

4. Finalidad o teleología de la parte general del derecho penal

Como ya se dijo, la finalidad de la parte general del derecho penal –entendido este en sentido objetivo, es decir, como *ius poenale*– radica en la evitación de la repetición de una serie de conceptos básicos aplicables a todos y cada una de los fragmentos de normas integrantes de la parte especial del mismo.

Ahora bien, lo importante, para la empresa que aquí se aborda, finca en establecer cuál es la finalidad con la cual se va a **reconstruir** científicamente la parte general del

derecho penal positivo, es decir, cuál es la finalidad o teleología de la parte general del derecho penal, entendido este como ciencia o dogmática jurídico penal.

Con todo, precisar la finalidad o *intencionalidad* de la cual se encuentra dotada la ciencia del derecho penal o dogmática jurídico penal, acompañada de la delimitación, antes llevada a cabo, de los entes que quedan incluidos así como de los que quedan excluidos de esta parcela del conocimiento jurídico, constituye la precisión y la delimitación de –lo que el eximio profesor Zaffaroni ha denominado– el “*horizonte de proyección*”³⁵ de la ciencia del derecho penal.

En ese orden de ideas, procedente resulta dilucidar la anotada finalidad, siendo indispensable para ello el desentrañamiento de los fines que debe cumplir la sanción punitiva³⁶, como quiera que esta última se erige en el elemento que le otorga especificidad al derecho penal respecto de los otros sectores del ordenamiento jurídico.

Así las cosas, y para comenzar con la aludida exposición, cabe anotar que en relación con los fines de la pena –vocablo este proveniente del latín *poena* que significa venganza– ha habido dos tendencias absolutamente opuestas: por una parte, se encuentran las doctrinas abolicionistas que propugnan por la desaparición de la pena y, por ende, del derecho penal; por la otra, se encuentran las doctrinas justificadoras que legitiman la existencia de la sanción punitiva, asignándole uno o varios fines jurídicamente admisibles.

Pues bien, las doctrinas abolicionistas le niegan a la pena cualquier clase de justificación, ocupándose, para dicho fin, de elaborar una serie de fuertes críticas a las doctrinas justificadoras, así como de afirmar que la carga de la argumentación, en orden a darle sustento a la existencia de la sanción punitiva, recae sobre estas últimas. Por lo general, pues, las doctrinas abolicionistas terminan por reivindicar una de estas dos perspectivas: la de una sociedad salvaje, en la cual impere la ley del más fuerte, o la de una sociedad disciplinaria, en la cual los conflictos sean

35 Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de derecho penal. Parte general. T. I. *Op. Cit.*, pp. 23 y ss. Igualmente, junto a los profesores ALAGIA y SLOKAR. Derecho penal. Parte general. *Op. Cit.*, pp. 3 y ss.

36 Sobre el particular pueden consultarse las exposiciones hechas por los profesores FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. *Op. Cit.*, pp. 247 y ss., y ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Derecho penal. Parte general. *Op. Cit.*, pp. 53 y ss.

controlados a través de medidas terapéuticas y pedagógicas. Con todo, como lo ha dicho Ferrajoli “ninguno de los dos principios resulta idóneo para fundamentar más que sistemas ilimitadamente autoritarios, en tanto que entregados al juego libre y desenfrenado de los poderes, poco importa que sean individuales, sociales o políticos”³⁷. Ahora bien, amén de irracionales debido a los sistemas sociales autoritarios que se generarían con su efectiva aplicación, las doctrinas abolicionistas resultan utópicas o, en mejores términos, ilusas, toda vez que quienes detentan el poder punitivo se negarán siquiera a discutir sobre la legitimidad del mismo, en tanto no encuentren *otro* instrumento que les sea más funcional para la consecución de sus cometidos.

Por otra parte, para las doctrinas justificadoras, como se dijo, la pena tiene uno o varios fines jurídicamente admisibles que legitiman su existencia. Es decir, estas doctrinas *justifican* el hecho de que a la violencia ilegal generada con ocasión del delito le siga una violencia legal generada con ocasión de la pena³⁸. Sin embargo, bajo esta denominación se agrupan una serie de disímiles teorías cuyo elemento en común es el aludido hecho que justifican, lo cual ha generado que tradicionalmente se les haya reunido en tres grandes subgrupos: en primer lugar, las teorías absolutas, retributivas o de la retribución; en segundo lugar, las teorías relativas, preventivas o utilitaristas; en tercer y último lugar, las teorías mixtas, unificadoras o de la unión.

No obstante, antes de analizar las distintas teorías mencionadas, conviene advertir que las mismas aluden a los fines, es decir, al deber ser, y no a las funciones, es decir, al ser de la pena. Por ende, se trata de teorías prescriptivo-normativas y no de teorías explicativo-descriptivas³⁹, puesto que, de lo contrario, bastaría con afirmar que la pena constituye *únicamente* un instrumento de degradación del ser humano.

Para comenzar, pues, con el análisis debe señalarse que las teorías absolutas, retributivas o de la retribución miran hacia el pasado “*punitur quia peccatum est*”, es decir, conciben la pena no como un medio para prevenir futuros delitos sino como un fin en sí mismo, por ende, para esta postura, ella –la pena– se encuentra dotada

37 FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. *Op. Cit.*, p. 252.

38 Cfr. *Ibid.*, p. 247.

39 Cfr. *Ibid.*, pp. 321 y ss.

de un valor moral (retribucionismo ético) o jurídico (retribucionismo jurídico) intrínseco que le permiten, con su sola imposición, deshacer los efectos inmorales o antijurídicos producidos con ocasión del delito. Por el contrario, las teorías relativas, preventivas o utilitaristas miran hacia el futuro “*punitur ne peccetur*”, por tanto, conciben la pena como un medio para la prevención de futuros delitos.

No obstante, a las primeras se les critica, en general, en primer lugar, la confusión que en su seno se genera entre los motivos –el por qué– y los fines –el para qué de la pena–, toda vez que una cosa es que la pena se imponga *por* la comisión de un delito y otra, muy distinta, es el objetivo perseguido con su imposición; en segundo lugar, lo dicho por Platón en el sentido de que lo hecho no puede ser deshecho, “pues considerándolo racionalmente no se puede comprender cómo se puede borrar un mal cometido, añadiendo un segundo mal, sufrir la pena... todo esto es concebible sólo por un acto de fe que, como según nuestra Constitución no le puede ser impuesto a nadie, no es válido para la fundamentación, vinculante para todos, de la pena estatal⁴⁰; en tercer y último lugar, la falta de fundamentación de la pena cuya necesidad ya presupone⁴¹.

Por su parte, a las teorías relativas se les objeta, en general, en primer lugar y partiendo de las ideas Kantianas, la instrumentalización o cosificación del ser humano, objeto de la imposición de la pena, en función de la prevención de futuros delitos; en segundo lugar, el hecho de utilizar al ser humano como un ratón de laboratorio, como lo dice el profesor Karl Binding “con el agravante que tan a menudo falla el experimento, en otras palabras, ¡la pena cuyo único fundamento radica en la utilidad no llena su cometido!”⁴²; en tercer lugar, la desproporcionalidad que se genera con la aplicación de las mismas, por cuanto el *quantum* de la pena deja de depender de la gravedad del delito cometido, quedando librada a la magnitud necesaria para la prevención de futuros delitos; en cuarto y último lugar, la justificación de los medios a partir del fin perseguido, lo cual es inaceptable en un Estado respetuoso de la dignidad de la persona humana.

40 ROXIN, Claus. “Sentido y límites de la pena estatal”. En: Problemas básicos del derecho penal. (LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel). Madrid: Reus, 1978. p. 14.

41 *Ibid.*, p. 12.

42 Citado por VON LISZT, Franz. En: La idea del fin en el derecho penal. Reimpresión de la 1ª. Ed. Santa Fe de Bogotá: Temis, Monografías Jurídicas No. 40, 1998. p. 5.

Sin embargo, como se anotó, en cada una de dichas teorías se agrupan direcciones diversas, por ello, en las teorías absolutas se encuentran por lo menos dos variantes: el retribucionismo ético Kantiano y el retribucionismo jurídico de Hegel. Así mismo, las teorías relativas se dividen en teorías de la prevención general y teorías de la prevención especial atendiendo, respectivamente, a si el efecto perseguido con la pena ha de producirse bien sobre toda la comunidad o bien sólo sobre la persona del delincuente, las cuales, a su turno, se subdividen en teorías de la prevención general positiva y teorías de la prevención general negativa, así como en teorías de la prevención especial positiva y teorías de la prevención especial negativa.

Veamos:

En primer lugar, de conformidad con el *retribucionismo ético* a la pena se le asigna el “sentido” consistente en la expiación de las culpas, la cual se logra a partir de la imposición de la misma a la persona que ha delinquido, pena que debe ser *proporcional* al delito cometido en aras de lograr deshacer los efectos inmorales producidos con ocasión del mismo; es decir, a efectos de lograr una justicia “absoluta” debe infligirse un *mal* de la misma entidad –ley del talión– que el *mal* producido por el delito a la persona que lo ha causado a través de un equivocado uso de su libertad. La pena, pues, debe imponerse porque debe reinar la justicia, argumento que llevó a Kant a afirmar lo siguiente: “Incluso aunque la sociedad civil con todos sus miembros acordara disolverse (p. ej. El pueblo que vive en una isla decidiera separarse y dispersarse por todo el mundo), tendría que ser ejecutado antes el último asesino que se hallara en la cárcel, para que cada uno sufra lo que sus hechos merecen, y para que no pese la culpa de la sangre sobre el pueblo que no ha insistido en su castigo”⁴³.

No obstante, y dejando a salvo los criterios de proporcionalidad y de culpabilidad en cuanto limitativos de la reacción punitiva, a esta teoría se le critica, en particular, en primer lugar, el hecho de que parte de criterios metafísicos, supersticiosos y, por ende, inseguros, a efectos de fundamentar la existencia e imposición de una pena; en segundo lugar, la incompatibilidad que representa en relación con el pluralismo y la heterogeneidad axiológica constitucionalmente reconocidos (Const. Pol. Art. 1º.), como quiera que no es admisible hablar de un único concepto de justicia o de

43 Citado por ROXIN, Claus. En: Sentido y límites de la pena estatal. *Op. Cit.*, p. 12.

una justicia *absoluta*, amén de que los valores absolutos se erigen en fórmulas vacías que sirven para legitimar cualquier orden social⁴⁴, aspecto este último respecto del cual resulta en grado sumo demostrativa la afirmación de Trasímaco —de la escuela de los sofistas— en el sentido de que la justicia no es más que una ventaja para quien manda y un daño para quien obedece⁴⁵; en tercer lugar, podría afirmarse que así como las obras malas requieren de un castigo, las buenas requerirían de un premio, por lo cual la pena se impondría tan sólo por el saldo negativo⁴⁶; y, en cuarto lugar, el hecho de que la pena, en última instancia, sí perseguiría un fin, distinto del de prevenir la comisión de futuros delitos, cual es el de mantener un determinado estado ético en los miembros de la comunidad.

En segundo lugar, de conformidad con el retribucionismo jurídico, teoría esta que parte de un razonamiento de índole dialéctico fundado en la lógica formal, a la pena se le asigna el “sentido” consistente en reafirmar el derecho que ha sido quebrantado con ocasión del delito, en otras palabras, si el delito es la negación del derecho y la pena es la negación del delito, la pena es, por consiguiente, la reafirmación del derecho⁴⁷. En otras palabras, si el derecho es la materialización de la voluntad general y el delito es la concreción de una voluntad individual desconocedora de aquélla, la forma de restablecerla es por vía de la negación de esta última.

Sin embargo, a esta doctrina se le objeta la justificación que ella acarrea de cualquier derecho penal con independencia de su contenido, incluyendo, por supuesto, el más autoritario posible. En consonancia con lo anterior, se le critica, además, el olvido de la lógica material o de la lógica de lo razonable, por cuanto para la comprensión de las conductas humanas, y el derecho es materialización de una de ellas, es imprescindible acudir a valorar su contenido, habida cuenta de que no se trata de fórmulas matemáticas sino de “proyecciones humanas” dotadas de significación y de sentido.

44 Cfr. KELSEN, Hans. ¿Qué es Justicia? (Edición española a cargo de Albert Calsamiglia). 2ª. Ed. Barcelona: Ariel, 1992. p. 46.

45 Cfr. DEL VECCHIO, Giorgio. Filosofía del derecho. (LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, Trad.). 3ª. Reimpresión de la 9ª. Ed. Barcelona: Bosch, 1997. p. 5.

46 Cfr. JAKOBS, Günther. La pena estatal: Significado y Finalidad. (CANCIO MELIÁ, Manuel y FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, Trads y estudio preliminar). Navarra: Thomson – Civitas, 2006. pp. 107 y ss.

47 Cfr. HEGEL, Georg W. F. Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado. (VÁSQUEZ, Eduardo, Trad.). Madrid: Biblioteca Nueva, 2000. p. 169.

En tercer lugar, de conformidad con las teorías de la prevención general negativa o disuasoria, la pena, tanto en lo relativo a la conminación legal como en lo atinente a su aplicación y ejecución, busca la intimidación de los miembros de la comunidad, a efectos de que se abstengan de cometer futuros delitos; por ello, Anselm von Feuerbach, luego de señalar que las normas jurídicas deben comportar una coacción de índole psicológica en relación con sus destinatarios, amén de la coercibilidad que respalda su cumplimiento, ha dicho lo siguiente:

I) El objetivo de la conminación de la pena en la ley es la intimidación de todos, como posibles protagonistas de lesiones jurídicas. II) El objetivo de su aplicación es el de dar fundamento efectivo a la conminación legal, dado que sin la aplicación la conminación quedaría hueca (sería ineficaz). Puesto que la ley intimida a todos los ciudadanos y la ejecución debe dar efectividad a la ley, resulta que ***el objetivo mediato (o final) de la aplicación es, en cualquier caso, la intimidación de los ciudadanos mediante la ley.***⁴⁸ (negrillas, cursivas y subrayas extratexto).

Empero, a esta teoría se le critica, en primer lugar, el trágico punto de llegada al cual lógicamente conduce: la pena de muerte para todos los delitos, por cuanto, “desprovista de todo vínculo con la idea de la justa retribución, lleva directamente al terrorismo penal”⁴⁹, habida cuenta de que su medida es, sin barrera alguna, la necesaria para intimidar; en segundo lugar, el hecho de que el efecto de disuasión sólo recaería sobre las personas vulnerables al sistema penal; y, en tercer y último lugar, la ineficacia de la intimidación o disuasión respecto de los eventos constitutivos de las formas más graves de criminalidad, los cuales:

en unos casos son cometidos por personas invulnerables (cuello blanco, terrorismo de Estado), en otros sus autores suelen ser fanáticos que no tienen en cuenta la amenaza de pena o la consideran un estímulo (ataques con medios de destrucción masiva), a otros los motivan estímulos patrimoniales muy altos (sicarios, mercenarios y administradores de empresas delictivas), en otros porque sus autores operan en circunstancias poco propicias para especular reflexivamente sobre la amenaza penal (la mayoría de los homi

48 Tratado de derecho penal común vigente en Alemania. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl e HAGEMEIER, Irma Trads. de la 14ª Ed.). Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p. 61.

49 BETTIOL, Giuseppe. Derecho penal. Parte general. (PAGANO, José León, Trad.). 4ª. Ed. Bogotá: Temis, 1965, p. 663.

cidios dolosos) o porque sus motivaciones son fuertemente patológicas o brutales (violaciones, corrupción de niños, etc.)⁵⁰.

En cuarto lugar, según las teorías de la prevención general positiva (integradora), la pena tiene por finalidad motivar a los destinatarios a no infringir las normas jurídicas, motivación esta que debe darse, dependiendo de múltiples variantes existentes, bien por vía del mantenimiento de la confianza de los coasociados en la vigencia del sistema (prevención general sistémica) o bien por vía del reforzamiento de los valores ético sociales (prevención general etizada).

Pues bien, según el profesor Hans Welzel (prevención general etizada), padre del finalismo:

la misión primaria del Derecho penal no es la protección actual de bienes jurídicos, esto es, la protección de la persona individual, de su propiedad, etc. Pues, cuando entra efectivamente en acción ya es demasiado tarde. Más esencial que la protección de determinados bienes jurídicos concretos es la misión de asegurar la real vigencia (observancia) de los valores de acto de la conciencia jurídica... En consecuencia: *La misión del Derecho penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares*⁵¹.

Ahora bien, según Jakobs (prevención general sistémica), padre del funcionalismo radical, quien dice seguir la teoría de los sistemas de Niklas Luhman, el derecho es el reflejo de la estructura de un sistema social determinado, sistema este que se encuentra compuesto por una serie de individuos (subsistemas) cada uno de los cuales tiene asignado un cierto rol o una función que debe cumplir con miras al mantenimiento de la estructura social. Ese hecho, pues, hace que entre los distintos subsistemas se generen una serie de expectativas relativas al cumplimiento recíproco de los roles, las cuales, al reflejarse en el derecho, se convierten en expectativas normativas. Pues bien, si una persona comete un delito estará, con su conducta, defraudando dichas expectativas al haber incumplido con su respectivo rol en la sociedad, por lo cual se hace necesaria la imposición de la pena como mensaje

50 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal. Parte general. *Op. Cit.*, p. 55.

51 Derecho penal alemán. (BUSTOS RAMÍREZ, Juan y YÁNEZ PÉREZ, Sergio, Trads.). 11ª Ed. en alemán y 4ª. Ed. en español. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 2002, pp. 3, 5.

contrafáctico, dirigido a la comunidad, para que esta mantenga su confianza en la vigencia del derecho y, por ende, en la vigencia del sistema, manteniéndose de esa manera cohesionada la estructura social. En otras palabras, quien comete un delito está desautorizando lo prescrito por el derecho y, en consecuencia, está enviando a la comunidad un mensaje de desobediencia al mismo que debe ser neutralizado con la respectiva pena. Por lo dicho, afirma Jakobs, en forma tan contundente como equivocada, lo siguiente: “(...) no puede considerarse misión de la pena evitar lesiones de bienes jurídicos. Su misión es más bien reafirmar la vigencia de la norma (...)”⁵². Aunque es posible apreciar una cierta evolución en la postura de Jakobs y diferenciar algunas fases en su pensamiento⁵³, tienen razón quienes afirman que su teoría de la pena se trata, simplemente, de una vuelta al planteamiento de Hegel (neohegeliana) pero con una lupa sociológica materializada en la teoría de los sistemas⁵⁴.

Sin embargo, a estas teorías se les critica, en lo que se refiere a la prevención general etizada, el hecho de comportar una inaceptable moralización del derecho, especialmente en el marco de un Estado constitucional de derecho, como quiera que a este último no le compete buscar el perfeccionamiento íntimo de las personas ni la creación de buenos samaritanos, sino, por el contrario, tan sólo posibilitar la existencia en coexistencia. Así mismo, en lo relativo a la prevención general sistémica se le critica, en primer lugar, el hecho de justificar la existencia de la pena cualquiera sea el contenido del derecho cuya vigencia deba garantizarse, desde el más liberal hasta el más autoritario posible; en segundo lugar, al concebir el delito como la lesión al deber de obediencia al derecho, defraudando por ende

52 JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte general. (CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, Trads.). 2ª. Ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 13.

53 Ver el estudio preliminar a la obra de Jakobs titulada y ya citada “La pena estatal: Significado y Finalidad”, realizado por los profesores Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez bajo el título “¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs”. pp. 15 y ss.

54 En tal sentido, afirma Eduardo Montealegre Lynett: “Podríamos afirmar que se trata de una nueva lectura de Hegel a través de la concepción del derecho de Niklas Luhman. *La finalidad de la pena es mantener la vigencia de la norma como modelo de contacto social*. Con su comportamiento, el infractor quebranta unas expectativas normativas y la pena tiene como función demostrar que la sociedad, a pesar de la desautorización de la norma, puede seguir confiando en la vigencia de las mismas”. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. “Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs”. En: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en derecho penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. pp. 23 -24

las expectativas sociales, y no como la lesión a los bienes jurídicos, esta teoría hace que se produzca una intolerable desprotección de estos últimos, intolerable en tanto en un Estado personalista sólo puede ser objeto de protección el sistema (la coexistencia) como medio o instrumento para proteger a los individuos de carne y hueso, y no como fin en sí mismo⁵⁵; en tercer lugar, el planteamiento de Jakobs ofrece un nuevo soporte a la cultura de “la reproducción ideológica y material de las relaciones sociales existentes... dando prevalencia a la conservación del sistema social respecto de las necesidades y valores de los individuos”⁵⁶, olvidando las profundas desigualdades sociales y el aberrante carácter selectivo de los sistemas penales propios de los países subdesarrollados como los nuestros⁵⁷; en cuarto lugar, se trata de una construcción científica que termina por otorgarle valor positivo a la punición del chivo expiatorio, como quiera que, si la pena es un *símbolo* de vigencia de la norma, poco importa si esta recae sobre el verdadero culpable, siempre y cuando se proyecte una imagen de afianzamiento del sistema social –no se requiere castigar al culpable sino a un culpable⁵⁸–; en quinto y último lugar, al reivindicar como fin de la pena el refuerzo de la *fidelidad* en el derecho, tal postura se orienta no sólo a que la pena logre el respeto externo a las normas jurídicas, sino, además, a una, a todas luces deleznable, adhesión íntima de los destinatarios a los valores que subyacen a las mismas⁵⁹.

55 “Y aquí conviene recordar que en la Alemania nacional socialista los penalistas de esta ideología contrapusieron a la idea de lesión de bienes jurídicos, que consideraron individualista, la de *infracción de un deber*, más adecuada a la concepción colectivista del Estado totalitario.” (MIR PUIG, Santiago. “Valoraciones, normas y antijuridicidad penal”. En: La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir. Reimpresión de la 1ª. Ed. Madrid: Tecnos, 2003. p. 78. Sin olvidar, además, que la idea de la fidelidad al derecho como fin de la pena, encontró también su sustento en esa trágica época.

56 BARATTA, Alessandro: “Integración-Prevención”. En: Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam. (GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y SANDOVAL HUERTAS, Emiro, Trads.). Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2004. pp. 23 y ss.

57 Curiosamente, todo parece indicar que es en estos países, los nuestros, en los que el distinguido profesor alemán tiene sus más fervientes seguidores.

58 Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Derecho penal. Parte general. *Op. Cit.*, p. 58.

59 Valga aclarar que el profesor Jakobs, a lo largo de la evolución de su pensamiento, ha ido tratando de eliminar el contenido psicológico que en principio le había asignado al fin de la pena, con lo cual se produce, cada vez en mayor medida, una no ya similitud sino identidad con la teoría de Hegel. Para la muestra este párrafo escrito en 1999: “En esta concepción, la pena no es tan sólo un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo. Ciertamente, puede que se vinculen

En quinto lugar, según las teorías de la prevención especial positiva (*ideologías re*), el fin de la pena radica en *re*-socializar a la persona del delincuente, *re*-educarlo, *re*-adaptarlo, *re*-insertarlo a la sociedad. Así las cosas, estas teorías conciben al delincuente como un ser inferior, en el peor de los casos enfermo, y al Estado como una especie de clínica o institución que puede aliviarlo o, en todo caso, recuperarlo para la sociedad. La pena, por tanto, constituye un bien para quien “la sufre”⁶⁰, afirmación esta que hizo, incluso, que un importante autor, Don Pedro Dorado Montero, llamara al derecho penal el “Derecho protector de los criminales”⁶¹.

No obstante, a estas teorías se les critica, en primer lugar, el hecho de partir de una ficción consistente en suponer que el individuo antes de cometer el delito ya estaba socializado (por cuanto lo que se pretende es volver a socializarlo “*re*-socializarlo”), es decir, que, previo al desconocimiento de las pautas comportamentales, compartía la escala axiológica imperante en la sociedad; en segundo lugar, la absurda consecuencia que se generaría –conculcando, en otras garantías, el principio de proporcionalidad– consistente en sancionar o “tratar” con penas indeterminadas a los delincuentes⁶²; en tercer lugar, la inaceptable tesis, en un Estado constitucional

a la pena determinadas esperanzas de que se produzcan consecuencias de sicología social o individual de muy variadas características, como, por ejemplo, la esperanza de que se mantenga o solidifique la fidelidad al ordenamiento jurídico. Pero la pena ya significa algo con independencia de estas consecuencias: significa una autocomprobación.” (Citado en el estudio preliminar a la obra *La pena estatal: Significado y Finalidad* de Jakobs, realizado por los profesores Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. *Op. Cit.*, p. 33.

60 Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Derecho penal. Parte general. *Op. Cit.*, p. 60.

61 En tal sentido, afirma el profesor Giorgio Del Vecchio, en su Filosofía del derecho. *Op. Cit.*, p. 11, discutiendo sobre el pensamiento de Platón: “Platón da al Estado una función educadora. . . Las leyes penales tienen, principalmente, un fin curativo. Platón considera a los delincuentes como enfermos. . . la ley es el medio para curarlos; y la pena es la medicina. . . el delincuente es un deficiente intelectual; y su enfermedad consiste en una aberración, en ignorancia de lo verdadero, esto es, de la virtud, que es conocimiento de la verdad”.

62 Son muy claras, pero en todo caso peligrosas, las palabras que sobre el particular escribió uno de sus más fervientes defensores, el profesor Ferri, padre, junto con Cesare Lombroso y Raffaele Garófalo, de la Escuela positivista italiana: “Que, por último, la pena, como *ultima ratio* de defensa social represiva no debe proporcionarse sólo —y en medida fija— a la gravedad objetiva y jurídica del delito, sino que debe adaptarse también, y en primer término, a la *personalidad más o menos peligrosa del delincuente* con la segregación por tiempo indeterminado, esto es, hasta que el reo aparezca readaptado a la vida libre y honesta, de la misma manera que el enfermo entra en el Hospital, no por un término de tiempo

de derecho, de reproducir en el individuo, que padece la imposición y ejecución de la pena, la escala axiológica imperante en la sociedad, sin atender al modelo ideal de vida que él se ha trazado, lo que constituye una flagrante violación de su dignidad humana; en cuarto lugar, de la mano de la crítica anterior, el hecho de pretender que con la pena se *re*-personalice al sujeto que ha delinquido convirtiéndolo en una persona distinta, olvidando que cada individuo es soberano de su propia mente e intimidad; en quinto lugar, el problema existente en sociedades heterogéneas como las nuestras, en las que realmente coexisten múltiples sociedades, a efectos de determinar a cuál sociedad debe adaptarse el sujeto que ha delinquido⁶³, teniendo en cuenta, además, el pluralismo axiológico reconocido desde la propia Constitución; y en sexto y último lugar, se le objeta a estas teorías el partir de datos de la realidad falsos, como quiera que es imposible educar para vivir en libertad por vía de la restricción de la misma, erigiéndose las cárceles y penitenciarias en verdaderas escuelas del crimen.

Incluso, como lo ha demostrado Michel Foucault, en su obra “Vigilar y castigar nacimiento de la prisión”⁶⁴, el concebir la prisión como un centro *re*-formativo, lo cual es producto de la modernidad, tiene todo un soporte político y, más aún, todo un sustento económico, como quiera que en los comienzos de esa época se hizo la siguiente reflexión: ¿Para qué los suplicios, para qué las penas corporales, si se puede utilizar a los delincuentes como obreros enseñándoles a trabajar por vía de la reproducción en ellos de una escala axiológica determinada?. Con razón se ha dicho, por cierto con tono irónico, que si el profesor Cesare Beccaria, con quien nace la moderna ciencia del derecho penal, no hubiese en el año de 1764, al publicar su famosa obra “De los delitos y de las penas” –en la que se ocupa de hacer acerbas críticas en contra del derecho penal de su época y de proponer reformas demo-liberales al mismo–, postulado la eliminación, salvo en determinados casos, de la pena de muerte, la proscripción de la tortura, y, en general, la “dulcificación” de las penas y el fin preventivo de la misma; lo hubiera hecho, dos años más tarde (1766), el señor Adam Smith en su obra sobre “*Las riquezas de las naciones*”.

fijo de antemano –lo que sería absurdo–, sino hasta que se readapte a la vida ordinaria”. (Principios de derecho criminal. (RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, Trad.). Madrid: Reus, 1933. p. 51).

63 Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de derecho penal español. Parte general. *Op. Cit.*, p. 33.

64 FOUCAULT, Michel. Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión. (GARZÓN DEL CAMINO, Aurelio, Trad.). Trigesimoprimer ed. en español. México: Siglo XXI editores, 2001.

Existe, por último, en relación con estas teorías, una tendencia liderada por la doctrina española a reconfigurar tales doctrinas, ya no partiendo de la idea de la resocialización sino, por el contrario, de la no *desocialización* del reo⁶⁵. Esta postura, sin embargo, resulta más absurda que la original, como quiera que si el *fin* de la pena es la no desocialización del reo, el mismo se logra con mayor idoneidad dejando de imponerla. Es decir, la no desocialización puede constituir un límite al poder punitivo pero nunca el fin de la sanción punitiva.

En sexto lugar, de conformidad con las teorías de la prevención especial negativa, la pena busca bien neutralizar –por vía del “aislamiento celular”– o bien eliminar a la persona del delincuente, el cual es, en consecuencia, concebido como una especie de tumor que debe ser extirpado de la sociedad.

En relación con la variante relativa a la neutralización del delincuente, bien vale traer a colación el pensamiento del profesor alemán Franz von Liszt, según el cual:

la finalidad de prevención especial se cumple de forma distinta según las tres categorías de delincuentes que muestra la criminología: a) Frente al *delincuente de ocasión* necesitado de corrección, la pena constituye un *recordatorio*... que le inhiba de ulteriores delitos; b) frente al *delincuente de estado*... corregible, deben perseguirse la corrección y resocialización por medio de una adecuada ejecución de la pena; c) **frente al *delincuente habitual incorregible*, la pena ha de conseguir la inocuización a través de un aislamiento que puede llegar a ser perpetuo**⁶⁶ (negrillas extratexto).

En lo que tiene que ver con la variante relativa a la eliminación del delincuente, vale la pena citar unas líneas escritas por Raffaele Garófalo que, por decir lo menos, resultan escabrosas:

De la propia manera que una buena familia ha expulsado al hombre grosero, tan pronto como se ha dado a conocer por un gesto o por una palabra (...), de la propia suerte la sociedad entera arrojará lejos de sí al hombre

65 Cfr. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Prevención general e individualización judicial de la pena. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999. p. 64.

66 MIR PUIG, Santiago. Introducción a las bases del derecho penal. 2ª. Ed. Montevideo – Buenos Aires: B de F, 2002. pp. 56-57.

delincuente que, con una sola acción ha revelado su falta de adaptación (...) La reacción bajo la forma de eliminación es el efecto necesario socialmente de la acción del delito (*quina peccatum*). Por tanto, es un efecto *natural*, si es cierto que el organismo social está sujeto, como todo organismo físico, a leyes invariables, que son la condición de su existencia (...) El fin de la eliminación es la conservación del organismo social mediante la extirpación de los miembros que no tienen la actitud requerida (*ne peccatur*)⁶⁷.

Pues bien, a pesar de que en el derecho penal propio de la inquisición la pena de muerte constituía el último escaño de la respectiva sanción que era impuesta, la cual se traducía en suplicios, y que la guillotina vino precisamente a “humanizar” la pena por vía de la eliminación de tales tormentos, las teorías de la prevención especial negativa, en lo que se refieren a la eliminación del delincuente, resultan deleznable, por cuanto, entre otras razones, en primer lugar, dicha eliminación es violatoria de la dignidad humana, en tanto deja sin soporte físico al ser capaz de orientarse según su propio modelo ideal de vida; en segundo lugar, la simple existencia de un margen de posibilidad de error judicial, aunada a la irreversibilidad de dicha sanción punitiva, hacen que la misma resulte lógica y axiológicamente inadmisibles; en tercer y último lugar, el terror que su imposición genera y la posibilidad de abusar de la misma, pueden incluso producir una mayor perturbación de la tranquilidad pública que la ocasionada con el delito mismo. Ahora bien, respecto de la variante relativa a la neutralización del delincuente, dichas teorías resultan criticables, en primer lugar, por concebir la pena como un instrumento de degradación del ser humano, al materializarse en sanciones como el aislamiento por tiempo indeterminado en colonias agrícolas, la prisión perpetua, la esterilización, entre otras; en segundo lugar, por cuanto dicha variante “responde a una visión corporativa y organicista de la sociedad... pues las personas son meras células que, cuando son defectuosas y no pueden corregirse, deben eliminarse”⁶⁸.

Como ya se dijo, existe un tercer grupo de teorías denominadas las teorías mixtas, unificadoras o de la unión, las cuales pretenden, en forma por lo demás absurda,

67 GARÓFALO, Raffaele. La Criminología. Estudio sobre la teoría del delito y la teoría de la represión. (DORADO MONTERO, Pedro Trad. de la 1ª. Ed.). Montevideo – Buenos Aires: B de F, 2005. pp. 199 y ss.

68 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Derecho penal. Parte general. *Op. Cit.*, p. 61.

efectuar una sumatoria de las diversas teorías absolutas y relativas indicando que, si bien el *sentido* de la pena es la retribución, su *fin* es el de la prevención⁶⁹.

Con razón el profesor Claus Roxín, a efectos de criticarlas, afirma, en forma contundente, que “el intento por subsanar estos defectos yuxtaponiendo simplemente tres concepciones distintas –refiriéndose a la retribución, a la prevención general y a la prevención especial– tiene por fuerza que fracasar; ya que la mera adición no sólo destruye la lógica inmanente a la concepción, sino que aumenta el ámbito de aplicación de la pena, que se convierte así en un medio de reacción apto para cualquier empleo”⁷⁰. Una sumatoria como la propuesta lo único que logra es la efectiva sumatoria de las críticas expuestas a cada una de las mencionadas posturas.

Con todo, y no obstante lo dicho en las líneas anteriores, el derecho positivo colombiano, fruto de un legislador esquizofrénico, acoge las teorías mixtas, unificadoras o de la unión, así:

El art. 4 del Código penal (Ley 599 de 2000) establece lo siguiente: “Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena”. Por su parte, el art. 5 *Ibid.*, establece lo siguiente: “Funciones de la medida de seguridad: en el momento de la ejecución de la medida de seguridad operan las funciones de protección, curación, tutela y rehabilitación”. En igual sentido, el art. 17 del Código penal militar (Ley 522 de 1999) establece: “Función de la pena y de las medidas de seguridad. La pena en el Derecho Penal Militar tiene función ejemplarizante, retributiva, preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de

69 En tal sentido, se afirma en la exposición de motivos del proyecto de Código penal para Alemania de 1962, lo siguiente: “El proyecto no ve el sentido de la pena sólo en que compense la culpabilidad del delincuente. Junto con ello tiene también el sentido general de hacer prevalecer al orden jurídico. Además sirve a determinados fines político criminales, en primer término al fin de prevenir futuros delitos. Esto puede ocurrir intimidando al delincuente y a los demás para que no cometan tales hechos. Y puede lograrse de modo más duradero, actuando sobre el delincuente para volverle a ganar para la comunidad...” (párrafo citado por Claus Roxín en su escrito “Sentido y límites de la pena estatal”. En: Problemas básicos del derecho penal. *Op. Cit.*, p. 19).

70 *Ibid.*, p. 19.

seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación”. Así mismo, el Código penitenciario y carcelario (Ley 65 de 1993) en sus artículos 9 y 10 señala:

Art. 9º. –Funciones y finalidad de la pena y de las medidas de seguridad. La pena tiene función protectora y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación. Art. 10.– Finalidad del tratamiento penitenciario. El tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario.

Ahora bien, más que de la innecesaria repetición de los conceptos vertidos en los enunciados del Código penal relativos a la prevención especial positiva, que, por cierto, lo único que muestra es el desconocimiento del legislador sobre la materia –desconocimiento al que se le suma la falta de rigor conceptual al confundir los fines con las funciones de la pena–; de lo dicho en el Código penitenciario y carcelario bien puede concluirse que, si bien se acogen las teorías de la unión, se hace un marcado énfasis en las teorías de la prevención especial positiva. Tal énfasis es, además, ratificado por lo dispuesto en el numeral 6º. del artículo 5º. del capítulo II de la parte I del Pacto de San José de Costa Rica –que, como ya se dijo, fue incorporado al ordenamiento jurídico por vía de la Ley 16 de 1972, haciendo parte, por ende, del bloque de constitucionalidad (art. 93 de la Const. Pol.)–: “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”⁷¹. Así mismo, de lo dispuesto en

71 En igual sentido se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Corte Constitucional. Así, por ejemplo, en sentencia T – 153 de 1998, por vía de la cual se declaró en estado de cosas inconstitucional al sistema penitenciario y carcelario –según el alto Tribunal lo inconstitucional no son ya las normas sino *las cosas*–, se dijo: “actualmente, se acepta que las penas no tienen un fin único. . . sin embargo, como bien lo señala el Código penitenciario la función primordial de ella sí debe ser la resocialización. Ello por cuanto esta función es la que materializa en mejor forma, en este campo, la definición del Estado colombiano como social de derecho y el principio de la dignidad humana, una de las piedras angulares de la Constitución política. Del derecho a la dignidad y del concepto de Estado social de derecho, se deduce el derecho de los reclusos a contar con centros carcelarios que les garanticen la posibilidad de reinsertarse a la sociedad. Por eso, el análisis del sistema penitenciario debe siempre girar en torno de la pregunta sobre si éste cumple con la función resocializadora, a la cual se debe fundamentalmente. Sobre este punto es importante señalar que la labor de resocialización no consiste en imponer determinados valores a los reclusos, sino en brindarles los medios para que haciendo uso de su autodeterminación, establezca cada interno el camino de su reinsertión al conglomerado social”.

los artículos 11, 12 y 34 de la Const. Pol., se colige que, en principio, en nuestro Estado no tienen cabida las teorías de la prevención especial negativa: “Art. 11.– El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte. Art. 12. – Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes... Art. 34. – Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación (...)”⁷².

Por otra parte, existen, fruto de los teóricos del derecho penal que jalonan la discusión científica en la actualidad, algunas posturas sobre la pena que pretenden superar las críticas expuestas a las teorías tradicionales, entre las cuales, debido a su importancia y difusión, además de la tesis de Jakobs que ya fue expuesta, deben mencionarse: La teoría unificadora dialéctica de Claus Roxin, la teoría del derecho penal mínimo de Luigi Ferrajoli y la teoría agnóstica de la pena de Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar.

Analícemos cada una de ellas:

La teoría unificadora dialéctica tiene como punto de partida visualizar las tres maneras en que el derecho penal se enfrenta al individuo: “amenazando con, imponiendo y ejecutando penas”⁷³. Pues bien, cada una de esas esferas del poder punitivo requiere de una justificación por separado, así: en primer lugar, las conminaciones legales (fase de la amenaza) “se justifican sólo, y siempre, por la necesidad de protección preventivo-general y subsidiaria, de bienes jurídicos y prestaciones”⁷⁴; de tal manera que por vía de las normas penales se pretende desestimular la realización de aquellas conductas que de la forma más grave e intolerable atentan contra los

72 Se dice “en principio” por cuanto, en primer lugar, según el art. 31 del Código penal, modificado por el art. 1º, de la Ley 890 de 2004, la pena privativa de la libertad, en los eventos de concursos de conductas punibles, puede incluso ser de hasta 60 años, pena esta que, materialmente, comporta una prisión perpetua; en segundo lugar, la ley 742 de 2002, declarada exequible por la Corte Constitucional (sentencia C - 578 de 2002), incorporó a nuestro ordenamiento jurídico el Estatuto de Roma, sin reserva alguna –para lo cual hubo de reformarse el texto constitucional por medio del acto legislativo 02 de 2001 (Ver el inciso 3ero del art. 93 de la Const. Pol.)–, estatuto por vía del cual se crea la Corte penal internacional y que, además, consagra la prisión perpetua dentro las penas aplicables por la comisión de los delitos allí consagrados.

73 ROXIN, Claus. “Sentido y límites de la pena estatal”. En: Problemas básicos del derecho penal. *Op. Cit.*, p. 20.

74 *Ibid.*, p. 24.

bienes jurídicos (carácter fragmentario), y siempre y cuando no exista un medio menos lesivo que el derecho penal para hacerle frente a dichos comportamientos (carácter subsidiario o de *ultima ratio*). En segundo lugar, la imposición de la pena se justifica por cuanto ella debe cumplir con un fin preventivo general, como quiera que reafirma la amenaza contenida en la norma penal; así mismo, debe cumplir con un fin preventivo especial, toda vez que la sentencia condenatoria servirá como medio de intimidación para la persona del delincuente, a efectos de que en el futuro se abstenga de cometer delitos, y la pena impuesta mantendrá a la sociedad protegida de dicha persona durante el cumplimiento de la sanción⁷⁵. No obstante lo anterior, como consecuencia del principio del respeto por la dignidad de la persona humana, en lo que respecta a su autonomía ética, y a efectos de evitar el terrorismo penal, la medida de la pena no puede sobrepasar la culpabilidad del infractor, lo cual, según Roxín, no comporta asumir las teorías retributivas como fundamento de la pena sino, simplemente, reconocer la existencia de un límite al poder punitivo. Incluso, es posible que la pena sea impuesta por debajo del grado de culpabilidad atendiendo al carácter subsidiario del derecho penal, si con dicha sanción de inferior entidad se puede restaurar la “paz jurídica”⁷⁶. En tercer lugar, la ejecución de la pena se justifica porque ella debe cumplir con un fin preventivo especial, el cual se materializa en la reincorporación del delincuente a la comunidad⁷⁷. Por último, advierte Roxín, que él no pretende con su postura sumar las distintas teorías tradicionales, al estilo de las teorías de la unión; por el contrario, pretende valerse de ellas, otorgándoles su justa dimensión en cada una de las fases del poder punitivo, con lo cual se lograría una mutua neutralización de los distintos problemas que cada una de ellas padece por separado⁷⁸.

Por su parte, la teoría del derecho penal mínimo se encuentra adscrita al llamado sistema garantista (**SG**), sistema este que constituye no sólo un modelo ideal de

75 Cfr. *Ibid.*, p. 26.

76 Cfr. *Ibid.*, pp. 27 y ss.

77 Cfr. *Ibid.*, p. 31. No obstante, unas líneas más adelante (p. 32) puede leerse lo siguiente: “Por otro lado, tampoco cabe eliminar completamente de la fase de ejecución el punto de partida de prevención general, pues está claro que la especial situación coercitiva, en la que entra el individuo al cumplir la pena privativa de la libertad, trae consigo graves restricciones a la libertad de conformar su vida, de las que, en atención a la efectividad de las conminaciones penales, no se puede prescindir en los delitos graves, ni siquiera aun cuando, p. ej. Renunciar a una pena privativa de libertad fuera más útil para la resocialización”.

78 Cfr. *Ibid.*, pp. 33 y ss.

derecho penal, creado por el más importante *iusfilósofo* en la actualidad, el profesor Luigi Ferrajoli, sino, además, una teoría del derecho aplicable a los Estados constitucionales. Así las cosas, según el **garantismo** el derecho es, precisamente, un sistema artificial de garantías constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales⁷⁹, por ende, el Estado y el derecho son concebidos como simples artificios al servicio de los individuos. El modelo **garantista** supone, pues, entre otras cosas, una revisión de los conceptos de validez y de democracia, así: La validez de una norma no radicará simplemente en el resultado de confrontar si su producción, en lo que se refiere al órgano competente y a su procedimiento de creación, se hizo de conformidad con normas jurídicas de superior jerarquía –es preferible hablar, en este punto, de condiciones de existencia y no de validez–; se requiere, además, verificar si el contenido de la norma se compadece con las exigencias constitucionales en materia de derechos fundamentales, de donde se deduce que, en un Estado constitucional de derecho, *no sobre todo se puede decidir y no sobre todo se puede dejar de decidir*. En lo que respecta al concepto de democracia, esta ya no será sólo concebida en su dimensión formal, “que hace referencia al qué y al cómo de las decisiones y que se halla garantizada por las normas *formales* que disciplinan las *formas* de las decisiones, asegurando con ellas la expresión de la voluntad de la mayoría”, sino, además, en su “dimensión material de la que bien podría llamarse ‘democracia sustancial’, puesto que se refiere al *qué* es lo que no puede decidirse o debe ser decidido por cualquier mayoría, y que está garantizado por las normas sustanciales que regulan la *sustancia* o el significado de las mismas decisiones, vinculándolas, so pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales (...)”⁸⁰.

Ahora bien, en lo que se refiere al modelo ideal de derecho penal propuesto por el garantismo, el mismo consiste en un sistema articulado de garantías, que constituyen límites formales y materiales al ejercicio del poder punitivo, sistema este que está encaminado a lograr que ningún inocente sea castigado –con miras a evitar su instrumentalización– y a que el castigo del culpable se haga con el menor sacrificio posible de sus derechos, sacrificio mínimo pero en todo caso necesario para evitar la venganza privada. Según el **SG**, pues, es legítima la intervención punitiva sólo en tanto que los costos que en materia de derechos fundamentales se generan con

79 FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. *Op. Cit.*, p. 19.

80 *Ibid.*, p. 23.

ella son menores que los que se originarían con la anarquía punitiva, esto es, con la existencia de la venganza privada. Al respecto afirma el maestro Ferrajoli: “La pena está justificada como mal menor –lo que es tanto como decir *sólo si es menor*, o sea, menos aflictivo y menos arbitrario– respecto a otras reacciones no jurídicas que es lícito suponer que se producirían en su ausencia; y que, más en general, el monopolio estatal de la potestad punitiva está tanto más justificado cuanto más bajos sean los costes del *derecho penal* respecto a los costes de la *anarquía punitiva*”⁸¹. En ese orden de ideas, para la teoría del derecho penal mínimo la pena tiene una doble finalidad preventiva, “una y otra de signo negativo: la prevención general de los delitos y la prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas. La primera función (sic) marca el límite mínimo y la segunda el límite máximo de las penas. Una refleja el interés de la mayoría no desviada; la otra, el interés del reo y de todo aquel del que se sospecha y es acusado como tal”⁸². En consecuencia, “el fin general del derecho penal... puede identificarse en una palabra con el impedir que los individuos se tomen justicia por su mano o, más en general, con la minimización de la violencia en la sociedad”⁸³.

Por último, según la teoría agnóstica o negativa, expuesta por los profesores Zaffaroni, Alagia y Slokar; en tanto ninguna de las teorías justificadoras resulta ser satisfactoria, la pena queda reducida a un mero acto de poder, por tanto, tiene sólo una explicación política⁸⁴. Así las cosas, la finalidad de la ciencia del derecho penal o del derecho penal entendido como dogmática jurídico penal radica en contener el ejercicio irracional del poder punitivo. Ahora bien, el ejercicio del poder punitivo resulta ser irracional en sus distintas fases como quiera que, en la fase relativa a la criminalización primaria, que es la llevada a cabo por las agencias legislativas al crear las normas penales y que recae sobre conductas, dicha irracionalidad se materializa, en primer lugar, al crear un programa (Códigos y leyes penales) cuya completa realización en el mundo fenomenológico es impensable –hoy en día no hay que preguntarse qué es delito sino qué no es delito–; en segundo lugar, al utilizar las leyes penales como instrumentos electorales haciéndole creer a la población que las mismas constituyen la solución para todos los males de la sociedad,

81 Derecho y razón. *Op. Cit.*, p. 336.

82 *Ibid*, p. 334.

83 *Ibid*, p. 335.

84 Derecho penal. Parte general. *Op. Cit.*, pp. 48 y ss.

cuando en realidad el derecho penal no sirve como instrumento de solución sino a lo sumo de *renormalización* de los conflictos⁸⁵. Por su parte, la fase atinente a la criminalización secundaria (imposición y ejecución de las penas), que es la llevada a cabo por las agencias judiciales, policiales y penitenciarias, y que recae sobre personas concretas, resulta ser irracional como quiera que, en tanto el programa diseñado por el legislador es irrealizable en su totalidad, la misma es selectiva, recayendo tal selectividad en las personas vulnerables al sistema penal⁸⁶ (clientes del sistema penal), como lo son, por ejemplo, aquellos que realizan obras toscas de la criminalidad –se premia la delincuencia refinada–, aquellos que carecen de acceso a los factores reales de poder (medios de comunicación, medios económicos de producción, etc.) y que, por supuesto, no le causan problemas al sistema penal, y aquellos que han perdido protección o cobertura por parte del sistema. En consecuencia, sobre esas personas se crean una serie de etiquetas o estereotipos criminales que hacen que las mismas sean proyectadas a la comunidad como los únicos delinquentes y sus conductas como los únicos delitos, llevando, incluso, a la absurda consecuencia de confundir las causas del delito con las causas de la criminalización⁸⁷.

En conclusión, la ciencia del derecho penal o dogmática jurídico penal, tanto en su parte general como en su parte especial, tiene por finalidad contener el ejercicio irracional del poder punitivo, haciendo segura y previsible la aplicación del derecho penal a los casos concretos⁸⁸.

85 Se incurre, por ende, en una especie de *Panpenalismo* –el derecho penal como instrumento de solución para todos los conflictos–, olvidando que el Estado, por intermedio del derecho penal, se apropia de ellos –de los conflictos–, los confisca, excluyendo a la víctima de su solución.

86 *Ibid.*, pp. 9 y ss.

87 Por ejemplo, a la pobreza se la suele identificar como una causa del delito cuando, en realidad, es una causa de vulnerabilidad frente al sistema penal y, en consecuencia, una causa de criminalización. Cfr. *Ibid.*, pp. 8 y ss.

88 Son ya clásicas las palabras del profesor Enrique Gimbernat Ordeig: “La dogmática jurídico penal, pues, averigua el contenido del Derecho penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo de otro, dónde acaba el comportamiento impune y dónde empieza el punible. Hace posible, por consiguiente, al señalar sus límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación” (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal? En: *Estudios de derecho penal*, 3ª. Ed. Madrid: Tecnos, 1990, p. 158.

Bibliografía

- AFTALIÓN, Enrique R./ José VILANOVA/Julio RAFO: Introducción al derecho, 3ª. Ed. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1999.
- ARISTÓTELES: Metafísica, Traducción de Francisco de P. Samaranch, en Obras. Madrid: Aguilar, 1967.
- BARATTA, Alessandro: Integración –Prevención, En: *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, Traducción de Emilio García Méndez y Emiro Sandoval Huertas, Montevideo– Buenos Aires: B de F, 2004.
- BETTIOI, Giuseppe: Derecho penal. Parte general. Traducción de José León Pagano, 4ª. Ed. Bogotá: Temis, 1965.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan: Manual de derecho penal español. Parte general, 1ª. Ed. Barcelona: Ariel, 1984.
- CARNELUTTI, Francesco: Cómo nace el derecho, Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marina Ayerra Redín, 4ª. Reimpresión de la 3ª. Ed. Bogotá: Temis, 2004.
- DEL VECCHIO, Giorgio: Filosofía del derecho, Traducción de Luis Legaz y Lacambra, 3ª. Reimpresión de la 9ª. Ed. Barcelona: Bosch, 1997.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo: Prevención general e individualización judicial de la pena. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999.
- FERRI, Enrico: Principios de derecho criminal, Traducción por José Arturo Rodríguez Muñoz, 1ª. Ed. Madrid: Reus, 1933.
- FERRAJOLI, Luigi: Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino y Rocío Cantarero Bandrés, 2ª. Ed. Madrid: Trotta, 1997.
- : Derechos y garantías. La ley del más débil, Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 4ª. Ed. Madrid: Trotta, 2004.
- FEUERBACH, Anselm von: Tratado de derecho penal común en Alemania, Traducción de la 14ª. Ed. por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Buenos Aires: Hammurabi, 1989.
- FOUCAULT, Michel: Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión, Traducción de Aurelio Garzón del Camino, Trigesimoprimer Ed. en español, México: Siglo veintiuno editores, 2001.
- FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola: La lógica de las pruebas en materia criminal, Volumen I, Versión castellana por Simón Carrejo y Jorge Guerrero, 3ª. Reimpresión de la 4ª. Ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1997.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo: Introducción al estudio del derecho, Cuadragésimoséptima Ed. México: Porrúa, 1995.
- GARÓFALO, Raffaele: La Criminología. Estudio sobre la teoría del delito y la teoría de la represión, Traducción de la 1ª. Ed. (1885) por Pedro Dorado Montero, Montevideo –Buenos Aires: B de F, 2005.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: ¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?, En: *Estudios de derecho penal*, 3ª. Ed. Madrid: Tecnos, 1990.

- GÓMEZ DÁVILA, Nicolás: Escolios a un texto implícito. Selección, 1ª. Reimpresión de la 1ª. Ed. Bogotá: Villegas Editores S. A., 2002.
- GUASTINI, Ricardo: Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho. Traducción de Jordi Ferrer i Beltrán, 1ª. Ed. Barcelona: Gedisa, 1999.
- HEGEL, Georg W. F.: Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho o compendio de derecho natural y ciencia del Estado, Traducción de Eduardo Vásquez, Madrid: Biblioteca Nueva, 2000.
- JAKOBS, Günther: Derecho penal. Parte general, Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª. Ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- : La pena estatal: Significado y Finalidad, Traducción y estudio preliminar de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, 1ª. Ed. Navarra: Thomson – Civitas, 2006.
- JESCHECK, Hans – Heinrich/Thomas WEIGEND: Tratado de derecho penal. Parte general, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, 5a. Ed. Granada: Comares, 2002.
- KELSEN, Hans: ¿Qué es Justicia?, Edición española a cargo de Albert Calsamiglia, 2ª. Ed. Barcelona: Ariel, 1992.
- KANT, Immanuel: Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Ed. Bilingüe y Traducción de José Mardomingo, Barcelona: Ariel, 1996.
- LUCRECIO: De la naturaleza, Traducción de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Círculo de lectores, 1998.
- MIR PUIG, Santiago: Introducción a las bases del derecho penal, 2ª. Ed. Montevideo – Buenos Aires: B de F, 2002.
- : Valoraciones, normas y antijuridicidad penal. En: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Reimpresión de la 1ª. Ed. Madrid: Tecnos, 2003.
- MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo: Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs. En: *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en derecho penal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: Teoría general del delito, 2ª. Ed. Bogotá: Temis, 2002.
- ORTEGA Y GASSET, JOSÉ: Investigaciones psicológicas. En: *Obras completas*, Tomo XII, 1ª. Ed. Madrid: Alianza, 1983.
- PEÑA FREIRE, Antonio Manuel: La garantía en el Estado constitucional de derecho, Madrid: Trotta, 1997.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución, 8ª. Ed. Madrid: Tecnos, 2003.
- RADBRUCH, Gustav: Introducción a la filosofía del derecho, Traducción de Wenceslao Roces, 8ª. Reimpresión de la 1ª. Ed. México – Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- RECASENS SICHES, Luis: Introducción al estudio del derecho, 14ª. Ed. México: Porrúa, 2003.
- : Tratado general de filosofía del derecho, 16ª. Ed. México: Porrúa, 2002.

- ROXÍN, Claus: Sentido y límites de la pena estatal, En: *Problemas básicos del derecho penal*. Traducción de Diego – Manuel Luzón Peña, Madrid: Reus, 1978.
- LISZT, Franz von: La idea del fin en el derecho penal, Reimpresión de la 1ª. Ed. Santa Fe de Bogotá: Temis, Monografías jurídicas No. 40, 1998.
- WELZEL, Hans: Derecho penal alemán, Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 11ª. Ed. en alemán y 4ª. Ed. en español, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl/Alejandro ALAGIA/Alejandro SLOKAR: Derecho penal. Parte general, 1ª. Ed. Buenos Aires: Ediar, 2000.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl: Tratado de derecho penal. Parte general, Tomo I, México: Cárdenas Editor y Distribuidor, 1988.