

# Un saber penal configurado desde la persona real para la realidad de las sociedades periféricas Una propuesta para América del siglo XXI<sup>1</sup>

José Fernando Botero Bernal\*

El presente escrito, como otros citados en la bibliografía, han servido de fundamento al tema que viene trabajando la línea de Investigación en Derecho Penal: "Dogmática Penal –configurada desde la persona real–", todos ellos elaborados por quien funge como coordinador de la misma – José Fernando Botero Bernal-. Por lo tanto, este escrito se halla vinculado a las investigaciones que se adelantan y se habrán de adelantar en la línea: (1) Condiciones de posibilidad de una dogmática penal de la Parte General del Derecho Penal, desde 1980 hasta el 2003. (2) Desarrollo y alcances de la conducta delictiva en la doctrina penal Colombiana desde 1980 a 2004. (3) Desarrollo y alcances de los estados similares como causal de inimputabilidad en la ley 599 de 2000. (4) Proyecto en elaboración: Derecho penal Colombiano y el neoconstitucionalismo.

Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana, Docente-Investigador de la Universidad de Medellín, Docente del área –Unidad de Organización Curricular (UOC)- de Derecho Penal. Investigador del Grupo de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales de la Universidad de Medellín –CIJ-. Correo electrónico: jfbotero@udem.edu.co o fernandoboterobernal@yahoo.com

## RESUMEN

*En las sociedades contemporáneas de la periferia, donde las relaciones interpersonales se caracterizan por los lazos de obligación entre los sujetos, y donde se lleva a cabo, por parte de los sectores dominantes, una homogenización simbólica de intereses, se encuentra que el aumento de la violencia y de la pobreza termina señalando como principales "clientes" del sistema penal a los sectores no hegemónicos. A partir de esa problemática social, resulta preciso que el Estado dé respuesta ya sea a través de la implementación de un modelo punitivo, o de uno de reparación o de restauración. En cualquier caso, partiendo de que son las personas las protagonistas de los conflictos sociales, habrá que reconocer que el concepto de persona que se acoja -individualista o colectivista-, privilegiará, inevitablemente, alguna de las posibles respuestas estatales. Sin embargo, los tradicionales conceptos de persona -individualista y colectivista- han desconocido características esenciales de la "persona real", evitando que se configure un saber penal con una clara funcionalidad política, y tendiente a acotar y reducir el ejercicio del poder punitivo a través de los supuestos normativos de la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.*

## ABSTRACT

*In the context of the contemporary societies of the periphery, where the interpersonal relationships are characterized by the obligation ties among the subjects, and where it is carried out by the domineering sectors, a symbolic homogenization of interests, is found that the increase of the violence and poverty finishes pointing out to the sectors without hegemony as main "clients" of the penal system. Starting from that social problem, it is necessary that the State answers either through the implementation of a punitive model, or of one of repair or of restoration. In any case, assuming that people are the main characters of the social conflicts, it will be necessary to recognize that the concept of 'person' that is accepted -individualist or collectivist- will privilege inevitably some of the possible answers given by the State. Nevertheless, the traditional concepts of 'person' -individualist and collectivist - have ignored essential characteristics of the "real person", avoiding the configuration of a penal knowledge with a clear political functionality, and prone to limit and to reduce the employment of the punitive power through the normative antecedents of the behavior: "Definition", "Unlawfulness" (wrongfulness) and "Culpability" (mens rea, responsibility, blameworthiness).*

## PALABRAS CLAVE

*Modelo punitivo; modelo de restauración o de restauración; concepto individualista de persona; concepto colectivista de persona.*

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN; 2. MODELOS DE RESPUESTAS ESTATALES A LOS PROBLEMAS SOCIALES; 3. NOCIONES PARA COMPRENDER A LA PERSONA; 4. NOCIONES PARA COMPRENDER A LA PERSONA; 5. COLOFÓN; 6. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. Introducción

Las sociedades contemporáneas de centro y sur América<sup>2</sup>, por lo menos sus ciudades centrales<sup>3</sup>, se caracterizan por un crecimiento desmesurado y desorganizado, en donde las relaciones entre las personas pasaron de ser directas y conocidas a ser indirectas y anónimas<sup>4</sup>, es decir, en otrora las relaciones, al interior de las sociedades, eran entre personas que se reconocían como tales en los demás, por manera que ellas sabían qué esperar de cada uno o, con otras palabras, era previsible, en cierto grado, el

<sup>2</sup> En adelante se hará referencia a ellas como sociedades de la periferia. Dejando en claro que no son las únicas que admiten ese calificativo, por ejemplo las sociedades africanas incluso algunas asiáticas pueden llamarse así. La locución periferia alude a aquellas sociedades que reciben –léase se les impone– del centro –sociedades desarrolladas–, de un lado, una determinada forma de percibir y comprender la realidad –conocimiento en un sentido muy amplio– y de otro, un determinado sistema económico y político. Actualmente, debe destacarse que el sistema económico determina tanto esa forma de percibir y comprender la realidad como el sistema político.

<sup>3</sup> Las ciudades centrales de la periferia son ciudades que pueden ser calificadas de acopio, ello es, son urbes que se caracterizan por recibir personas de otras regiones, de manera definitiva, temporal o de tránsito. Situación que aumenta, lo que se habrá de llamar contactos anónimos.

<sup>4</sup> “La sociedad posibilita cada vez más los contactos relativamente anónimos, es decir, aquellos en los que el alcance del deber de los participantes verdaderamente está determinado por su rol...” (JAKOBS, GÜNTHER. *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*. Trad. Teresa Manso Porto. Bogotá, Externado de Colombia, 2000, p. 10 infra.)

actuar entre las personas; hoy en día, por el contrario, las relaciones entre las personas son anónimas por lo que éstas sustituyen el conocimiento directo de los demás por el hecho de ver en ellos más que a individuos –personas<sup>5</sup>– a seres “obligados” a una determinada conducta, es decir, portadores de un determinado papel, el cual genera una serie de obligaciones para con los demás.

Así mismo, esas sociedades de la periferia<sup>6</sup> además de presentar “contactos anónimos” se caracterizan por la “exclusión”<sup>7</sup> entre y de sus miembros, ello es, a partir de una homogenización simbólica de intereses<sup>8</sup>, mediante la utilización de ese medio central de conocimiento y protección llamado Derecho, se excluye a todos aquellos que no participen de esos intereses, supuestamente comunes a una sociedad, conformándose así “nuevos ghettos o áreas de exclusión y marginalidad, junto a los barrios cerrados o urbanizaciones custodiadas”<sup>9</sup> y quienes habiten esos sectores se convertirán en la “clientela” del sistema penal. Debe llamar la atención ver en las sociedades de la periferia cómo ella se presenta sectorizada en atención a sus intereses que vienen condicionados por su formación intelectual, por su forma de concebir la vida incluso por sus antecesores.

<sup>5</sup> En adelante se habrán de tratar como sinónimos persona, ser humano, individuo, ello debido al fundamento filosófico sobre el cual descansa el presente escrito: Personalismo ontológico.

<sup>6</sup> Actualmente se ha dejado de hablar de persona sustituyéndola por una noción tan etérea como sociedad y a su vez ésta, procurando su homogenizada, es llamada “sociedad o aldea mundial”.

<sup>7</sup> Tema que sirve de nombre a una corriente criminológica contemporánea: “El paradigma de la sociedad excluyente” (Zygmunt Bauman y Linebaugh). Sobre ello ver un corto y conciso resumen en PÉREZ PINZÓN, ÁLVARO ORLANDO Y PÉREZ CASTRO, Brenda Johanna. *Panorama de las ideas criminológicas de la actualidad*, en: REYES ALVARADO, ALFONSO et al. *Dogmática y Criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo*. Bogotá, Legis, 2005, pp. 472-476.

<sup>8</sup> LUHMANN, NIKLAS. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*. Traducción de Ignacio de Otto Pardo. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 45, numeral 1.

<sup>9</sup> BERGALLI, ROBERTO. *Libertad y seguridad: un equilibrio extraviado en la modernidad tardía*, en: LOSANO, MARIO Y MUÑOZ CONDE, FRANCISCO (coordinadores). *El Derecho ante la globalización y el terrorismo. <<Cedant arma togae>>*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 70.

Uno de esos sectores, el hegemónico, propende por esa homogenización de intereses<sup>10</sup>.

Al interior de esas sociedades de la periferia, se plantean una serie de problemas de muy diversa naturaleza, que constituyen la realidad viva y visible de esas sociedades, los cuales van desde: (a) el aumento en esa serie de inusitados actos de violencia mediante elementos que de suyo se caracterizan por una *destrucción masiva e indiscriminada*<sup>11</sup>, los que son ya comunes a todas las sociedades contemporáneas, así como el aumento de actos violentos "comunes"; dicho aumento en los actos violentos origina en las personas, de un lado, un sentimiento de desprotección e inseguridad, y de otro, una desconfianza en el otro por ser éste un desconocido y en consecuencia un posible lesionador, desconfianza que se incrementa si ese "otro" pertenece a los grupos excluidos de la sociedad, es decir, si ese "otro" no comparte<sup>12</sup> los intereses de una supuesta mayoría, hasta (b) llegar a la tópica de la pobreza absoluta, que con el pasar del tiempo se ha venido agudizando, por múltiples factores<sup>13</sup>, en las sociedades de la periferia.

<sup>10</sup> La conformación de las sociedades de la periferia impone un análisis de las mismas según las teorías del conflicto, cuya adopción no significa que necesariamente se deba interpretar a la sociedad desde el marxismo, y mucho más si "no hay ninguna prueba empírica que permita afirmar que la sociedad es un sistema, al igual que no la había cuando Spencer pretendía que era un organismo" (ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL et al. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Ediar/Temis, 2005, p. 276, §87, numeral 1), mientras sí la hay para la corrección de las posturas conflictivistas de la sociedad, y en especial, de las de la periferia. Dicho de otra manera, el presente escrito comprende a la sociedad, muy en especial las de la periferia. Se debe acotar que se parte, en el presente escrito, de un modelo de sociedad conflictiva: un grupo de personas que coexisten en libertad de acción e interactúan estableciendo así relaciones de conflicto y de cooperación.

<sup>11</sup> Definición realista de ese concepto vago llamado terrorismo, el cual es utilizado por el poder, en especial el punitivo, para incrementar su vigilancia y castigo. Tal definición es brindada por el penalista argentino, Magistrado de la Corte Suprema de la Nación Argentina, Profesor ZAFFARONI. *La legitimación del control penal de "extraños"*, en REYES Alvarado, Alfonso et al. *Dogmática y Criminología*. cit., p. 626.

<sup>12</sup> La determinación de si la persona que se tiene en frente comparte o no unos mismos intereses, en las sociedades de hoy, se realiza de manera objetiva: la forma de vestir, de hablar incluso por su apariencia somática.

<sup>13</sup> La selectividad en el control de los medios de producción, la selectividad en la educación ya no tanto en su ingreso como en su calidad, entre otros factores.

Las problemáticas sociales en mención, exigen una respuesta Estatal y dicha respuesta puede configurarse, por el poder, para: (a) propender por la solución real de los problemas sociales o (b) dejar librado al transcurrir del tiempo la solución real a los problemas sociales, por lo que ella es una respuesta simbólica legitimadora de casi cualquier intervención estatal en la vida de las personas por medio del poder punitivo.

Para la funcionalidad de las ya aludidas formas de respuesta estatal a la realidad de las sociedades de la periferia, respuestas que pueden o no combinarse entre sí, es menester exponer y hacer comprensible a la noción "persona" en tanto que como protagonista de los problemas sociales, la locución "persona", al menos en la región jurídico-penal, admite dos concepciones opuestas entre sí: de un lado, aquélla que comprende a la persona como todo ser humano real o simplemente como persona real<sup>14</sup> de carne y hueso condicionada cultural, social y económicamente, es decir, una concepción naturalística; y de otro lado, como un Ser normativamente configurado, ello es, una concepción normativista<sup>15</sup> Postura ésta para la cual las relaciones -"contactos"-, en las sociedades de hoy vienen

<sup>14</sup> De manera provisional, como quiera que luego se habrá de hacer referencia directa al tema, puede decirse que cuando se alude a la persona real se entiende a esa persona que, como totalidad, se caracteriza por: (a) su individualidad, que se rige por una intencionalidad que orienta su proyecto de vida. (b) su alteridad, que alude a su apertura al mundo para encontrarse con otros "yo", "llegar a ser con otros en el mundo", para darse una coexistencia -convivir-, orientada por su individualidad -intencionalidad-. (c) su comunicación, que hace referencia a la expresión de la individualidad en la alteridad, es decir, en la relación con otros -coexistencia- y (d) su libertad, la persona real es un ser autónomo que puede "dar norma y dirección a su vida", obviamente libertad que no puede comprenderse alejada de los condicionamientos culturales, sociales y económicos concretos de la persona real, así entonces, la persona real tiene una libertad circunstanciada en concreto, es decir, expresada en un determinado contexto histórico social.

<sup>15</sup> Quien ha radicalizado la postura normativista asevera lo siguiente: "Una teoría del Delito con consistencia interna, es decir, una teoría del autor y de su hecho, tiene que partir hoy en día y también en el futuro de los conceptos "persona" y "lesión jurídica", y no en cambio de otros naturalistas como "hombre", "dolo", etc. Sólo si se produce esta normativización existe una posibilidad de que los delitos de resultado se mantengan practicables; el derecho penal garantiza entonces la expectativa de que el otro es fiel al derecho o, en caso contrario, se comporta de manera culpable, con total independencia de su estado síquico -conocimiento o no conocimiento- el cual no puede pronosticar nadie en una sociedad anónima, por lo que regirse por él interfiere la prestación de orientación que realiza el derecho." (JAKOBS, GÜNTHER. *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*. cit., p. 16).

establecidas normativamente, ello es, por el "Derecho", no necesariamente el emanado del Estado. En fin, el "Derecho" es convertido en ese medio más expedito, tanto de conocimiento como de protección de y frente a los demás, así como la manera de imponer una serie de "contenidos éticos" –"universalización impositiva de contenidos éticos a través del Derecho"<sup>16</sup>– que posibilitan esa *homogenización* simbólica de intereses.

De cara a lo expuesto hasta el momento, se habrán de tratar dos puntos dependientes entre sí: (a) el relativo a las formas de respuesta estatal a los problemas sociales y (b) el atinente a la noción de persona, en tanto que protagonista de la realidad de las sociedades de la periferia o, lo que es lo mismo, como protagonista de los problemas sociales.

En consecuencia, se habrá de hacer referencia a las formas de respuesta para, luego de dejar en claro las dos concepciones de la noción "Persona", proceder a establecer la persona real que respuesta estatal privilegia y cómo se configuraría el saber penal desde ella, para brindar respuestas a la realidad de las sociedades de la periferia.

## 2. Modelos de respuestas estatales a los problemas sociales

### 2.1 Introito

Como ya se anotara, al interior de las sociedades de la periferia, e incluso las centrales, quienes las componen, las personas reales, de carne y hueso, expresan intencionalidades que entran en conflicto entre sí, generando conflictos sociales<sup>17</sup>; lo cual es de frecuente ocurrencia en sociedades pluralistas<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Sobre el tema ver: ADEODATO, JOÃO MAURICIO. *La pretensión de universalización del Derecho como ambiente ético común*, en LOSANO, Mario y MUÑOZ CONDE, Francisco (coordinadores). *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*. cit. pp. 99-108.

<sup>17</sup> ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL Y PIERANGELI, JOSÉ ENRIQUE. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*, pp. 60 y ss. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *Manual de Derecho Penal*, p. 22. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL et al. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. cit. p. 277. Así también, desde una postura legitimante del derecho penal, MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona, Bosch, 1975, p. 11. Se debe acotar que se parte, en el presente escrito, de un modelo de sociedad conflictiva: un grupo de personas que coexisten en libertad de acción e interactúan estableciendo así *relaciones de conflicto y de cooperación*.

Esos problemas sociales son de una naturaleza muy variada: (a) desde aquellos actos de *destrucción masiva e indiscriminada*: bombas en centros comerciales, por ejemplo, (b) pasando por aquéllos que, sin comportar una destrucción masiva, son igualmente violentos, por ejemplo las muertes de personas a manos de otras, la retención de personas por parte de particulares o servidores estatales por un tiempo o no indefinido, las alteraciones significativas a la entidad sicosomática de una persona por parte de otra u otras, entre otros muchos, (c) llegando hasta la pobreza, que si bien es un estado implica, en veces, su criminalización.

Los problemas sociales deben generar una respuesta tanto de las personas como del Estado<sup>19</sup>; en cuanto hace a aquéllas, la respuesta será informal, sea negativa –rechazo social– o positiva –la aceptación–, y en cuanto hace a éste, la respuesta será formal (o de *coerción jurídica*). Esa respuesta formal puede asumir dos formas excluyentes entre sí pero que admiten ser conjugadas, a saber: (a) Una de conciliación, reparación y/o restitución y (b) otra punitiva.

### 2.2 Modelo Punitivo

El modelo punitivo (pena), que de suyo es violento<sup>20</sup>, se ejerce por medio del sistema penal<sup>21</sup>. Por consiguiente, éste se presenta como un

<sup>18</sup> No es menester que ese pluralismo sea reconocido por el Estado –por ejemplo artículo 11 de la Constitución Política Colombiana, artículo 1 de la Constitución Federal de Brasil–, basta que las personas que componen la sociedad tengan y expresen individualidades diferentes, es decir, intereses disímiles entre sí.

<sup>19</sup> Por ejemplo AMBOS, KAI. *Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional*, en *Estudios de Derecho Penal Internacional*, p. 74.

<sup>20</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Derecho Penal y control social*, p. 14. Dicho texto tiene una segunda edición: MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Derecho Penal y control social*. 2ª edición, Bogotá: Temis, monografías jurídicas número 98, 1999, p. 4. Realmente lo violento no es tanto el derecho penal como el poder punitivo. Ahora, una asimilación entre poder punitivo y derecho penal debe conducir a la aseveración que éste es violento.

<sup>21</sup> Ese sistema, de cara a la realidad que vive América Latina, es ilegítimo en tanto que "reproduce la violencia, es ilegítimo porque actúa selectivamente, que funciona dejando en la impunidad la mayoría de los comportamientos que le son encargados o aquellos que pese a su gravedad no forman parte del

programa punitivo configurado por el Estado<sup>22</sup> y cuya creación, aplicación y ejecución comporta un ejercicio real del poder punitivo.

Ahora, el plurimencionado sistema penal, en tanto que conjunto de ideas sobre un mismo ente<sup>23</sup> -sobre la pena-, aparece, en lo que respecta a su idea principal -la pena- en varios momentos<sup>24</sup>: (a) Cuando es creada hablándose de una *criminalización primaria*, luego (b) con su aplicación en donde se alude a una *criminalización secundaria* y por último (c) con su ejecución originándose la *criminalización terciaria*. Dicho de otro modo, cuando se hace referencia a la *criminalización primaria*, se entiende la creación de leyes punitivas que se suelen denominar penales -formal y materialmente punitivas- o que sin serlo tienen un contenido punitivo (penal) -materialmente punitivas-, cuya función es la criminalización de un grupo de personas, encubierta por la criminalización de conductas; así mismo por *criminalización secundaria*, se comprende la función punitiva que recae sobre unas personas determinadas; y, por *criminalización*

sistema; en fin, que administra -petrifica en el tiempo- los ilegalismos, pero no los combate" MARTÍNEZ SÁNCHEZ, MAURICIO. *Política Criminal, Justicia Penal y Constitución Política de 1991*, p. 2. El Comentario entre líneas no propio del texto original. Así mismo, de manera más general, BARATTA, ALESSANDRO. *Derechos Humanos: Entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos*, en BARATTA, ALESSANDRO. *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*. Artículo éste que se halla publicado en Nuevo Foro Penal: BARATTA, ALESSANDRO. *Derechos Humanos: Entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos*, en Nuevo Foro Penal número 46 (octubre a diciembre 1989); pp. 447-452.

<sup>22</sup> Así, BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN. *Lecciones de Derecho Penal, Volumen I*, p. 29. BUSTOS RAMÍREZ, JUAN J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN. *Nuevo sistema de Derecho Penal*, p. 25. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, pp. 5 a 7. Tales modelos son configurados por personas reales en ejercicio del poder -el poder y con él el punitivo no se tiene se ejerce-. Entre esos modelos, el punitivo, por ser un hecho irracional, de un lado, carece de autolimitantes reales, concretos y de otro lado, no admite limitantes externos el poder punitivo es un poder fáctico. Por lo tanto la tarea frente a él es contenerlo y reducirlo y en la medida en que se avance en esa contención y reducción los principios limitantes -el de acto, el de lesividad- se irán desarrollando en plenitud.

<sup>23</sup> KANT, INMANUEL. *Crítica de la Razón Pura. Tomo II*, p. 397. en donde define al sistema como: "la unidad de diversos conocimientos bajo una idea"

<sup>24</sup> Por todos para América latina, SANDOVAL HUERTAS, EMIRO. *Sistema penal y criminología crítica*, pp. 5-6.

*terciaria*, se alude a la ya mencionada función punitiva que se ejerce, desde la ejecución de la pena, sobre unas personas concretas.

Esos momentos como su desarrollo -ejercicio del poder punitivo-, han sido enmarcados bajo el nombre de sistema punitivo; y la funcionalidad de éste reside en ser presentado, tanto por quienes lo ejercen como por los medios de comunicación, como el método más eficaz para prevenir y controlar el delito. Así las cosas, el sustrato material del delito vendría dado por esa serie de conflictos sociales (problemas sociales), cuya operatividad exige de las personas que cedan parte de su intimidad -libertad-; lo que es lo mismo, que frente a la problemática social que caracteriza a las sociedades de la periferia -igual como sucede en las sociedades del centro- se debe recurrir al "derecho penal" -léase el poder punitivo-; claro está, frente a los problemas sociales más graves, pero se debe acudir al "derecho penal", es decir, al poder punitivo.

Sin embargo, la afirmación realizada en precedencia se fundamenta en un sofisma: el poder punitivo crea esa noción llamada "delito". El "delito", precisamente, habrá de generar inseguridad en las personas y el mismo poder punitivo se muestra, y lo muestran, como el medio más eficaz para prevenir y controlar lo que ha originado: el delito. Se presenta así un círculo vicioso donde lo único con existencia real es el ejercicio del poder punitivo.

Este círculo asume una gran importancia en las sociedades de la periferia, donde la persecución del "delito" es de las pocas fuentes de legitimidad para la política partidista, y en consecuencia, para quienes la ejercen<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> Sobre el particular se ha aseverado:

"Hoy en día, con un Estado debidamente debilitado, para la mayoría de los políticos, es casi un sueño no verse involucrados con la ley, particularmente con el derecho penal. La explicación probablemente resulte obvia en este punto: quedan muy pocos campos para el lucimiento a nivel nacional, para los políticos como figura política, y para la política de partido. Con la economía fuera de la política, sin el dinero de los impuestos para una reforma social, en una sociedad en la que el monopolio está sólidamente establecido y donde incluso las políticas extranjeras militares carecen de interés, debido a la culminación de la guerra fría, en dicho sistema el delito se convierte en el principal escenario para lo que queda de la política.

...Lo que se define como control del delito, llega, por lo tanto, a cobrar una abrumadora importancia. Los encargos de los estados debidamente debilitados demuestran su mérito. El delito se torna indispensable para imprimirle

Por consiguiente, esa inseguridad que legitima la intervención del sistema penal, se deriva no tanto de los conflictos sociales como de la denominación de "delito" que a esos conflictos le ha brindado el poder punitivo; o, dicho con otras palabras, a la persona real se le quiere mostrar como verdadero y único lo que simplemente es un método más para abordar los conflictos sociales, se reitera, la respuesta punitiva es, como ya se acotó, un simple método para abordar los problemas sociales que se plantean en la realidad<sup>26</sup>.

De otro lado, lo expuesto en precedencia no quiere significar que se deba renunciar al derecho penal, sino que se debe proceder a su replanteamiento<sup>27</sup>. En vez de ser utilizado como legitimador de ese dato fáctico llamado poder punitivo, el derecho penal -que como hecho no es posible abolir discursivamente y no admite, desde él, ningún límite- sí es, sin embargo, susceptible de contención y, lo que es más importante, de reducción en su ejercicio.

### 2.3 Modelo de reparación y/o restauración

Esta respuesta del Estado, a diferencia de la anterior cuya operatividad supone la exclusión real de quienes son los protagonistas del conflicto social, implica la presencia, igualmente real, de quienes intervinieron en el conflicto social para brindar una solución: sea ella la restitución y/o la reparación del daño generador de aquel conflicto. En ese sentido ella privilegia a la persona real.

En consecuencia, esta respuesta es racional y debe convertirse en la regla general para los problemas sociales, siendo la respuesta punitiva residual.

legitimidad a ese estado débil." (CHRISTIE, Nils. *El derecho penal y la sociedad civil peligrosas de la sobrecriminalización*, pp. 51-52).

<sup>26</sup> HUSSERL, EDMUND. *Crisis de las ciencias europeas y la fenomenología trascendental*. Reimpresión. Madrid, 1976, p. 52 donde afirma: "las vestiduras de las ideas es lo que nos lleva a tomar como verdadero lo que es un método".

<sup>27</sup> En ello reside la importancia de la obra del profesor Eugenio Raúl Zaffaroni separar poder punitivo y Derecho Penal, configurando, desde la dimensión política, un Derecho Penal de contención y reductor del poder punitivo. Sobre el particular ver su obra más acabada: ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL *et al. Derecho Penal. Parte General* -hay una segunda edición de 2002-, así mismo ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL *et al. Manual de Derecho Penal. Parte General*.

Si bien este modelo de respuesta es propio del Derecho privado, en la región jurídico-penal se ha venido planteando "la justicia restaurativa", la cual, evitando su utilización por el poder punitivo, sería un ejemplo de un modelo reparador<sup>28</sup>.

### 2.4 Colofón

De cara a lo señalado, el modelo punitivo, al contrario del reparador, es excluyente de quienes son los protagonistas del conflicto social. Tal exclusión se realiza, muchas veces, por "la incapacidad estatal para resolver su conflictividad social"<sup>29</sup>.

El modelo punitivo opera dejando suspendidos en el tiempo los conflictos sociales -problemas sociales-, para que sea aquél el que brinde la solución. En conclusión, el modelo punitivo no resuelve nada, es la expresión de un simple método de suyo irracional, que se caracteriza por la verticalidad en la imposición de sus determinaciones -penas-, que nada solucionan; simplemente legitiman el poder punitivo.

De cara a lo anterior, no es de extrañar que al modelo punitivo le sea funcional un concepto normativo de persona, así le es más fácil excluir a los protagonistas de los problemas sociales y propender por la relegitimación del poder punitivo.

## 3. Nociones para comprender a la persona

### 3.1 Introducción

Como se acotara, los conflictos sociales tienen unos protagonistas: las Personas. Esa aseveración no genera en principio ningún problema, el mismo surge es cuando se plantea la pregunta: ¿Qué es la persona?<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Sobre el particular es muy didáctico MOJICA ARAQUE, CARLOS ALBERTO y MOLINA LÓPEZ, CARLOS ANDRÉS. *Justicia Restaurativa. Hacia una nueva visión de la justicia penal*. Medellín, Universidad de Medellín, 2005, pp. 30 ss. Lo que debe generar mucha atención y cuidado es el configurar la justicia restaurativa no para (re)legitimar el modelo punitivo -poder punitivo- sino para plantear un modelo reparador en materia penal.

<sup>29</sup> ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL *et al. Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 7, §2, numeral 3.

La respuesta al interrogante en precedencia comporta, de un lado, privilegiar una determinada respuesta estatal; y de otro, asumir un punto de partida para reconfigurar lo que se debe entender por Derecho Penal<sup>31</sup>.

Buscando una respuesta al fascinante y complejo interrogante: ¿qué es el hombre?, la antropología filosófica ha brindado una serie de respuestas y, fundado en ellas, el saber penal ha procedido a configurar sistemáticas del delito. Tanto aquéllas –las respuestas provenientes de la antropología filosófica– como éstas –las configuraciones del sistema penal– le han brindado preferencia o bien (a) al individuo –hombre, persona–, apareciendo las posturas individualistas, acentuadas en la modernidad, o (b) a la sociedad, surgiendo las posturas colectivista –sistémicas–, en donde se destacan las corrientes sociológicas funcionalistas.

Cada una de esas posturas filosóficas influyó directamente en la manera como se ha configurado el Derecho penal, por ello merecen ser tratadas para luego proceder a formular una postura antropológica sobre la que se puede cimentar un Derecho Penal de contención y reductor del ejercicio del poder punitivo.

### 3.2 Posturas Individualistas tradicionales y Colectivistas: hacia el concepto de persona real

Las posturas individualistas tradicionales presentaron a un hombre que se perdía en una idea abstracta y sumamente racionalista de él –una

<sup>30</sup> Bien se ha afirmado que: "El conocimiento del hombre ha sido una preocupación incesante que transita por la páginas de la historia del pensamiento desde sus comienzos. Siempre le ha interesado al hombre saber quién es. Pero a diferencia de otra clase de conocimiento, el que busca de sí mismo se inscribe en un ámbito eminentemente práctico." (LUCAS, JUAN DE SAHAGÚN. *Las dimensiones del hombre*, p. 17).

<sup>31</sup> No gratuitamente, de un tiempo para acá se ha venido llamando la atención sobre la necesidad, lo cual es obvio, de cimentar el derecho penal sobre la noción de persona, sobre el qué se entiende por persona. De ahí, el porque cada una de las sistemáticas legitimantes del derecho penal –como expresión del poder punitivo– parten de un concepto funcional a su fin, e igualmente la sistemática que separa al derecho penal del poder punitivo asume otra. Aquí vale reiterar la afirmación según la cual: "Una teoría del Delito con consistencia interna, es decir, una teoría del autor y de su hecho, tiene que partir hoy en día y también en el futuro de los conceptos "personas" y "lesión jurídica",..." (JAKOBS, GÜNTHER. *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*. cit., p. 16).

persona abstracta-, es decir, a un hombre [persona] del anonimato nihilista<sup>32</sup> de la modernidad.

Con base en ese concepto de persona se configuró un derecho penal romántico<sup>33</sup> en el cual se termina por re-legitimar el poder punitivo en aras de proteger a una persona ajena a la realidad.

Para las posturas individualistas tradicionales la legitimidad del Estado reside en la protección a la autonomía ética de la persona: "...el Estado es un medio para asegurar el respeto de esta libertad negativa del individuo y su poder pierde legitimidad cuando sobrepasa las barreras inviolables de la autonomía individual."<sup>34</sup>

Así, es explicable por qué toda la postura individualista tradicional, en lo que respecta a la configuración del Estado así como del derecho penal, hizo ingentes esfuerzos en establecer límites al ejercicio del poder, incluido el punitivo; pero, dado su romanticismo, no advirtieron que el poder punitivo es un dato fáctico que desborda cualquier limitante interna, por lo que, en última instancia, terminaron re-legitimando ese poder.

Las posturas colectivistas, donde deben ser destacadas las posturas sistémicas o funcionalistas, presentan a una persona anónima que se esconde –o es escondida– en la alteridad, en la cara del otro o de los otros, cuando no es creado el concepto de persona; por ejemplo debe destacarse la propuesta de Günther Jakobs (1937), quien concibe a la persona, siguiendo a Georg Wilhelm Frederic Hegel (1770–1831) y adicionándole conceptos sociológicos propios de Niklas Luhmann (1919-1998), como "representación de una competencia socialmente comprensible"<sup>35</sup>, es decir,

<sup>32</sup> LUCAS, JUAN DE SAHAGÚN. *Las dimensiones del hombre. Antropología filosófica*, p. 18.

<sup>33</sup> Aquí se ubica lo que se denomina "escuela" clásica italiana y las posturas alemanas que precedieron a la sistemática clásica alemana en donde se destacan Johann Paul Anselm Ritter von Feurbach (1775-1833) y Karl Binding (1841-1920), es decir, a Franz von Liszt (1851-1919).

<sup>34</sup> PAPACCHINI, ANGELO. *Filosofía y Derechos Humanos*. Santiago de Cali: Universidad del Valle, Facultad de Humanidades, 1995, p.69.

<sup>35</sup> JAKOBS, GÜNTHER. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, p. 51. Sigue en tal punto, de un lado, a NIKLAS LUHMANN, que entiende a la persona como "un sistema autorreferente que tiene en la conciencia y en el lenguaje su propio modo de operación autopoiética" (LUHMANN, NIKLAS. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría.*, introducción de Ignacio Izuzquiza, Traducción de Santiago López Petit y Odrote Schmitz, Barcelona: Paidós e Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1990,

se es persona cuando un ser humano –animal inteligente aun no persona: el *homo phaenomenon* de Inmanuel Kant<sup>36</sup> (1724–1804)- se reconoce y lo reconocen como titular de derechos y obligaciones, con un determinado papel que proviene de la norma –todo lo anterior describe al *homo noumenon* de Kant<sup>37</sup>-.

Por lo tanto, persona no es “un resultado de procesos naturales”<sup>38</sup> que origina seres humanos –individuos u *homo phaenomenon*-, sino un producto social<sup>39</sup>, centro de derechos y obligaciones –de expectativas normativas-<sup>40</sup>.

Las respuestas que brindaron y brindarán las posturas filosóficas a la tantas veces mencionada pregunta: ¿qué es el Hombre?, fueron unilaterales creando un dilema, que en el fondo no existe como ya se habrá de indicar y demostrar, acerca de si es el hombre o es la sociedad.

Dicho dilema ha conducido a presentar elaboraciones del sistema penal que, si bien son disímiles en sus postulados, tienen un punto en común: son sistemáticas penales que, en tanto que producto del sistema penal entendido como el conjunto de ideas sobre un mismo ente<sup>41</sup> –derecho penal-, se han realizado sin la persona real y para no personas reales.

En resumen desde las respuestas individualistas, se han configurado sistemáticas del delito con clara preferencia por la persona que no es persona, puesto que a ella se le ha escondido en sí misma olvidando su alteridad y comunicación; configurándose, con fundamento en esto, un

pp. 27-77). y de otro, a Hegel ver: HEGEL, GEORG WILHELM FREDERIC. *Filosofía del Derecho*. 5ª. edición. Buenos Aires, Claridad, 1968, p. 68 §36 y §38.

<sup>36</sup> JAKOBS, GÜNTHER. *La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal*, en JAKOBS, GÜNTHER. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 16.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>40</sup> Ampliando el tema y referido al Derecho penal ver: BOTERO BERNAL, JOSÉ FERNANDO. *Visión crítica de la metodología de las sistemáticas teleológicas en el derecho penal. Desde la persona real configuradota del derecho penal*, p. 135.

<sup>41</sup> KANT, INMANUEL. *Crítica de la Razón Pura*. Tomo II. cit., p. 397.

derecho penal desde y para el cual no se es persona por ausencia de la alteridad y comunicación. Desde las respuestas colectivistas se han elaborado propuestas donde, exagerando la alteridad y la comunicación de la persona, se termina por preferir la sociedad o el sistema social, en un sentido radical –autoporético- o moderado, en donde éste subsume a la persona –que es su creación-; es decir, se ha configurado un Derecho penal para quien no es persona real.

### 3.3 El concepto de persona real

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

Lo anterior, de cara al proyecto que se plantea, hace necesario ver a la persona con todas y cada una de sus notas esenciales y no desde el “sí mismo” –individualismo- o desde su alteridad y comunicación exagerada –exagerar esa “relación del yo con el tú, el entre”<sup>42</sup> es decir, ese ámbito “más allá de lo subjetivo donde el yo y tú constituyen su encuentro”<sup>43</sup>: colectivismo-.

Por lo tanto, persona real es una totalidad donde se expresa: **(a)** su individualidad, que se rige por una intencionalidad que orienta el proyecto de vida. **(b)** Su alteridad, que alude a su apertura al mundo para encontrarse con otros “yo”, “llegar a ser con otros en el mundo”<sup>44</sup>, para darse una coexistencia –convivir-, orientada por las individualidades, cada una con una intencionalidad. **(c)** Su comunicación, que hace referencia a la expresión de la individualidad en la alteridad. Y **(d)** su libertad, por la que la persona real es un ser autónomo que puede “dar norma y dirección a su vida”<sup>45</sup>, obviamente libertad que no puede comprenderse alejada de los condicionamientos culturales, sociales y económicos concretos de la

<sup>42</sup> LUCAS, JUAN DE SAHAGÚN. *Las dimensiones del hombre*, p. 117.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 117.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 174 supra.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 174 supra.

persona real; así entonces, la persona real tiene una libertad circunstanciada en concreto.

Es ella, la persona real, la que configurará la comprensión de ella y el mundo; y en ese orden de ideas el Derecho, y con él el del Derecho Penal.

#### 4. Nociones para comprender a la Persona

##### 4.1 Palabras Previas

El saber penal configurado desde la persona real exige que aquél, de un lado, tenga una clara funcionalidad política: limitar y contener el ejercicio del poder punitivo; y de otro, respete la realidad en lo que hace a sus nociones.

En ese sentido, sus presupuestos normativos deben construirse de manera tal que no posibiliten que cualquier conducta –problema social– sea habilitada para que se ejerza sobre ella la irracionalidad del poder punitivo (pena).

Así, los problemas sociales deberán ser reconducidos a que se les brinde otra forma de respuesta estatal diferente a la punitiva.

##### 4.2 Presupuestos normativos: teoría del delito

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

En consecuencia, la construcción de un sistema de comprensión de la ley penal, acotante y reductor del poder punitivo busca, de un lado, que las decisiones judiciales sean previsibles, en la medida en que brinda una aplicación segura, calculable y racional de ella<sup>46</sup>, de la ley penal; o, dicho de otra manera, evita que su aplicación se deje librada al azar. En pocas

<sup>46</sup> GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE. *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?*, p. 27. WELZEL, HANS. *Derecho Penal Alemán. Parte General*. 12ª edición y 3ª. Edición

palabras, lo que se busca es evitar que la aplicación del poder punitivo sea una cuestión de lotería<sup>47</sup> y, de otro lado, “que todo lo jurídico-penalmente relevante del hecho probado va a ser objeto de un riguroso análisis”<sup>48</sup>. Pero ese sistema de comprensión activo no se queda con las dos funciones señaladas, sino que además hace expresa su funcionalidad política y solo así se puede brindar la seguridad jurídica.

Por lo tanto, una sistemática de la ley penal, con una funcionalidad acotante y reductora del poder punitivo, configurada desde la persona real, deberá ser siempre teleológica en tanto que señala, de manera expresa, su *funcionalidad política y social*<sup>49</sup>, por lo que, de antemano, se sabrá cómo se habrán de estructurar cada uno de los presupuestos normativos que la conforman; cosa contraria ocurre con las sistemáticas clasificatorias, en donde esa funcionalidad política se omite limitándose la sistemática del delito a “ordenar, clasificar y jerarquizar elementos o componentes”<sup>50</sup> de la ley penal.

Ese sistema de comprensión activo de la ley penal acotante y reductora del poder punitivo, no debe construirse de espaldas a la realidad “real” o del mundo, sino con un respeto a esa realidad puesto que ese sistema se

castellana, traducción del alemán por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1987, p. 11: “Como ciencia sistemática establece la base para una administración de justicia igualitaria y justa, ya que sólo la comprensión de las conexiones internas del Derecho liberan su aplicación del acaso y la arbitrariedad.”. JESCHECK, HANS-HEINRICH. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Vol. Primero, p. 264, §21, I, numeral 2, en donde afirma: “Los elementos generales del concepto de delito reunidos en la teoría general del mismo, posibilitan, por el contrario, una Jurisprudencia racional, objetiva e igualitaria,…”.

<sup>47</sup> GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE. *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?*, p. 27.

<sup>48</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN Y HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN. *Lecciones de Derecho Penal, Volumen I*, p. 128.

<sup>49</sup> ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL et al. *Derecho Penal. Parte General*, pp. 81-82, §8, III, numeral 1. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, p. 184 nota de pie de página número 14. JESCHECK, HANS-HEINRICH. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Vol. Primero, p. 266, §21, II, numeral 2: “el concepto de delito debe, de otro lado, concordar con el fin y los medios del Derecho Penal”.

<sup>50</sup> ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, et al. *Derecho Penal. Parte General*, p. 82, §8, III, numeral 1.

encuentra con entes que ya existen: la persona, la conducta, entre otros, por lo que él debe respetar sus “*propiedades, características, estructuras y formas que son de los objetos en cuanto objetos*”<sup>51</sup>.

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

También dicha seguridad jurídica presupone integrar datos sociales al sistema para de esta manera, de un lado, responder a su funcionalidad política y, de otro, propiciar un estudio global del fenómeno penal –sistema penal- que no sólo se reduce a problemas intrasistemáticos<sup>52</sup>.

Aquí es donde las valoraciones político criminales, así como los datos de la realidad provenientes de la criminología y las ciencias sociales, deben repercutir en la construcción que realice la dogmática penal –programación racional del poder de los juristas-<sup>53</sup>.

Los presupuestos normativos, no por ello contrarios a la *realidad del mundo y/o* carentes de datos sociales, que habrán de posibilitar el ejercicio del poder punitivo mediante la imposición de una sanción penal son denominados, por la dogmática jurídico-penal desde 1906, conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

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

<sup>51</sup> GARCÍA MORENTE, MANUEL. *Lecciones Preliminares de Filosofía*, p. 362. Es decir, la estructura óptica de los entes que pretende regular: problemas sociales.

<sup>52</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN. *Nuevo sistema de Derecho Penal*, pp. 61-64, muy especialmente la p. 63.

<sup>53</sup> Así BACIGALUPO, ENRIQUE. *Manual De Derecho Penal*, pp. 20-24. BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN. *Nuevo sistema de Derecho Penal*. cit., p. 63.

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

#### A. Primer presupuesto normativo: La conducta

Desde las ciencias sociales es claro que el poder punitivo, desde la criminalización primaria, más que conductas selecciona personas; para impedir esta primera tosca irracionalidad del poder punitivo, se debe exigir que éste pase el filtro normativo llamado conducta, acto o simplemente acción<sup>54</sup>.

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

Ahora, la conducta se comprende como expresión voluntaria de sentido<sup>55</sup>, en consecuencia, todo aquello, así haya generado un resultado, que no sea expresión voluntaria de sentido, bien por ausencia de voluntad o por ser producto del azar, no podrá ser imputado como obra de la persona real; es decir, no se podrá hablar que se está en presencia de una conducta, por lo que se inhabilita, gracias a éste primer presupuesto normativo, el ejercicio del poder punitivo. Igualmente, tampoco serán conducta aquellos sentidos que aún no han sido expresados, es decir, manifestados de manera voluntaria en el mundo –*cogitationis poenam nemo patitur*<sup>56</sup>–.

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

<sup>54</sup> Inciso 2º. del artículo 29 Constitución Política, inciso 1º. del artículo 6 Código Penal, inciso 1º. del artículo 25 Código Penal.

<sup>55</sup> Manifestación de la individualidad.

<sup>56</sup> No se pena el pensamiento.

Así, entonces, cualquier circunstancia, sin importar su denominación, al menos desde una postura personalista/realista, que anule la voluntad –por ejemplo la fuerza irresistible<sup>57</sup>, los actos reflejos y los estados de plena inconsciencia- o que exprese el azar –caso fortuito, por ejemplo<sup>58</sup>- habrá de excluir la conducta –acto, acción-<sup>59</sup>, tampoco será conducta un sentido aun no expresado en el mundo exterior –realidad-. Y, sin conducta, se imposibilita que el ejercicio del poder punitivo continúe actuando sobre una determinada persona o, en otras palabras, *nullum crimen sine conducta*.

#### B. El segundo presupuesto normativo: La tipicidad

La persona real, por esencia, coexiste; en esa coexistencia se plantean expresiones voluntarias de un sentido que entran en conflicto entre sí. Algunas de esas expresiones voluntarias de un sentido son seleccionadas por el poder punitivo, por muy variadas razones, y las vierte en un texto legal y las amenaza con una sanción penal, originando así uno de los tantos elementos que habrán de componer ese acto político llamado ley penal.

El poder punitivo realiza esa selección de expresiones voluntarias de sentido conflictivas en abstracto, mediante una fórmula legal<sup>60</sup> necesaria que tiene una doble funcionalidad de un lado, posibilitar formalmente el ejercicio del poder punitivo y; de otro lado, facilitar la labor de contención y reducción del ejercicio del poder punitivo.

Esos tipos penales, en abstracto, describen expresiones de sentido que generan conflictos sociales; es decir, más que contener prohibiciones o mandatos, lo que realizan es describir –configurar políticamente- expresiones de individualidades que generan conflictos.

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

<sup>57</sup> Artículo 32 numeral 1º. En el Código Penal Colombiano: fuerza mayor

<sup>58</sup> Art. 32 numeral 1º. CP

<sup>59</sup> Inc. 2º. del art. 29 CPol., inc. 1º. del art. 6 CP, inc. 1º. del art. 25 CP.

<sup>60</sup> Esa fórmula legal se denomina tipo o supuesto de hecho –*tatbestand*-.

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

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

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

#### C. Tercer presupuesto normativo: La antijuridicidad

Hasta ahora sólo puede afirmarse que se está en presencia de una conducta típica, ello es, una conducta conflictiva, en tanto que pugna con las prohibiciones de una normatividad determinada (antinormatividad) pero puede suceder que ese conflicto haya sido ya resuelto jurídicamente al establecerse una autorización para ese supuesto conflicto o, dicho de otra manera, el ordenamiento jurídico establece permisos<sup>61</sup>, cuya función es la de resolver jurídicamente los conflictos que comportan las conductas típicas y en consecuencia infirman –niegan- ese conflicto que permitió que una determinada conducta fuera típica (antinormativa).

El anterior planteamiento, el mayoritario en la doctrina y judicatura, puede ser reconstruido observando en las causales de justificación no permisos sino límites a la injerencia del poder punitivo en el ámbito de libertad de la persona real. Así, entonces, los tipos permisos cumplirán su función de limitar y reducir el ejercicio del poder punitivo.

Una conducta típica y antijurídica integra lo llamado injusto, y ello le brinda una racionalidad mínima al ejercicio del poder punitivo pero, aún falta ver si debe existir una posibilidad de respuesta, por razón de ese

<sup>61</sup> Art. 32 numerales 3, 4, 5, 6 y 7 CP.

injusto, por parte del Estado; es decir, si se debe ejercer el poder punitivo sobre quien ejecutó un determinado injusto.

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

#### D. Cuarto presupuesto normativo: La culpabilidad

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

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

Ésta, la culpabilidad, en esencia es un juicio de reproche que implica una *valoración en concreto*; es decir, es un *juicio de reproche personalizado*<sup>62</sup> -*nulla poena sine reproche*-, que, como personalizado, habrá de tener en cuenta esas situaciones personales, culturales, económicas, sociales e históricas<sup>63</sup> que rodean y le dan sentido al actuar del agente, de la persona real.

Ese reproche personalizado exige una serie de supuestos, a saber: (a) la capacidad de culpabilidad -imputabilidad-, es decir, que el agente se

halle en capacidad de brindar una respuesta compatible con la racionalidad imperante en el contexto social e histórico donde expresó ese sentido que constituye un injusto o, lo que es lo mismo, que comprenda, en términos razonables, la ilicitud de su conducta y pueda autodeterminarse conforme a esa valoración<sup>64</sup>; y (b), la capacidad real en que debe estar la persona de desplegar una conducta determinada, es decir, que el agente se halle en la situación concreta de efectuar una conducta compatible con los postulados normativos, lo que desde otras sistemáticas suele ser llamado la no exigibilidad de otra conducta<sup>65</sup>.

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

En conclusión, los presupuestos normativos que componen el injusto -conducta, tipicidad y antijuridicidad- habrán de corroborar o no la existencia de un conflicto lesionador de bienes jurídicos; mientras que, el presupuesto normativo de la culpabilidad, posibilitará o no una respuesta punitiva -pena- y la intensidad de la misma por parte del Estado.

## 5. Colofón

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

Por lo tanto es menester que sobre esa persona real se configure un sistema racional que tenga por fin el de limitar y reducir ese ejercicio en

<sup>62</sup> ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL et al. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 290, §90, numeral 6 infra.

<sup>63</sup> Idea que, quien escribe, la expuso inicialmente en BOTERO BERNAL, JOSÉ FERNANDO. *Estudio crítico a los delitos contra el Honor*, pp. 52, §67.

<sup>64</sup> Inc. 1º. del art. 33 e inc 2º. Del art. 32 CP.

<sup>65</sup> Art. 32 numeral 8, 9,10 CP.

bien de ella y de quienes coexisten con ella, en procura de un pleno y real Estado Constitucional de Derecho.

Así las cosas, el Derecho Penal asume su verdadera, por no decir única, funcionalidad: la limitación y reducción del ejercicio del poder punitivo en bien de la persona real; o, dicho de otro modo, la garantía de un cierto ámbito de coexistencia de acción en libertad.

En conclusión, un Derecho Penal con un valor o, si se quiere, corrección de verdad, configurado por la persona real, al menos de las sociedades periféricas, además de ser funcional a quien lo configura -la persona real-, habrá de propender por el respeto a los Derechos Humanos dentro de esa realidad constante que son los conflictos sociales.

Así, entonces, el fin del derecho penal que relegitima el poder punitivo es el principio del Derecho Penal.

## 6. Bibliografía

Los textos básicos utilizados fueron:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- BÜLLESBACH, ALFRED. *Enfoques de teoría de sistemas*, en KAUFMANN, ARTHUR Y HASSEMER WINFRIED. *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid, Debates, 1992, pp. 311-332.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN J./HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN. *Nuevo sistema de Derecho Penal*. Madrid, Trotta, 2004.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN/HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN. *Lecciones de Derecho Penal, Volumen I*. Madrid, Trotta, 1997.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. *Introducción al Derecho Penal*. Bogotá, Temis, 1986
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. *La imputabilidad en un Estado de Derecho. Su revisión crítica desde la teoría de las subculturas y la psiquiatría alternativa*, en BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. *Bases críticas de un nuevo Derecho Penal*. Bogotá, Temis, 1982, p. 87ss.
- CANCINO MORENO, ANTONIO JOSÉ. *Las instituciones Penales Colombianas y su evolución a partir del código de 1837*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986 -Tomo I y II-/1990 -tomo III y Tomo I de la Parte Especial-.
- CANCIO MELIÁ. MANUEL. *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*, en MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO et al. *El funcionalismo en Derecho Penal. I. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de investigaciones en filosofía y Derecho, 2003.
- CANCIO MELIÁ. MANUEL. *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*, en JAKOBS, GÜNTHER Y CANCIO MELIÁ, MANUEL. *El sistema funcionalista del derecho penal. Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal (Lima, 29,31 de agosto y 01 de septiembre del 2000)*. Lima, Grijley, 2000, pp. 17-42.
- CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS. *Derecho Penal: Concepto y principios constitucionales*. 3ª. Edición. Valencia, Tirant lo blanch, 1999.
- CHRISTIE, NILS. *Derecho Penal y la sociedad civil. Peligros de la sobrecriminalización*, en BARRETO ARDILA, HERNANDO et al,

*Memorias. XX Jornadas internacionales de Derecho Penal*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN. *¿Es todavía posible una dogmática penal en América latina?*, en *Derecho Penal y Criminología*, Vol. XIV, No. 47-48 (mayo/diciembre 1992), Bogotá.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN. *Derecho Penal Fundamental. Vol. I. 2ª. Edición*. Bogotá: Temis, 1986. -hay una tercera edición por Gustavo Ibáñez, 2004, p. 42 a 68-.
- FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho Penal Mínimo*. En: BUSTOS RAMÍREZ, JUAN (director) et al. *Prevención y la Teoría de la Pena*. Santiago: ConoSur, 1995, p. 25 a 48.
- FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traductores Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mahino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, 1995.
- FOUCAULT, MICHAEL. *La verdad y las formas jurídicas*, Traducción Enrique Lynch. Barcelona, 2000.
- FOUCAULT. MICHAEL. *Vigilar y castigar*. 18ª. edición. Madrid, Siglo XXI, 1990.
- GÁLVEZ ARGOTE, CARLOS AUGUSTO. *Siglo y medio de codificación penal. Las motivaciones reales de los códigos penales colombianos*, en *Nuevo Foro Penal*, No. 38 (octubre/diciembre, 1987).
- GARCÍA MORENTE, MANUEL. *Lecciones Preliminares de Filosofía*. Bogotá, Nacionales, 1984.
- GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE. *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?*. Bogotá, Temis, monografías jurídicas número 29, 1983.
- GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Bogotá, Doctrina y ley, 2001.
- HASSEMER, WINFRIED / MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Introducción a la criminología y al Derecho penal*. Valencia, Tirant lo blanch, 1989.

- HASSEMER, WINFRIED. *Fundamentos del Derecho Penal*. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona, Bosch, 1984.
- HASSEMER, WINFRIED. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Santafé de Bogotá, Temis, 1999.
- HEIDEGGER, MARTÍN. *¿Qué es la filosofía?*. Prólogo, traducción y notas aclaratorias de Jesús Adrián Escudero. Barcelona, Herder, 2004.
- HULSMAN, LOUK Y BERNAT DE CELIS, JACQUELINE. *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*. Barcelona, Ariel Derecho, 1984.
- JAKOBS, GÜNTHER. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª edición, Traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid, Marcial Pons, 1995.
- JAKOBS, GÜNTHER. *Estudios de Derecho Penal*. Traducción al castellano y estudio preliminar Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez y Manuel Cancio Meliá. Madrid, Civitas/UAM, 1997.
- JAKOBS, GÜNTHER. *Sociedad, norma, persona en una teoría de un derecho penal funcional*. traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid, Civitas, 1996.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Vol. Primero. Traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Barcelona, Bosch, 1981.
- KANT, INMANUEL. *Crítica de la Razón Pura. Tomo II*. Traducción de José Rovira Armengoi, Bogotá, Universales, 1987.
- LUCAS, JUAN DE SAHAGÚN. *Las dimensiones del hombre. Antropología filosófica*. Salamanca, Sígueme, 1996.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, MAURICIO. *Política Criminal, Justicia Penal y Constitución Política de 1991. La violación de los principios rectores y de los derechos fundamentales*. Bogotá, Temis, 1999.
- MIR PUIG, SANTIAGO. *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*. Barcelona, Bosch, 1975.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Teoría General del Delito*. 2ª edición reimpresión. Bogotá, Temis, 1999.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO / GARCÍA ARÁN, MERCEDES. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición, revisada y puesta al día conforme al código penal de 1995. Valencia, Tirant lo blanch, 1996.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Derecho Penal y control social*. Jerez, Fundación Universitaria de Jerez, 1985.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona, Bosch, 1975.
- PEÑA FREIRE, ANTONIO MANUEL. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid, Trotta, 1997.
- PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE; SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS Y CANCIO MELIÁ, MANUEL. *Un nuevo sistema del Derecho penal, consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*. Bogota, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- PÉREZ, LUIS CARLOS. *Derecho Penal. Partes General y Especial. Tomo I*. reimpresión de la 1ª edición. Bogotá, Temis.
- QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO. *Curso de Derecho Penal. I*. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1963.
- RESTA, ELEGIO. *La desmesura de los sistemas penales, en BUSTOS RAMIREZ, JUAN (director) et al. Prevención y teoría de la pena*. Santiago de Chile, ConoSur, 1995, pp. 137 a 149.
- REYES ALVARADO, YESID. *Imputación objetiva*. Bogotá, Temis, 1994.
- REYES ECHANDÍA, ALFONSO. *Derecho Penal. Parte General*. Reimpresión de la undécima edición. Bogotá, Temis, 1989.
- ROMERO SOTO, LUIS ENRIQUE. *El código Penal de 1837, Marco Histórico de su vigencia, en Nuevo Foro Penal, No. 38 (octubre/diciembre, 1987)*.

- ROXIN, CLAUS. *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente, Barcelona, Civitas, 1997.
- SÁINZ CANTERO, JOSÉ A. *La ciencia del Derecho Penal y su evolución*. Barcelona, Bosch, 1970.
- SANDOVAL HUERTAS, EMIRO. *Sistema penal y criminología crítica*. Bogotá, Temis, 1989.
- SCHEERER, Sebastián *et al.* *Abolicionismo penal*. Traducción del inglés por Mariano Alberto Ciafardini y Mirta Lilian Bondanza, Buenos Aires, Ediar, 1989.
- SCHÜNEMANN, BERND. *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal*, en SCHÜNEMANN, BERND *et al.* *El sistema moderno del Derecho Penal, Cuestiones Fundamentales. Estudios en Honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*. Traducción y notas Jesús-María Silva Sánchez. Madrid, tecnos, 1991, p. 31-80.
- SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, JOSÉ RAMÓN. *Conocimiento científico y fundamentos del derecho penal*. Bogotá, Universidad Santo Tomás, 2005.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona, José María Bosch, 1992.
- SOTOMAYOR, JUAN OBERTO. *Inimputabilidad y Sistema Penal*. Bogotá, Temis, 1996.
- STRATENWERTH, GÜNTHER. *Derecho Penal. Parte General, I. El Hecho Punible*. Traducción de la 2ª edición alemana (1976) de GLADIS ROMERO, Madrid, EDERSA- Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1982.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS / CANCIO MELIÁ, MANUEL. *Un nuevo sistema del Derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Manual de Derecho Penal*. 2ª edición. Bogotá, Temis, 2004.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. *El Derecho Penal Colombiano y la ley importada*, en Nuevo Foro Penal, No. 38 (octubre/diciembre, 1987).
- WESSELS, JOHANNES. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Depalma, 1980.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas, Monte Avila editores latinoamericanos, 1992.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ALAGIA, ALEJANDRO Y SLOKAR, ALEJANDRO. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Ediar/Temis, 2005.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *Culpabilidad por vulnerabilidad*, en *Anthropos. Huellas del conocimiento* (204, 2004).
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*. 2ª edición. Bogotá, Temis, 1990.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *Manual de Derecho Penal*, México D.F., Cárdenas Editor y Distribuidor, 1986.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal*. Buenos Aires, Universidad Nacional de Rosario/Ediar, 2004.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL/PIERANGELI, JOSÉ ENRIQUE. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 5ª edição; São Paulo, Revista dos tribunais, 2004.