

Reseña del libro *Derecho penal, parte general. Principios y categorías dogmáticas*, de Juan Fernández Carrasquilla, Ibáñez, Bogotá, 2011*

SEBASTIÁN F. SÁNCHEZ ZAPATA*

El libro que se reseña es fruto de un esfuerzo realizado por el autor tras arduas y tensas reflexiones en torno al carácter prevalente de los principios como garantías frente al poder punitivo estatal. Dicha temática, desde luego fundamentada extensamente en obras precedentes¹, se expone ahora en dos volúmenes que la continúan y profundizan: el primero de ellos, dedicado a los principios (del que aquí se trata), pensados como criterios liberales enfocados a la tradición ilustrada y en interacción dinámica con las correspondientes categorías de la dogmática del delito; y el segundo, dedicado a los problemas amplios y complejos de la teoría del delito, con un capítulo final acerca de las penas.

* La reseña hace parte de la investigación que el autor realiza como miembro del programa jóvenes investigadores e innovadores “Virginia Gutiérrez de pineda” 2011, del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación (COLCIENCIAS).

** Abogado Universidad EAFIT. Medellín (Colombia).

1 Al respecto y sin pretensión de exhaustividad, véase: *Derecho penal fundamental*, 1ª ed., Edit. Temis, Bogotá, 1982, y 2ª ed., Vol. 1, 1986 y Vol. 2, 1989; *Principios y normas rectoras del derecho penal*, 2ª ed., Edit. Leyer, Bogotá, 1999; *Derecho penal liberal de hoy –Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal-*, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002; *Derecho penal fundamental 1*, 3ª ed., Edit. Ibáñez, Bogotá, 2004.

Por razones de extensión y manejabilidad, en el primer volumen se recurre a la presentación de la obligatoriedad de los principios de la política criminal, señalando que, más que un texto para expertos, la obra pretende ser un manual crítico para estudiantes, estudiosos y profesionales de la ciencia penal, para el uso de una práctica humanitaria lo más democrática posible. Su exposición se perfila como una dogmática de principios, reglas y consecuencias para la reconstrucción de una teoría moderna y liberal del delito, de cara a un presente del Derecho penal con tendencias expansionistas, multiplicación de tipos penales, penas más duras y amplias y flexibilización de criterios dogmáticos consagrados por la tradición.

Esta dogmática va de los principios a las categorías dogmáticas y de éstas a la elaboración de una síntesis del injusto típico y la responsabilidad penal estrictamente personal, para llegar desde luego a la pena como un "mal social necesario" que, para ser usado racionalmente en el contexto constitucional de un Estado social y democrático de Derecho, tiene que ser minimizado y no maximizado en cada uno de sus pasos y cumplir funciones realmente necesarias y subsidiarias de prevención (p. 52).

De esta forma, de lo que se trata es de exponer el sentido y alcance de los grandes principios político-criminales que nuestra legislación ha positivizado con el nombre de normas rectoras de la ley penal colombiana. Al mismo tiempo, de mostrar el contenido de las categorías dogmáticas en que se inspiran las teorías del delito y de la pena en nuestro derecho positivo. Lo anterior evidencia que frente al título inicial del Código penal de 2000, y de las normas constitucionales e internacionales que lo inspiran, no hay Derecho penal ni dogmática penal posibles en Colombia por fuera de los principios rectores ni contra éstos.

El texto está compuesto de XIX capítulos orientados a explicar la relación entre principios rectores del Derecho penal y contenido de las categorías dogmáticas de la teoría del delito, así como los orígenes de las normas rectoras, las funciones de los principios y otros conceptos básicos de gran trascendencia para la ciencia penal contemporánea.

Parte el autor de una orientación de origen axiológico-jurídico (p. 21) que centra sus fines en los principios y normas rectoras del Derecho penal, la carta de derechos de la Constitución, los tratados sobre derechos humanos internacionales, los conceptos normativos universales de persona y el Derecho internacional imperativo (*ius cogens*), sin participar en la onda expansionista del Derecho penal, ni en el neopunitivismo del Derecho penal internacional. Como es de suponer, su vasta extensión no permite hacer referencia a cada uno de los principios, lo cual no obsta para describir algunos aspectos relevantes:

A. El autor sostiene que las normas rectoras del Código penal ostentan un sentido inicial de concreción y desarrollo de superiores normas de garantía formal y material que emanan de la Constitución, los convenios internacionales sobre derechos humanos, las declaraciones de Derechos universales del hombre (1789 y 1948), la ética racional o crítica de la persona y en última instancia la noción internacional positiva del *ius cogens* (p. 121).

Conforme a lo anterior, ellas se muestran como fundamento indivisible y punto de contacto permanente entre el Derecho penal positivo y la política criminal humanista, en orden a que demarcan el contorno de actuación del Estado en el ejercicio de su poder punitivo. De ahí se infiere que ellas sirven para determinar (y detectar) la orientación ideológica y funcional del sistema penal y para manejar las normas penales y controlar su alcance, racionalidad y legitimidad (p. 118).

El carácter obligatorio o vinculante de estos principios traducidos en mandatos normativos, no depende de la adhesión del legislador, del juez o del intérprete a determinadas orientaciones lógico sistemáticas o ideológicas, sino que deriva de la juridicidad misma de la norma que los consagra o positiviza como parte primordial del orden jurídico penal (p. 124). Así las cosas, las normas rectoras son preceptos que permiten fijar los derroteros valorativos de las restantes normas penales y excluyen del ámbito de aplicación cualquier contenido normativo que se les oponga.

En consecuencia, son verdaderas normas de garantía y no pueden utilizarse como herramienta que agrave los derechos fundamentales de los ciudadanos. Por ende, no garantizarían nada si cualquier otra norma pudiera vulnerar o restringir los marcos hermenéuticos que fijan o los derechos que amparan.

B. Por otro lado, en lo que a las categorías de la dogmática corresponde, el texto pretende explicar críticamente el concepto complejo de injusto típico (conducta antijurídica tipificada) y "culpabilidad", esta última en el sentido de imputación subjetiva y responsabilidad personal (por dolo o culpa) circunscrita al merecimiento personal de la pena (exigibilidad personal); y asimismo su interacción con los criterios imprescindibles de necesidad y utilidad sociales de la pena criminal en la dialéctica de retribución justa y prevención razonable (general y especial, positiva y negativa).

Se vislumbra en la sistemática adoptada por el texto, que son dominantes las posiciones eclécticas o mixtas que constituyen el injusto típico con los desvalores de acción y de resultado, con matices que otorgan al uno o al otro cierta prevalencia, línea del llamado "objetivismo moderado", que en general se consideran más acordes con la tradición garantista que el Derecho penal liberal tomó del iluminismo siempre y cuando se otorgue un lugar constitutivo al desvalor de resultado como lesión del bien jurídico. Acorde con lo anterior, la lesión de daño o peligro para el bien jurídico,

que constituye el núcleo material de la antijuridicidad se presenta como “desvalor de resultado” (lesión o puesta en peligro efectivo del bien jurídico a que el tipo apunta) pero este resultado es una ofensa jurídica y no necesariamente un “efecto causal”. Se trata de un concepto normativo y no meramente ontológico, pero en todo caso recae sobre un objeto denominado “objeto de protección” (p. 266).

Sostiene el autor que la culpabilidad (responsabilidad subjetiva o personal) comprende también, necesariamente, a los inimputables, pues de otro modo la aplicación a éstos de las medidas de seguridad representaría una oprobiosa y primitiva responsabilidad por la mera causación material del resultado. El código penal vigente exige que para imponer las medidas de seguridad, los inimputables deben también realizar una conducta típica y antijurídica (art. 33) que, como tal, consta de elementos objetivos y subjetivos y entre estos últimos en primer lugar el dolo en los tipos dolosos y la imprudencia en los tipos culposos (art. 22-23). Es claro entonces, que dolo y culpa juegan un doble papel porque funcionan como constitutivos de la parte subjetiva del injusto típico y reaparecen luego en el examen de la existencia o no de responsabilidad personal o por culpabilidad en el caso concreto.

Sin perjuicio de lo anterior, se afirma que el marco de la política criminal contemporánea se encuentra regido por una “relativización” de los conceptos dogmáticos o lógico-sistemáticos de la ciencia penal tradicional, cuyos efectos se pueden contabilizar en: el sacrificio de la culpabilidad en aras de la prevención y la flexibilización del principio de estricta legalidad por la penetración de interpretaciones teleológicas no ceñidas al tenor literal posible sino a criterios valorativos abiertos de una política criminal definida sin claridad (un corolario con el que el propio Roxin no ha sido muy claro).

C. En relación con esto último, para Carrasquilla no puede aceptarse sin más el planteo de Roxin acerca de las relaciones integradoras entre Derecho penal y política criminal, pues ante la falta de énfasis de su autor, la tesis sirve para que los valores político-criminales se empleen tanto para restringir como para ampliar el alcance de la punibilidad legal (así, por ejemplo, es admisible que la interpretación teleológica sólo se reciba para restringir el alcance de los tipos, pero no es igualmente convincente que los valores político criminales de la justicia material se usen para restringir el alcance de los textos legales sobre causas de justificación, pues esto último es una forma de ampliar el alcance legal de la punibilidad). El sistema político criminal de Roxin propicia el expansionismo penal y esta es sin duda la razón profunda de su éxito clamoroso y de que ahora esté cada vez más de moda (p. 53).

A este respecto, es imposible saber de cuál “culpabilidad” habla Roxin al construir su categoría de la “responsabilidad”, dado que rechaza todos los conceptos

conocidos de culpabilidad y declara incognoscible la realidad de la libertad de voluntad e indemostrable empíricamente su consistencia concreta en el proceso penal, ya que en eso consiste su confesado agnosticismo. Que su premisa mayor sea el Estado democrático de Derecho, puede ser cierto como política y práctica personal suya, pero en doctrina él no puede predicar que el objetivo de ese Estado sea contribuir, incluso por medio del Derecho penal, a que las personas vivan en una sociedad “libre” y pacífica, porque para él la libertad se agota en la libertad civil –lo que las leyes nos concedan-, pero no apunta a una realidad demostrable que pertenece a la esencia de la existencia de cada ser humano (p. 345). El resultado final es que el esquema general de Roxin es más política criminal que dogmática penal y como dogmática penal afecta gravemente la seguridad jurídica que la estricta legalidad nos deparaba. Haciendo política con valores “abiertos” no se puede contribuir a la seguridad jurídica, sino precisamente a lo contrario.

Al fin de cuentas, lo cierto es que el origen de los principios está en la política criminal, de tal manera que es ésta la que se los brinda a la teoría jurídica o dogmática del Derecho penal y al propio Derecho penal. Sin embargo, el discurso de ellos y de los valores superiores del ordenamiento o de la Constitución es herramienta esencial de interpretación, pero no puede suplantar sin más la legalidad. El artículo 13 del código penal debe reconocerse como norma prevalente del Derecho positivo interno cuyo carácter obligatorio o vinculante es imprescindible a la hora de delimitar la barrera de contención de una aplicación regresiva o de signo valorativo contrario a una interpretación *pro homine*. Las normas jurídicas que contienen principios son ciertamente normas, mas no por esto dejan de ser principios, que como tal, definen estándares valorativos que orienten la política criminal y las demás normas penales en la construcción de un ordenamiento jurídico penal de carácter liberal y democrático, esto es, personalista (su misión especial es la protección de la persona y sus derechos contra todo tipo de poder que los amenace en nombre de intereses colectivos, comunitarios o estatales).

Las normas rectoras o principios positivos del Derecho penal son preponderantes porque tienen más peso y universalidad que otras normas, mayor prestancia o rango, y por consiguiente inclinan de su lado la balanza al momento de una ponderación axiológica (p. 448). En suma, tales principios son primeros, principales y prioritarios y en cualquier conflicto pesan más que las otras normas. De donde se puede concluir que los principios penales son prerrogativas de la persona en el Derecho penal liberal.