

LA NECESIDAD DE LA PENA – REFLEXIONES A PARTIR DE LOS ARTÍCULOS 3° Y 4° DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

*Gustavo Emilio Cote-Barco**

RESUMEN

El autor parte de la pregunta sobre el fundamento político de la imposición de la pena, lo cual conduce a analizar el contenido de los artículos 3° y 4° del Código Penal colombiano, Ley 599 del 2000, en donde se articulan los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad en la imposición de la pena con los fines que la ley colombiana le reconoce. De esta manera, se encuentra que el mismo artículo 3° limita la aplicación judicial de la necesidad de la pena a los casos preestablecidos por el legislador. Teniendo en cuenta el carácter afflictivo de la pena y su aptitud para la afectación de derechos fundamentales, se reclama la argumentación del juez, desde un punto de vista constitucional, en torno a los principios recogidos en el artículo 3° más allá del análisis sistemático y formal de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad; de tal suerte que en casos especiales en donde se pueda sostener válidamente que la imposición de la pena no cumple con sus fines, el juez tenga la posibilidad de abstenerse de imponerla por resultar injustificada (no necesaria) e incluso graduarla por debajo del mínimo legal. Para esto se reseñan algunas teorías sobre los fines y necesidad de la pena.

Palabras clave: fines de la pena, necesidad de la pena, retribución, prevención, culpabilidad, derechos fundamentales.

*Fecha de recepción: Septiembre 10 de 2007
Fecha de aceptación: Noviembre 16 de 2007*

* Abogado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana Especialista en Instituciones Jurídico-Penales de la Universidad Nacional de Colombia. Coordinador del departamento de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Calle 40 No. 6-23, piso 6, Bogotá-Colombia. Contacto: gcote@javeriana.edu.co

THE NECESSITY OF CRIMINAL SANCTIONS: REFLECTIONS UPON ARTICLES 3 AND 4 THE COLOMBIAN CRIMINAL CODE

ABSTRACT

The author addresses the question concerning the political grounds for a criminal penalty imposition, which leads to analyze the content of articles 3 and 4 of the Colombian Criminal Code, where the principles of necessity, proportionality and reasoning in the imposition of the penalty are articulated with the purposes that are recognized to it by the Colombian law. By this, it is found that even article 3 restricts the necessity penalty's application by the judge, to the pre-established cases in the Criminal Code. Considering the distressing character of the penalty and its aptitude for the affectation of fundamental rights, the constitutional argumentation of the principles contained in article 3 must be required to the judge beyond the systematic and formal analysis that he can present about the "tipicidad", the "antijuridicidad" and the "culpabilidad". In consequence, in special cases in where it is possible to argue that the imposition of the penalty does not comply with these principles, the judge must be able to abstain from imposing the penalty or even graduate it below the legal minimum. In order to analyze the problem that has been presented, some theories about the purposes and necessity of the penalty are reviewed.

Key words: *purposes of criminal penalty, necessity of criminal penalty, retribution, prevention, guilt, fundamental rights.*

INTRODUCCIÓN

El Derecho Penal es en esencia violento, el sistema punitivo resulta ser la herramienta jurídica que más gravemente afecta los derechos de las personas, a la que puede acudir un Estado social y democrático de derecho como el nuestro,¹ con el fin de dar protección a aquellos bienes que se consideran son los más importantes para el desarrollo de todas las personas en sociedad². En este sentido, la afectación

1 Constitución Política de Colombia, artículo 1º.

2 Es importante aclarar que este escrito parte del reconocimiento de la protección de bienes jurídicos como fundamento de la legitimidad al ejercicio del *ius puniendi* estatal. Adicionalmente, comparto el criterio de quienes encuentran en el texto constitucional el mejor referente para dotar de contenido material al concepto de bien jurídico y en los derechos fundamentales la medida de proporcionalidad de la intervención penal. HEFENDEHL ROLAND, "La teoría del bien jurídico", Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Barcelona, 2007.

de derechos y valores tan importantes, cuyo reconocimiento ha sido tan caro para el ser humano, como la libertad, la dignidad, la intimidad, la honra y el buen nombre, entre otros, únicamente está justificada en tanto y en cuanto con ella se evite un perjuicio real y concreto sobre un bien o derecho igual o más importante, que los limitados con la imposición y ejecución de la pena³.

Así pues, no es posible justificar la limitación de los derechos fundamentales de las personas a través de la sanción penal, en aras del respeto a las ideas o las creencias metafísicas, como el ideal de justicia abstracta a la manera de KANT⁴, es imperiosa la existencia de una explicación política de tal violencia institucional.

Este fundamento político parece encontrarse en el Código Penal colombiano, cuando dispone en su artículo 3° que “la imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad...”, complementado por el artículo 4° que establece como funciones de la pena la prevención general, la retribución justa, la prevención especial, la reinserción social y la protección al condenado.

Lógico sería pensar, de acuerdo con estas dos normas, que en el sistema jurídico-penal colombiano no sería posible imponer una pena —para efectos de este artículo nos limitaremos a la pena privativa de la libertad—, siempre que esta no resultare necesaria en atención a sus fines, especialmente si tenemos en cuenta la fuerza normativa reconocida a las normas rectoras en el artículo 13 de la Ley 599 del 2000⁵, en cuanto ellas constituyen imperativos axiológicos que al ser positivizados nutren de sentido a todas las normas que integran la parte general y especial del Código

3 Es imperioso entonces contar con un criterio de proporcionalidad, no solamente entre la pena y la culpabilidad (con todos los problemas dogmáticos que ella pueda tener como se verá más adelante), sino también respecto de la antijuridicidad, expresada como la gravedad del daño, es decir, como la magnitud de la afectación del bien jurídico tutelado. “De acuerdo con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, para que una intervención penal en la libertad o en los demás derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de la intervención (es decir, la protección del bien jurídico) debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación de la libertad o del derecho fundamental... El segundo criterio es el grado de culpabilidad. El mayor o menor grado de culpabilidad es un criterio que se relaciona con el grado de la intervención legislativa en la libertad general de acción” BERNAL, CARLOS, “*El derecho de los derechos*”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 137-138.

4 “Puesto que la razón siempre integra el comportamiento moral conforme a las leyes, la unión de la acción moralmente mala y de la continuación o la obtención de la felicidad, solo puede ser vista como una contradicción del orden racional de toda acción y como destrucción de tal orden. Este orden, como estado ideal y quasi-estáticamente acabado, estado que edifica el sentido de la historia, cuya unidad se ve lesionada por el comportamiento contrario a la legalidad, tiene que ser restituido, empero, incondicional e indefectiblemente a causa de la razón” LESCH, HEIKO, “*La función de la pena*”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, pp. 22-23.

5 “Artículo 13. Las normas rectoras contenidas en este código constituyen la esencia y orientación del sistema penal. Prevalecen sobre las demás e informan su interpretación” Código Penal colombiano, Ley 599 del 2000.

Penal, de tal forma que la interpretación y aplicación de estas deben estar acordes con los lineamientos valorativos fijados con poder vinculante, por aquellas.

Sin embargo, el mismo artículo 3º presenta una limitación específica para la aplicación del principio de necesidad de la pena, al decir en su segundo inciso que: “El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que lo desarrollan”. De acuerdo con esta disposición, si entendemos que un análisis sobre la necesidad de la pena en un caso concreto debe hacerse respondiendo a la pregunta sobre si se cumplen o no sus fines, tendremos que aceptar que una reflexión en este sentido únicamente deberá tener en cuenta los fines de prevención (tanto general como especial) o por lo menos que estos deberán primar sobre los demás, entiéndase retribución justa y protección al condenado.

Por otro lado, lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 3º, también nos indica que el principio de necesidad de la pena no podrá usarse para todos los casos en que aparezca como criterio de interpretación válido de uno o varios tipos penales, puesto que únicamente podrá acudir a él en los eventos en los que el Código Penal expresamente lo menciona, es decir “conforme a las instituciones que lo desarrollan”⁶.

Lo anterior quiere decir que, de acuerdo con la interpretación que se viene esbozando, solamente es pertinente para un juez acudir al principio de necesidad de la pena como criterio hermenéutico en los siguientes casos: a. Para individualizar la pena una vez el juez haya fijado el cuarto de movilidad punitiva, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 61 del Código Penal; b. Para conceder el beneficio de suspensión condicional de la ejecución de la pena conforme al numeral 2º del artículo 63 del mismo estatuto (nótese que en este caso la consideración sobre la necesidad no se predica de la imposición de la pena sino de su ejecución)⁷; c. Para prescindir de la pena en los casos de delitos culposos cuyas consecuencias hayan alcanzado exclusivamente al autor o a alguno de sus parientes, siempre que se encuentren dentro de los grados de parentesco enumerados en el artículo 34 del Código Penal; d. Con anterioridad a la sentencia C-355 del 2006, para prescindir de la pena cuando no resultara necesaria en los casos de aborto que tenían lugar con ocasión de los eventos consagrados en el inciso primero del artículo 124 del Código Penal.

En este orden de ideas, podemos afirmar que en el ordenamiento penal colombiano, por regla general, la valoración sobre la necesidad de la pena ha sido realizada previamente por el legislador, quien ha señalado unos pocos eventos en

6 Código Penal colombiano, Ley 599 del 2000, artículo 3º.

7 Aquí podemos incluir la valoración que debe realizar el juez sobre la necesidad de continuar con la ejecución de la pena, para efectos de conceder la libertad condicional, tal como lo dispone el artículo 64 del Código Penal.

donde el juez tiene la posibilidad de reflexionar sobre este principio respecto de casos concretos, para concluir si la pena podrá cumplir o no sus fines y así conceder la consecuencia jurídica que la misma norma, la cual le permite tocar el tema de la necesidad, prevé; en todos los demás casos debe asumirse entonces, que la pena es necesaria siempre que la conducta sea típica, antijurídica y culpable.

Sin embargo, para la imposición de una pena, por ser esto una intromisión manifiesta y grave del Estado en los derechos fundamentales de las personas —no solamente en la libertad sino en varias de las esferas de desarrollo esenciales del ser humano—⁸ deben tenerse en cuenta necesariamente los criterios constitucionales de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, lo cual en principio es reiterado con lo dicho en el artículo 3° del Código Penal; pero a pesar de esto, la expresión final de esa misma norma impide tal cosa, por lo cual resulta inconveniente (y desde el punto de vista del autor inconstitucional) pues constituye una limitación legal injustificada de principios constitucionales, pues lleva a dar por sentadas casi a priori, partiendo de la sola decisión abstracta del legislador, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, de la limitación de la libertad a través de la sanción penal, sin una argumentación mínima y válida desde el punto de vista constitucional por quien finalmente determina la sanción en el caso concreto.

Por esta razón, en las páginas que siguen, realizaré una breve reseña de algunos de los planteamientos más importantes que se han formulado sobre el principio de la necesidad de la pena, para pasar a mirar en qué sentido se deben entender los fines que a ella le reconoce la legislación penal colombiana; con esto concluiremos que ninguno de los fines legalmente reconocidos puede dar el fundamento político de la imposición de la pena y por el contrario, ellos deberán entenderse en sentido negativo como puntos de reflexión para determinar su no imposición cuando la sanción resulte injustificada. En este sentido, partimos del reconocimiento de la importancia que una teoría de la pena, inspirada en principios democráticos, debe tener para la interpretación de las distintas categorías que integran la estructura del delito, tanto la tipicidad, como la antijuridicidad y la culpabilidad, al igual que para cada uno de los conceptos e instituciones dogmáticas que las integran; la teoría del delito debe partir entonces de lo que se entienda por pena, su fundamento y finalidad, no al contrario⁹.

8 “Desde ese momento aparecen ante la opinión pública como “delincuente(s)”, quedan separados de su familia, de su mujer, de sus hijos, de sus amigos; pierden el empleo y el sueldo; quedan inhabilitados para el ejercicio de determinadas actividades o profesiones; se tienen que someter a una disciplina férrea, en la que todo está reglamentado; su vida es estrechamente vigilada día y noche; se les priva de sus esparcimientos habituales... Y la inscripción de sus condenas en un registro penal en el que, como una sombra, los antecedentes que en él obran recordarán todavía durante mucho tiempo, incluso durante toda su vida, a ellos y a los demás lo que han hecho y probablemente impedirán su reinserción definitiva en la sociedad”. MUÑOZ, CONDE FRANCISCO, *“Derecho penal y control social”*, Temis, Bogotá, 2004, p. 4.

9 ROXIN citando a Goethe afirma que “se respeta el viejo fundamento, pero no se puede renunciar al derecho de volver a fundamentarlo de algún modo desde el principio” refiriéndose a la imperiosa necesidad de

LA NECESIDAD DE LA PENA

La necesidad de la pena como criterio de interpretación de las conductas punibles, o mejor, de la estructura del delito, entendido como un comportamiento típico, antijurídico y culpable, se ha desarrollado a partir de dos problemas teóricos, a saber: 1. la evolución que ha tenido la teoría de los fines de la pena, y 2. El debate a propósito de las objeciones que desde los años sesenta y setenta se han formulado en contra del concepto normativo de “culpabilidad”. Abordaremos en este acápite el desarrollo que ha tenido cada uno de estos puntos.

Teorías sobre los fines de la pena

Insistimos nuevamente, como lo hace Roxin¹⁰, en que la pena es la mayor intervención en los derechos fundamentales de la persona que el ordenamiento jurídico le permite al Estado, por esta razón es indispensable preguntarse por el fundamento que tiene una intromisión de tal magnitud en tan importantes derechos. ¿Qué justifica la imposición de una pena? Este es el interrogante que ha dado lugar a los diferentes planteamientos sobre sus fines, ya que dicho fundamento se ha pretendido encontrar en aquello que se busca con la sanción penal, lo cual se ha traducido en las distintas teorías sobre la necesidad de la pena. En otras palabras, la cuestión sobre el fundamento de la imposición de la sanción privativa de la libertad ha dado lugar a la discusión sobre cuáles deben ser los fines que un Estado debe perseguir con ella, con lo cual se ha afirmado, que la pena será necesaria siempre que cumpla con su finalidad ya que ahí estará justificada. Por esto el análisis sobre la necesidad de la pena está ligado a los fines que a ella se le reconozcan.

La primera exigencia que se formuló desde la teoría política para la imposición de una pena, dentro del proceso de formación de las bases filosóficas y políticas del Estado de derecho, fue la constatación de un daño social producido como

estructurar una dogmática estrechamente vinculada con la política criminal, para que sea posible superar el alto grado de abstracción del pensamiento sistemático propio de la teoría del delito tradicional y lograr así un sistema penal, que partiendo de una forma de pensamiento problemático, tenga en cuenta las consecuencias fácticas de su aplicación en una realidad concreta. Este vínculo entre la dogmática y la política criminal el jurista alemán lo construye recurriendo al principio de legalidad, a la ponderación de intereses sociales en situaciones conflictivas y a la inclusión del principio de la necesidad de la pena como un criterio orientador de la estructura del delito: “Un tal intento, que quiero exponer aquí en algunas líneas fundamentales, tiene que partir de las concretas categorías del delito —tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad— deben sistematizarse, desarrollarse y complementarse desde un principio bajo el prisma de su función politicocriminal... Para responder a esta cuestión deben incluirse en el trabajo dogmático tanto la función limitadora de la pena que representa el principio de la culpabilidad como las consideraciones de prevención general y especial” ROXIN, CLAUS, “*Política criminal y sistema del derecho penal*”, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1972, pp. 40-41. Al respecto también HEINZ, ZIPE, “*Introducción a la política criminal*”, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, 1979.

10 ROXIN, CLAUS, “*Iniciación al derecho penal de hoy*”, Secretariado de Publicaciones de Sevilla, 1981, p. 23.

consecuencia de la conducta a sancionar¹¹. Esto se genera gracias a la separación entre el derecho y la moral y como resultado de las teorías contractualistas que dieron fundamento al Estado moderno, las cuales explicaron su existencia en la necesidad de proteger la vida, la libertad o el patrimonio de las personas que se asocian entre sí, excluyendo de la potestad punitiva del Estado aquellas situaciones que solo pudieran ser tachadas de inmorales, herejes o pecaminosas¹².

Adicionalmente, también se exigió la proporcionalidad entre la magnitud de la pena y la magnitud del daño social causado con el delito, a lo que se suma el reconocimiento de la subsidiariedad del sistema penal como mecanismo de control social, ya que su intervención no estará justificada de existir otros medios de control menos gravosos que el punitivo. “En muchos casos, el castigo de todo comportamiento socialmente dañoso sería desproporcionado a la significación del hecho y produciría más daños, en lugar de prevenirlos”¹³.

A partir de estas reflexiones, continuando con la tradición del derecho penal liberal cuyas bases fueron fuertemente cimentadas por la escuela clásica italiana,¹⁴ ROXIN afirma que solo le debe ser permitido al Estado recurrir a la pena, cuando se esté ante una conducta que implique un perjuicio *insoportable* para la coexistencia social y no sea posible recurrir a otras formas de control menos agresivas¹⁵.

El anterior es el fundamento que encuentra CLAUS ROXIN para la imposición de la pena, el cual —de hecho— tiene soporte legal en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en el texto constitucional —al establecer en el artículo 16 que todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico, también como desarrollo de la idea de derecho penal de acto que trae el artículo 29 constitucional

11 “La exigencia de un “daño social” como presupuesto de la pena, se deriva, por tanto, directamente de la teoría del contrato social que durante el siglo XVIII se extendió por toda Europa y encontró su mejor expresión, desde el punto de vista penal, en la obra del italiano CESARE BECCARIA (1734-1794)” *Ibid.*, p. 26.

12 “Proponerse robar o matar es un pecado, aunque no se traduzca en palabras o en hechos, porque Dios, que ve los pensamientos del hombre, puede cargárselo en cuenta; pero hasta que se manifieste por alguna cosa hecha o dicha, en virtud de la cual la intención pueda ser argüida por un juez humano, no tiene el nombre de delito... Con respecto a las intenciones que nunca tienen manifestación por un acto externo, no existe lugar para la acusación humana... De esta relación entre el pecado y la ley, y entre el delito y la ley civil, puede inferirse: primero, que donde la ley cesa, cesa el pecado... En segundo lugar, que cesando la ley civil, cesa el delito...” HOBBS, THOMAS, *Leviatán: o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil*, Fondo de Cultura Económica, México, 2005, pp. 238-239.

13 ROXIN, CLAUS, *Iniciación al derecho penal de hoy*, Secretariado de Publicaciones de Sevilla, 1981, p. 30.

14 “Este es uno de los postulados fundamentales; ella (la pena), según se ha visto, como hereditaria de los principios garantísticos predicados por BECCARIA en su inmortal obra *De los delitos y de las penas* siempre exigió una proporcionalidad entre la gravedad del delito o sea entre el daño y la cantidad de la pena. El milanés había dicho: debe haber una proporción entre los delitos y las penas... la única y verdadera medida de los delitos es el *daño hecho a la sociedad*...” AGUDELO, NÓDIER, *La estructura del delito en el nuevo Código Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 32.

15 ROXIN, CLAUS, *Iniciación al derecho penal de hoy*, Secretariado de Publicaciones de Sevilla, 1981, p. 30.

y el mismo derecho a la igualdad— como en el propio Código Penal, al positivizar en el artículo 11 el principio de la antijuridicidad material.

Adicionalmente, ROXIN aborda como un problema distinto, aunque íntimamente relacionado con el anterior, lo referente a la justificación del contenido de la pena; es decir, para este autor una cosa es preguntarse qué comportamientos pueden prohibirse bajo la amenaza de la imposición de una pena, para lo cual propone las dos exigencias anteriormente comentadas, otra cosa es, cómo debe proceder el Estado ante quien ha incurrido en una conducta considerada como delito. Esta última cuestión es la que se explica desde las distintas teorías sobre los fines de la pena, partiendo del supuesto que “El contenido de la pena requiere, por tanto, una justificación autónoma separada de la justificación de la pena misma”¹⁶. Dependiendo de qué teoría se acoja o se privilegie sobre las demás, se podrá llegar a distintas consecuencias en casos concretos.

La primera teoría sobre los fines de la pena ha sido formulada por distintos sectores, desde los filósofos más representativos del idealismo alemán, KANT y HEGEL, hasta la propia iglesia católica y protestante; esta es la teoría de la retribución, según la cual la pena debe ser proporcional a la culpabilidad, es decir, que dependiendo del grado de culpabilidad se determinará la magnitud de la pena¹⁷. Así pues, una infracción leve cometida en circunstancias que tal vez no lleguen a justificarla pero sí la hacen más o menos comprensible, conducirá a una pena de baja intensidad, mientras que la comisión de un delito motivado por fines banales o altamente reprochables, conducirá a una pena más grave.

La idea detrás de esta teoría es la expiación de la culpa, entendida como el daño y sufrimiento que debe padecer el delincuente, debido al daño o sufrimiento que ha producido con su actuar. De esta forma, según KANT, con la imposición de la pena se busca restituir el valor justicia en abstracto, el cual se supone debe imperar en la tierra, siendo la sanción el resultado racionalmente necesario de la infracción de la ley;¹⁸ o, siguiendo a HEGEL, con ella se pretende negar el delito en cuanto constituye la negación del derecho como expresión racional vigente de una organización política humana, a pesar de la voluntad subjetiva del delincuente¹⁹.

16 *Ibid.*, p. 33.

17 “De acuerdo con este criterio la pena no se justifica en virtud de la utilidad social, cualquiera que esta sea, que se persiga con ella, sino solamente por la idea de la justicia: la pena debe imponerse para que la justicia domine en la tierra” *Ibid.*, p. 34.

18 En *La metafísica de las costumbres*, KANT afirmaría que “incluso en el caso de que una sociedad con el acuerdo de todos sus miembros acordara unánimemente disolverse... debería ser ejecutado antes el último asesino que estuviera en la cárcel, para que todo el mundo supiera el trato que merecen sus hechos, y no recaiga la responsabilidad colectiva sobre el pueblo que no insistió en el castigo”.

19 Es importante mencionar que, aunque aquí no se han planteado la retribución y la expiación como dos teorías independientes; para algunos autores la teoría de la retribución, en la que se enmarcan los planteamientos de los dos filósofos alemanes mencionados, sí es diferente a la teoría de la expiación, siendo en todo caso las dos teorías

Ambos autores serían partidarios de la ley del talión como justa medida de la intensidad de la sanción penal²⁰.

Por otro lado, se encuentran las teorías de la prevención especial y la prevención general, como teorías relativas de la pena, formuladas incluso desde la Grecia antigua, pero que fueron de alguna manera desplazadas en occidente por la idea de la retribución. Son relativas por cuanto se explica la sanción penal por su efecto hacia el futuro; su fundamento ya no se halla en sí misma mirando hacia el pasado, sino que se encuentra fuera de sí, en los efectos que con ella se pretenden con posterioridad a su aplicación.

“Platón señala: 'Nadie impone una pena y se dirige contra quienes han cometido un delito, a no ser que se quiera vengar de forma poco razonable como animal. Quien, en cambio, pretenda penar a otro de una forma razonable, no le impondrá la pena por el injusto cometido, puesto que él no puede deshacer lo ya hecho, sino en razón del futuro, para que no vuelva a cometer ni el mismo injusto ni otro parecido’”²¹.

La prevención especial toma fuerza en el derecho penal moderno a partir del siglo XIX con la escuela positivista italiana y la escuela sociológica del derecho penal, las cuales pretendieron realizar una aproximación etiológica al fenómeno delictivo enfocando la intervención punitiva a la prevención de delitos futuros por parte del delincuente que se sancionaba²². Al abordarse el estudio del derecho penal con los presupuestos de las ciencias naturales, la atención se centró más en la persona que delinquía que en el delito, en cuanto ente ideal; con esto, la infracción penal como hecho social, se intentó explicar desde sus causas tanto personales como sociales, con el objetivo de poder actuar sobre ellas por medio del sistema punitivo una vez eran identificadas.

Por esta razón, la pena se determinaba no en función del delito sino en función del delincuente, así, si la persona podía ser corregida y necesitaba dicha corrección,

de las llamadas absolutas de la pena, en cuanto justifican su imposición en la sola corrección de su existencia. LESCH, HEIKO, *“La función de la pena”*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, pp. 18-25.

20 “... el contenido de la pena consiste pues en “la satisfacción de la justicia”, esto es, en cualquier caso —[retrospectivamente!]— en el restablecimiento del orden perturbado por el hecho... Por lo que respecta a la magnitud de la pena, KANT se inclina por el principio de la compensación en el mismo género, esto es, por el talión...” a su turno HEGEL diría: “Si matas a alguien, ¡estás matando a todos y a ti mismo! La acción es una ley que tu promulgas que precisamente por medio de tu actuar has reconocido en sí y para sí. El actuante puede, pues, ser subsumido para sí bajo la misma forma de actuación que él ha promulgado y, de esta manera, se reconstruye de nuevo la igualdad que él ha lesionado: *ius talionis*” Ibid., pp. 21-25-30-31.

21 Ibid. p. 38.

22 “El principal representante de esta dirección fue FRANZ VON LISZT (1851-1919), el más importante cultivador alemán de la política criminal. Según LISZT, la prevención especial se lleva a cabo en una doble dimensión: asegurando a la comunidad ante el “delincuente” con su internamiento, intimidando al “delincuente” con la pena de la comisión de otros delitos, preservándolo de la reincidencia a través de su corrección” ROXIN, CLAUDIUS, *“Iniciación al derecho penal de hoy”*, Secretariado de Publicaciones de Sevilla, 1981, p. 36.

la pena se orientaría en este sentido; si la persona a pesar de haber cometido el delito no requería corrección alguna, sería objeto entonces de intimidación a través de la pena, para que se abstuviera en el futuro de ese tipo de conductas; pero si la persona no era susceptible de corrección ni de intimidación, se buscaría su inocuización, excluyéndolo definitivamente de la vida en sociedad²³.

Al igual que la anterior, la tercera teoría se refiere también a la prevención de delitos futuros, pero ya no concentrándose en el “delincuente” concreto, sino teniendo como destinatario a la comunidad en general, convirtiendo la sanción penal en algo así como un ejemplo que el Estado da a las personas que integran el conglomerado social, sobre las consecuencias que acarrea la comisión de un delito; se pretende con esto que la pena tenga un efecto disuasivo.

Esta postura fue ampliamente formulada por ANSELM VON FEUERBACH (1775-1833), quien planteaba que a través de la amenaza de pena, una persona que estaba al borde de cometer un delito, apreciaría desde una perspectiva de costo-beneficio, los perjuicios que podría evitar de abstenerse de tal conducta, es decir, la pena ante los beneficios que podría adquirir si la cometiera²⁴. Esta teoría ha sido promovida con diferentes enfoques; por un lado se encuentra la llamada prevención general negativa explicada por FEUERBACH de la siguiente manera: “no es pues ‘ni la sola amenaza de la ley, ni la sola causación de un mal por un delito cometido, lo que puede lograr que se superen los impulsos hacia el delito de quien está determinado a ello. Antes bien, ambas cosas deben aunarse para lograr esta finalidad...’ el fin mediato (fin último) de la causación de un mal es de igual modo la simple intimidación del ciudadano mediante la ley”²⁵.

También se encuentra la que se ha denominado prevención general positiva o prevención-integración, fundada en los aportes que desde el psicoanálisis se han hecho al derecho penal. Por esta línea autores como ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG²⁶ y FRANCISCO MUÑOZ CONDE²⁷ —retomando a Freud— han explicado, que el ser humano siendo asocial en un principio, a medida que se desarrolla en sociedad va interiorizando una serie de pautas de comportamiento que le indican qué es adecuado socialmente y qué no, formándose en la psique de la persona una suerte de filtro que controla sus propias emociones y rige su actuar (súper-yo). En este proceso

23 LESCH, HEIKO, “*La función de la pena*”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p. 55.

24 ROXIN, CLAUS, “*Iniciación al derecho penal de hoy*”, Secretariado de Publicaciones de Sevilla, 1981, p. 38.

25 LESCH, HEIKO, “*La función de la pena*”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, pp. 44-46. FEUERBACH sostendría que el efecto intimidatorio principal estaría dado por la amenaza de pena realizada a través de la tipicidad del delito y de la pena, mientras que la imposición efectiva de esta última tendría explicación en cuanto a la realización efectiva de la amenaza. Simplemente reforzaría la prohibición y la amenaza de su consecuencia, produciendo un mayor grado de intimidación social.

26 GIMBERNAT, ENRIQUE, “*Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal*”, en: Estudios de Derecho Penal, Edit Tecnos, Madrid, 1990.

27 MUÑOZ, CONDE FRANCISCO, “*Derecho penal y control social*”, Temis, Bogotá, 2004.

de aprendizaje el ser humano consolida el súper-yo a partir “de la introyección del poder paterno en la niñez y se continúa con la introyección de la autoridad social durante toda la vida”²⁸.

Esta dimensión valorativa o súper-yo se moldea por medio de las distintas instancias de control social, es decir, desde la familia, la escuela y la religión, hasta llegar al derecho y en especial, al derecho penal. “El principal medio de coacción jurídica es la pena, que sirve para motivar comportamientos en los individuos y que es, además, elemento integrante de la norma penal”²⁹. Desde esta perspectiva la pena tiene entonces una función de prevención general, no basada en la intimidación sino en la motivación, entendida como una función pedagógica.

A estas tres teorías se les deben reconocer importantes ventajas, sin embargo, no es posible negar los graves y profundos defectos de los que adolecen; así por ejemplo, la teoría retributiva constituye un buen intento para limitar el poder punitivo estatal al exaltar el principio de culpabilidad, en tanto que se critica por estar fundada en conceptos metafísicos que en nada consideran la incidencia real de la pena para la vida en sociedad, por esto, con ella no puede asignársele al derecho penal la tarea de procurar reducir la criminalidad³⁰, quedando así el sistema penal sin una explicación politicocriminal, la cual resulta indispensable siguiendo la cláusula constitucional de Estado social. Adicionalmente, la idea misma de culpabilidad resulta algo intangible corriéndose el peligro, como ocurre con lo reseñado respecto de KANT y HEGEL, de llegar a implementar simplemente la ley del talión, es decir, el dolor por el dolor.

A su turno, la prevención especial debe ser elogiada en tanto procura disminuir la comisión de delitos futuros, pero deja sin fundamento a aquellos casos en donde, por ciertas particularidades, no hay un peligro claro de reincidencia, pero de todos modos parece generarse un malestar social al dejarse de aplicar una sanción punitiva; adicionalmente, la idea de prevención especial puede llevar a imponer penas altamente afflictivas o prolongadas, dependiendo del grado de peligrosidad que el sistema penal asigne a una persona³¹.

Así pues, la idea misma de tratamiento, reeducación, corrección e incluso resocialización, termina por no pasar de ser una utopía; de hecho la historia ha mostrado cómo los postulados que en este sentido expuso el positivismo, de alguna manera llevados al extremo —y es importante considerar que si en el discurso se

28 *Ibid.*, p. 21.

29 *Ibid.*, p. 22.

30 ROXIN, CLAUS, “*Iniciación al derecho penal de hoy*”, Secretariado de Publicaciones de Sevilla, 1981, p. 44.

31 *Ibid.*

tiene algo de coherencia conceptual con ellos mismos, se perderán importantes barreras de contención del poder punitivo— han generado la base para experiencias perversas como el derecho penal propio del nacional socialismo y otras formas de expresión de sistemas penales basados en la enemistad³².

Es importante anotar en este momento, que el concepto de resocialización, aunque con amplia acogida actualmente —por ejemplo nuestro Código Nacional Penitenciario y Carcelario en el artículo 9° reconoce que la pena tiene función protectora y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización— ha sido también altamente cuestionado.

Tener esto en cuenta resulta de vital importancia para cualquier análisis sobre la pena, puesto que el reconocimiento de las limitaciones empíricas para cumplir esta tarea permite acercar la teoría a la realidad, con mayor razón cuando se trata de sociedades con altos índices de criminalidad, altísimas tasas de desigualdad en la distribución de los recursos y con una compleja conflictividad social y política como nuestro país.

Dos han sido las críticas más importantes que se han formulado al concepto de resocialización. Por un lado, se ha cuestionado el hecho de pretender “socializar” —es decir, incluir adecuadamente dentro de la dinámica social a quien supuestamente se ha apartado voluntariamente de ella— a una persona que probablemente, o no comparte los valores sociales hegemónicos o, precisamente por adecuarse a la dinámica social, es que ha cometido un delito, como puede ocurrir en graves situaciones de anomia social. En este sentido, para que el concepto de resocialización tenga un mínimo de lógica, se debe aceptar acriticamente la corrección del orden social en el que se esté, es decir, se debe creer que el orden social y jurídico en el que vive el “delincuente” es justo, lo cual resulta algo ingenuo teniendo en cuenta la realidad actual³³.

De esta forma, la idea de resocialización desconoce la coexistencia de diversos sistemas de valores en una misma sociedad, los cuales en ocasiones se oponen entre sí. Por esto, en una sociedad pluralista, el ordenamiento jurídico debe pretender lograr puntos de encuentro entre las distintas escalas de valores, a partir de los cuales sea posible viabilizar la convivencia a pesar de la falta de homogeneidad

32 “Por lo anterior es que aceptar el trato diferencial de los enemigos o extraños pretendiendo —a la usanza garofaliana— que se los reconoce ónticamente, es cuestión que por mucho que se lo haga con prudencia, siempre implica el enorme riesgo de radicalizarse o, más precisamente, la certeza de que en algún momento se abandonará la prudencia... Este destino inevitable de la peligrosidad positivista fue teorizado, legitimando el abandono radical de toda prudencia en el trato diferencial al enemigo o extraño, por el derecho penal en tiempos del nacionalsocialismo” ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, “*El enemigo en el derecho penal*”, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, pp. 101-102.

33 MUÑOZ, CONDE FRANCISCO, “*Derecho penal y control social*”, Temis, Bogotá, 2004, p. 93.

moral; esto nos indica que para poder hablar de resocialización, debe haber un mínimo de identidad o reconocimiento de la norma por parte de quien la crea y por parte de quien la infringe, puesto que “una resocialización sin esa coincidencia básica es puro sometimiento, dominio de unos sobre otros y una lesión grave de la libre autonomía individual”³⁴.

Por otro lado, también se ha cuestionado el sistema o tratamiento penitenciario como tal desde diferentes perspectivas, pasando por la contradicción conceptual que implica pretender preparar a alguien para la vida en libertad en un ambiente en donde precisamente carece de ella, hasta las dificultades constitucionales que presenta el pretender “reeducar” a una persona en contra de su voluntad (al estilo de la *Naranja mecánica*), además de las grandes limitaciones en cuanto a recursos técnicos, humanos y financieros para emprender una tarea de tales proporciones en las mejores condiciones posibles³⁵.

Finalmente, en cuanto a la prevención general, se ha dicho que supera algunas de las objeciones formuladas a la prevención especial, puesto que explica la imposición de pena en aquellos eventos en donde existiendo bajo riesgo de reincidencia, esta es socialmente requerida, proporcionando también una explicación política a la sanción penal y con ella al derecho penal, manteniendo un mínimo de razonabilidad en la reacción estatal ante el delito, sin exponer, como ocurre en la prevención especial, la integridad del penado³⁶.

Pese a los aspectos positivos que se atribuyen a la prevención general, esta deja de lado lo que en el futuro pueda realizar la persona sancionada, mientras que por la idea de intimidación a través de la pena, puede llegarse fácilmente a exceder los límites que marcan los derechos reconocidos constitucionalmente, abriéndose la puerta para el terror de Estado, ya que si la idea es eliminar los estímulos que incitan al delito, la magnitud de las penas entraría a depender de los beneficios que pueda obtener quien delinque y de la cantidad de delitos de una u otra clase cometidos, con independencia del daño social que se produce; además, es bastante dudoso el proceso racional de ponderación entre costos y beneficios como antecedente de la realización de una conducta punible, propuesto por FEUERBACH.

Como si esto fuera poco, se ha cuestionado el concepto mismo de intimidación de la prevención general negativa, puesto que choca, haciéndose irreconciliable, con el concepto de dignidad humana fundante de los Estados democráticos y constitucionales de derecho, por cuanto dicho concepto estatuye que: “La pena judicial (...) no puede ser impuesta como simple medio para procurar a los otros

34 Ibid., p. 95.

35 Ibid., pp. 97-107.

36 ROXIN, CLAUDIUS, “Iniciación al derecho penal de hoy”, Secretariado de Publicaciones de Sevilla, 1981, p. 45.

bienestar, ya sea para el delincuente, ya sea para la sociedad civil, sino que tiene que ser impuesta solamente porque él ha delinquido; en efecto, el hombre nunca puede ser usado como medio de las intenciones de otros, ni mezclado entre los objetos del derecho de cosas, puesto que contra esto lo protege el carácter de persona con el que ha nacido...³⁷. Así pues, la idea kantiana de dignidad humana, según la cual el hombre debe ser tratado siempre como un fin en sí mismo y nunca como un medio, impide justificar la imposición de la pena en la previsión futura de conductas de terceros, ya que en este intento la persona se convierte en un objeto para dar ejemplo a otros. Esta es una de las más grandes críticas que pueden inclinar la balanza a favor de las teorías de la retribución, demeritando moral y políticamente las teorías preventivas.

Adicionalmente, la denominada prevención-integración o prevención general positiva, es perfectamente susceptible de la objeción anteriormente expuesta desde la idea de dignidad humana³⁸. Adicionalmente, autores como MUÑOZ CONDE, de la misma manera que con la idea de resocialización, ha puesto de presente los riesgos que las nociones de motivación y de integración tienen para una sociedad pluralista.

Este autor, hablando del derecho penal en cuanto medio de control social que coexiste con otros no siempre estatales, identifica al delito no como una contraposición entre el individuo y la sociedad, sino como una colisión de “diversos sistemas de valores y distintas motivaciones emanadas todas de instancias socializadoras”³⁹, de tal suerte que el sistema penal supone para su buen funcionamiento una cierta concordancia entre aquel y los demás medios de control social que producen estímulos para la motivación de los individuos, lo que también exige un consenso mínimo sobre las normas básicas de convivencia social; nuevamente tenemos entonces el problema de la pena en sociedades altamente conflictivas y desiguales, puesto que esta función integradora de la pena adquiere en estos contextos, un riesgo mayor de asumir un rol moralizante, que no deja de ser ideológico y por tanto funcional a estructuras sociales injustas e inequitativas⁴⁰.

Ante esta situación podemos afirmar que no es conveniente acoger en un ordenamiento normativo concreto, únicamente una de estas posturas sobre los fines de la pena, puesto que cada una de ellas conlleva a excesos en el ejercicio

37 KANT citado por LESCH, HEIKO, “*La función de la pena*”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, pp. 20-21.

38 “En cualquier caso parece paradójico, incluso arbitrario, que se haga responsable a personas concretas de las carencias de socialización de toda la sociedad y que se les imponga una pena con el fin de reprimir los impulsos criminales de otros...” Ibid., p. 50.

39 MUÑOZ, CONDE FRANCISCO, “*Derecho penal y control social*”, Temis, Bogotá, 2004, p. 24.

40 “Con un entendimiento de la pena como prevención integradora se pretende, en última instancia, alcanzar un consenso de mayorías que, como la experiencia histórica demuestra, puede desembocar en un claro proceso de facitización social, en el que el individuo desaparece devorado por esa máquina terrible que es el *Leviathan* estatal”. Ibid., pp. 32-33.

del *ius puniendi*, de tal forma que entre ellas podemos observar una relación de complementariedad; luego es comprensible que nuestro Código Penal, en el artículo 4º, haya incluido todos estos aspectos como fines, que siguiendo los principios establecidos por el artículo 3º, resulta legítimo procurar. Por esta misma razón ROXIN realiza su propuesta alrededor de la prevención, a la cual nos referiremos más adelante, pero por ahora bástenos señalar que para él, “se puede decir que para una concepción moderna la resocialización debe considerarse como el fin principal de la pena”⁴¹.

En esta medida, tampoco se han hecho esperar las críticas a las posturas que intentan elaborar discursos integradores de las diferentes funciones de la pena, siendo estos denominados como teorías de la unión, en las que podemos ubicar la postura del profesor CLAUS ROXIN. Se ha objetado entonces que conceptualmente son incompatibles los puntos de vista retrospectivo y prospectivo de las teorías de la retribución y preventivas, respectivamente, por lo que todo intento para articularlas no produce nada más que confusiones e inconsistencias, ya que “no están en condiciones ni de dar a la finalidad de la pena estatal una dirección y un fundamento consistente, ni de proponer una regla funcional que conceda preferencia de una teoría a otra en los puntos de colisión”⁴².

Como respuesta a todos estos planteamientos se ha propuesto por las corrientes funcionalistas —teniendo como base la teoría de los sistemas de NIKLAS LUHMANN y principalmente en lo penal los desarrollos del profesor GÜNTHER JAKOBS— una teoría funcional de la pena, la cual ha sido identificada por algunos como una forma de prevención general positiva y por otros como una teoría funcional de la retribución. En este último sentido HEIKO H. LESCH explica: para que la vida del hombre sea posible en sociedad, este debe poder orientar su actuar a partir de expectativas legítimas y racionales frente al comportamiento de los demás, de tal manera que si una persona defrauda alguna de esas expectativas, contenida claro está en una norma de carácter penal, el derecho penal por medio de la pena procurará reestablecer la vigencia de la expectativa defraudada, indicando con su aplicación que el comportamiento del “delincuente” es incorrecto y que la víctima, como el resto de las personas, puede seguir en adelante orientando su comportamiento de acuerdo con esa expectativa, que a pesar del delito se mantiene vigente⁴³.

Es lo que en el funcionalismo se denomina validez contrafáctica —en contra de lo sucedido— de la norma, la cual se pretende por medio de la

41 ROXIN, CLAUS, “Iniciación al derecho penal de hoy”, Secretariado de Publicaciones de Sevilla, 1981, p. 47.

42 LESCH, HEIKO, “La función de la pena”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, pp. 68-69.

43 “Aquí es donde se fija la función de la pena: se trata de atender y canalizar las defraudaciones de expectativas, para lograr ante todo la posibilidad de seguir esperando contrafácticamente, en contra de la defraudación, en definitiva, para seguir esperando de forma normativa” *Ibid.*, pp. 75-76.

aplicación de la ley penal. Así pues, con la pena se busca “aclarar que el comportamiento contrario a la norma por parte del autor no marca la pauta, y que la norma, en cambio, mantiene su vigencia”, pena y delito adquieren entonces un carácter de actos simbólicos⁴⁴.

Sin embargo, pese a la pretensión de mejora frente a las demás teorías de la pena, esta, anclada en un pensamiento eminentemente sistémico y acrítico de la estructura social, adolece igual que sus predecesoras, de grandes objeciones. Así, MUÑOZ CONDE apoyándose en ALESSANDRO BARATTA, afirma que “la teoría sistémica conduce a una concepción preventiva integradora del derecho penal, en la que el centro de gravedad de la norma jurídica penal pasa de la subjetividad del individuo a la subjetividad del sistema, buscando un fortalecimiento del sistema existente y de sus expectativas institucionales, pero no su modificación crítica”⁴⁵. Con esto se observa cómo esta teoría funcional niega el carácter conflictivo de la sociedad y el carácter violento del derecho penal, asumiendo el delito como “la expresión simbólica de una falta de fidelidad al sistema social” y la pena como “la expresión simbólica de la superioridad del sistema”⁴⁶.

Así pues, esta postura supone una organización social armónica que difícilmente puede observarse en una sociedad como la colombiana; adicionalmente, de sus planteamientos se derivan trascendentales consecuencias para todo el sistema penal, las cuales resultan incompatibles con los cánones constitucionales que en nuestro medio proporcionan las bases políticas para estructurar un sistema punitivo realmente subsidiario, respetuoso del principio de culpabilidad y orientado a la protección de bienes jurídicos, en otras palabras, que sea garantista y que tenga como centro y medida al ser humano.

Culpabilidad y necesidad de la pena

Existe una relación íntima entre el concepto de culpabilidad y el de pena. Es trascendental definir qué se va a entender por culpabilidad, para efectos de entender el derecho a castigar y la imposición de una sanción penal. El debate en torno al concepto de culpabilidad resulta esencial en un Estado social y democrático de derecho que sea respetuoso de las garantías y libertades individuales, así como de la dignidad humana, no solamente porque en esta categoría de la estructura del delito se ha identificado una de las barreras de contención más importantes para evitar la configuración de un derecho penal de autor o basado en la responsabilidad objetiva, sino también porque, a propósito de ella, se han elaborado las diferentes posturas sobre la necesidad de la pena frente a la teoría del delito. La relevancia de

44 *Ibid.*, p. 77.

45 MUÑOZ, CONDE FRANCISCO, “*Derecho penal y control social*”, Temis, Bogotá, 2004, pp. 16-17.

46 *Ibid.*

este concepto se reitera con la distinción que se ha realizado en la doctrina entre la culpabilidad como principio y la culpabilidad como categoría dogmática⁴⁷.

Actualmente, se ha consolidado el concepto normativo de culpabilidad cuyo desarrollo se inició a partir de los años treinta —superando el concepto psicológico—, según el cual esta categoría se refiere al juicio de reproche que se realiza a quien obra contrario a derecho, pudiendo obrar de otro modo⁴⁸. De acuerdo con este concepto, la culpabilidad puede tener dos contenidos distintos. Uno compuesto por la imputabilidad del agente, la exigencia de dolo o culpa y la ausencia de causales de no exigibilidad de una acción adecuada a derecho (propio de un concepto causal de acción) y otro formado por la imputabilidad del agente, el *conocimiento de la antijuridicidad*, la exigibilidad de otra conducta y la ausencia de causales de inculpabilidad (propio de un concepto final de acción)⁴⁹.

Del concepto normativo de culpabilidad surgen tres exigencias para el sistema jurídico-penal: 1. Prohibición de responsabilidad objetiva, por lo tanto, exigencia de dolo o culpa (desde el finalismo esto ya no puede explicarse con la culpabilidad como categoría dogmática)⁵⁰. 2. La pena no puede ser superior al grado de culpabilidad, debe ser proporcional a ella. 3. La culpabilidad debe ser un juicio referido a la acción, no pueden tenerse en cuenta circunstancias ajenas a ella, es decir, que al sujeto solo se le puede juzgar por su conducta y nunca por su ser. Estas tres exigencias, desde la perspectiva finalista, aunque presentes, no encuentran explicación únicamente en el concepto de culpabilidad⁵¹.

Este concepto normativo de culpabilidad pone de presente el problema científico que implica probar o constatar, en un proceso judicial, la verdadera facultad del agente de poder actuar de otra manera. Las ciencias sociales y el desarrollo propio del proceso judicial impiden tener certeza sobre las verdaderas posibilidades de acción del sujeto, es imposible verificar la verdadera libertad de la persona al momento de actuar, pues como sostiene CÓRDOBA RODA, tal exigencia rebasa los límites de lo científicamente posible⁵².

47 “Existen, fundamentalmente, dos maneras de referirse al término culpabilidad, a saber: una como “principio de culpabilidad” que es considerado, a su vez, como un principio general de la política criminal; y otra, la culpabilidad como concepto dogmático, que hace relación aun de las categorías básicas de la teoría general del delito” CÓRDOBA, MIGUEL, “*Algunas reflexiones sobre el fundamento de la culpabilidad*” publicado en la Revista Derecho Penal y Criminología Número 37 Volumen XI, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1989, p. 77.

48 “La teoría normativa de la culpabilidad, con una que otra salvedad, se ha impuesto, a lo largo de los últimos años en nuestro país, como un auténtico dogma y por ello ha sido acogida casi unánimemente, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia” *Ibid.*, p. 75.

49 CÓRDOBA, RODA JUAN, “*Culpabilidad y pena*”, Bosh, Barcelona, 1977, p. 16.

50 De acuerdo con la teoría final de la acción, el dolo y la culpa componen el tipo subjetivo, analizado en sede de tipicidad, quedando de estos elementos en la culpabilidad, únicamente el conocimiento de la antijuridicidad, el cual deja de integrar el elemento cognitivo del dolo.

51 *Ibid.*, pp. 18-22.

52 *Ibid.*, p. 24.

De la misma manera GIMBERNAT ORDEIG, desde hace ya varios años, llamó la atención sobre el excesivo legalismo en el que con frecuencia cae la dogmática jurídico-penal, convirtiendo al delito en un simple problema jurídico de subsunción, pasando por alto que también, y en primer lugar, el delito es un problema humano y político⁵³, por lo cual se termina ignorando los efectos prácticos que tiene la aplicación del derecho penal sobre la persona que se sanciona y en la sociedad misma⁵⁴.

Para este autor el derecho penal liberal, el cual es fundamentado en la culpabilidad, adolece de una incoherencia conceptual que debe ser resuelta. Al entender por culpabilidad el juicio de reproche que se formula a una persona que ha optado libremente por actuar contrario a derecho⁵⁵, se debe exigir la constatación de tal condición de libertad antes de derivar responsabilidad penal por un determinado comportamiento; de esta forma, encontramos que el libre albedrío reposa en la base del concepto de culpabilidad. Pero ni el libre albedrío y, por tanto, tampoco la culpabilidad, son demostrables en un caso concreto⁵⁶, luego de acuerdo con esta crítica, el derecho penal termina operando a partir de una simple ficción, a la que el operador jurídico debe recurrir ante la imposibilidad de constatación empírica de la condición *sine qua non* de la culpabilidad, es decir, de la verdadera libertad de acción del ser humano.

La herramienta jurídica más violenta y limitadora de derechos fundamentales encontraría justificación en meros supuestos teóricos que no tienen ningún referente concreto en la realidad.

Es así como GIMBERNAT habla de la crisis de la culpabilidad: “La crisis de la idea de culpabilidad trae consigo la de la pena; y sin pena no puede haber derecho penal, y sin este tampoco una ciencia del derecho penal en sentido tradicional”⁵⁷.

53 GIMBERNAT, ENRIQUE, “*Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal*”, en: Estudios de Derecho Penal, Edit Tecnos, Madrid, 1990, p. 140.

54 *Ibid.*

55 “...el presupuesto de la actividad delictual y de la consiguiente imposición de una pena, es la conducta externa de un sujeto que pudiendo obrar de otro modo y siendo capaz de comprender el hecho, voluntariamente incurre en el comportamiento merecedor de reproche punitivo”. Corte Constitucional, Sentencia C-425.

56 “Esta actitud en la que se ha colocado la mayoría de los representantes de la ciencia del derecho penal, es, a la larga, insostenible. Insostenible porque no se puede profesar —el principio de culpabilidad—, oponiéndose, así, a los resultados de ciencias como la psicología y el psicoanálisis dedicados precisamente a estudiar las motivaciones del comportamiento humano, y pensar —o confiar— en que esas ramas del saber van a abstenerse de intervenir, tolerando, que los juristas hagan profesiones de fe sobre una cuestión en que los especialistas piensan de manera muy distinta, a saber, de esta manera: aunque en abstracto existiera el libre albedrío, lo que en cualquier caso resulta imposible es demostrar si una persona concreta en una situación concreta ha cometido libremente o no un determinado delito...” GIMBERNAT, ENRIQUE, “*Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal*”, en: Estudios de Derecho Penal. Edit Tecnos, Madrid, 1990, p. 144.

57 *Ibid.*, p. 142.

En este orden de ideas, la pregunta planteada es ¿hasta qué punto el derecho penal depende, o debe depender de la idea de culpabilidad? El autor en comentario afirma entonces que el derecho penal no debe estar ligado al concepto vacío de culpabilidad, y que en su lugar el fundamento del derecho penal debe radicar en un concepto o criterio que sea palpable, para lo cual propone la necesidad de pena determinada de acuerdo con sus fines preventivos, como único criterio capaz de explicar la aplicación del derecho penal, desde un punto de vista material.

Si GIMBERNAT propuso entonces sustituir la categoría de culpabilidad por la de necesidad de la pena en la estructura del delito, CÓRDOBA RODA prefiere agregar la necesidad como una cuarta categoría, sin prescindir de la culpabilidad. Como ya se había mencionado, CÓRDOBA reconoce la dificultad empírica de probar la libertad de acción de la persona en el caso concreto, pero además cuestiona, siguiendo un poco lo dicho por MUÑOZ CONDE, la idea misma de reproche, ya que según él, no tiene sentido hablar de reprochabilidad frente a quien no experimenta sentimiento alguno de culpa por su acción⁵⁸. En todo caso, se muestra algo temeroso de eliminar la categoría de la culpabilidad al considerar los aportes en pro de la libertad de la persona que con ella se logran.

En consecuencia, sostiene CÓRDOBA que la pena debe responder en principio al juicio de reproche que se realice sobre la acción, pero eso no obsta para que en algunos casos se prescinda de ella, a pesar de ser la conducta típica, antijurídica y culpable, si no resulta necesaria desde el punto de vista de la prevención⁵⁹.

En este sentido se hacen compatibles la función de retribución de la pena, entendiéndola como proporcional a la gravedad de la conducta, con las funciones de prevención, ya que la primera fija un límite máximo, mientras que la segunda permite determinar la pena por debajo de ese límite, incluso prescindiendo de ella. Con esto se salvaguardan las garantías a través de la culpabilidad al mismo tiempo que se evita tener sanciones inútiles o aun más perjudiciales que la conducta que se va a castigar.

“Para una tal postura doctrinal la necesidad de pena constituye una exigencia que, en términos generales, no desplaza o sustituye la culpabilidad, sino que

58 Con estas cuestiones se observa cómo el concepto de culpabilidad no es “plenamente consecuente con el sentido ético y valorativo que a la noción de reproche corresponde, pues difícil resulta admitir que merezca un propio y verdadero reproche quien al llevar a cabo su acción no experimente sentimiento alguno de reproche sobre lo que hace” CÓRDOBA, JUAN, “*Culpabilidad y pena*”, Bosh, Barcelona, 1977, pp. 28-32.

59 “...observemos que el pretender que las penas privativas de la libertad sean cumplidas en *todos* los casos en los que se estime cometido un delito, sin admitir la posibilidad de que se prescinda de la imposición de ellas o se rebaje la duración en atención a su ineficacia, cuando no a sus nefastos efectos, conlleva el intolerable perjuicio de la imposición de un castigo, o inútil, o causante, incluso, de irreparables males”. *Ibid.*, p. 54.

aparece formulada, de uno u otro modo, como un requisito para añadir a la culpabilidad”⁶⁰.

JUAN CÓRDOBA RODA hace las siguientes precisiones sobre su propuesta: en primer lugar insiste en que se debe buscar en el derecho positivo un fundamento normativo que soporte una conclusión como la anterior, bien sea en los principios rectores del sistema penal o en el régimen penitenciario; de lo contrario, se estaría sacrificando la legalidad ante un poder de sanción judicial bastante amplio, lo cual resulta peligroso y contrario con el Estado de derecho.

Este autor también aclara que deben ponderarse los eventos en los que se vaya a prescindir de la pena por ser innecesaria, puesto que los criterios de prevención general y de prevención especial son distintos y obedecen a supuestos diferentes. Mal se haría en dejar de imponer una sanción siempre que no se muestre como necesaria desde el punto de vista de la prevención especial sin ninguna consideración a la prevención general. Esto llevaría a una flexibilidad tal de sistema penal, que sería perjudicial para la sociedad, ya que el mensaje que se enviaría a la comunidad sería casi una permisión para la comisión de delitos.

Otro punto para tener en cuenta es si debe exigirse a los jueces siempre la constatación de la necesidad de la pena. ¿Es legítimo exigir esto a los jueces?, ¿están ellos en capacidad de cumplir con tal exigencia? CÓRDOBA afirma que es más razonable no hacer una exigencia de este tipo, pero permitir que cuando resulte probado que la imposición de la pena no es necesaria, esta se deje de imponer. Aquí CÓRDOBA RODA hace referencia a un supuesto diferente (en principio)⁶¹ al de la no necesidad de la pena, para dejar de imponerla: si bien la estimación del poder actuar de modo distinto es imposible, eso no quiere decir que cuando el juez perciba la existencia de una circunstancia que limitaba o eliminaba ese poder actuar de modo distinto, no deba tenerla en cuenta, para dejar de imponer la sanción penal⁶². Sin embargo, este es un tema que, aunque relacionado, supera la intención de este escrito.

A su turno, el profesor CLAUS ROXIN comparte las críticas que GIMBERNAT y CÓRDOBA RODA hacen a la categoría dogmática de la culpabilidad, pero realiza su análisis haciendo más explícita, que los autores anteriores, la incidencia de

60 Ibid. p. 55.

61 Siguiendo a ROXIN, al construir una dogmática a partir de la necesidad de la pena puede entenderse que en el fondo, las causales de justificación y de inculpabilidad son casos, en donde la pena se deja de imponer porque debido a las circunstancias especiales en que actúa la persona, aquella no es necesaria. ROXIN, CLAUS, “*Derecho penal: parte general-tomo I*”, Thomson Civitas, Madrid, 1997, p. 792.

62 En este punto se centra la discusión, sobre si es posible reconocer circunstancias de atenuación de la posibilidad de actuar de modo distinto, con efectos importantes sobre la punición de la conducta, que no estén reconocidas expresamente en la ley, bien sea como causales de justificación o como causales de inculpabilidad. CÓRDOBA, JUAN, “*Culpabilidad y pena*”, Bosh, Barcelona, 1977, pp. 80-81.

la política criminal en este problema. En este sentido, afirma que la idea de culpabilidad como fundamento de la retribución, en cuanto fin de la pena, debe ser desechada pues es insostenible científicamente e inconveniente desde el punto de vista politicocriminal; esto no implica que esté proponiendo el abandono del concepto de culpabilidad como principio, puesto que sostiene que es imperioso mantenerlo “como principio limitador de la pena”⁶³.

ROXIN hace referencia a varias concepciones de la culpabilidad⁶⁴, afirmando que todas resultan insuficientes para explicar la imposición de la sanción penal, ya que —reiterando lo dicho hasta aquí— son imposibles de constatar empíricamente; también afirma que no sirven para explicar figuras dogmáticas que afectan la misma culpabilidad, como por ejemplo, el exceso en la legítima defensa, el estado de necesidad disculpante o la culpa con representación⁶⁵.

Por lo anterior, ROXIN aclara que la discusión de si existe o es demostrable la libertad del ser humano, termina siendo irrelevante para el derecho penal, ya que el reconocimiento de la libertad de acción debe aceptarse como un presupuesto político para la viabilidad del Estado de derecho más allá de ser una realidad científicamente comprobable⁶⁶. En este sentido afirma en un primer momento que el contenido material de la culpabilidad debe encontrarse en la teoría de los fines de la pena, para pasar posteriormente a reconocer que dicho planteamiento lo lleva a proponer la sustitución de la culpabilidad, por una categoría diferente denominada *responsabilidad*⁶⁷.

63 ROXIN, CLAUS, “*Culpabilidad y prevención en derecho penal*”, Editorial Reus, Madrid, 1981, p. 43.

64 En este punto se refiere a la culpabilidad entendida como “poder actuar de otro modo”, “desvalor de la actitud interna del hecho”, “comportamiento espiritual lesivo de un bien jurídico” o “exigibilidad”, en cuanto a definiciones que desembocan finalmente en la idea de reprochabilidad, ante lo cual afirma: “Si a la pregunta: ¿por qué se le reprocha su conducta al autor?, se responde: porque le era exigible otra conducta, dicha respuesta no hace sino aplazar la cuestión y oscurecer la razón de la imputación, pues sigue sin saberse, y esto es lo único importante, por qué se le exige (o, en caso de exclusión de la culpabilidad, por qué no se le exige) otra conducta. *Ibid.*, p. 60.

65 *Ibid.*, pp. 64-69.

66 “No se trata de formular declaraciones ontológicas, sino de un postulado político-criminal dirigido a los jueces: —debéis tratar al ciudadano en virtud de su libertad como persona capaz de una decisión autónoma... Tales reglas de juego sociales, que ayudan a una organización satisfactoria de la convivencia humana... no deben considerarse como constataciones ontológicas pseudocientíficas; son simplemente principios normativos reguladores que no deben enjuiciarse según los criterios —verdadero— o —falso—, sino según su utilidad o dañosidad sociales” *Ibid.*, pp. 48-49.

67 “La responsabilidad designa tras la antijuridicidad, una valoración ulterior y que por regla general da lugar a la punibilidad, en el marco de la estructura del delito. Mientras que con el predicado de la antijuridicidad se enjuicia el hecho desde la perspectiva de que él mismo infringe el orden del deber-ser jurídico penal y que está prohibido como socialmente dañino, la responsabilidad significa una valoración desde el punto de vista del hacer responsable penalmente al sujeto... La responsabilidad depende de dos datos que deben añadirse al injusto: de la culpabilidad del sujeto y de la necesidad preventiva de la sanción penal, que hay que deducir de la ley” ROXIN, CLAUS, “*Derecho penal: parte general-tomo I*”, Thomson Civitas, Madrid, 1997, pp. 791-794.

La consideración fundamental que lleva al autor alemán a realizar dicha propuesta radica en que finalmente, en todos los casos en donde se prescinde de la sanción penal, más allá de poder hablar de una verdadera ausencia de posibilidades de acción diferentes al delito, que haga a la conducta justificada o inculpable, lo que se observa es una decisión del legislador de hacer responsable al sujeto agente, dependiendo de una serie de criterios jurídico-penales, que en últimas responden a la orientación de la política criminal; estos criterios no son otros que los fines preventivos de la pena⁶⁸.

Al crear la categoría de la responsabilidad, superando la discusión sobre el poder actuar de otro modo, incluyendo la teoría de los fines de la pena por él propuesta en la estructura del delito, ROXIN pretende vincular la dogmática jurídico-penal con la política criminal, buscando acercar las construcciones conceptuales que permiten la aplicación de las normas penales a la realidad social en donde producirán efectos. En este sentido “el injusto (es decir, tipo y antijuridicidad) decide sobre el problema de si a la luz del derecho penal una conducta es o no es —ajustada a las reglas—; en cambio, la categoría de la responsabilidad responde desde puntos de vista político-criminales a la cuestión de la necesidad jurídico-penal de sancionar en el caso concreto. Pues bien, el legislador —al igual que el juez que interpreta su voluntad— solo puede deducir esa respuesta de los postulados de la teoría del fin de la pena”⁶⁹.

Así pues, desde este punto de vista, la culpabilidad es necesaria para la imposición de la pena, pero no es suficiente, ya que el juez deberá en cada caso concreto determinar desde el punto de vista de la prevención general y de la prevención especial, si ella resulta necesaria⁷⁰.

Como corolario de lo anterior CLAUS ROXIN plantea⁷¹ cuatro tesis sobre los fines de la pena, así:

- a. La pena sirve para la reinserción social del condenado (resocialización) y a la protección de la comunidad (prevención general).
- b. La pena no puede superar en su gravedad el grado de culpabilidad del delincuente (función limitadora del principio de culpabilidad).

68 “Lo decisivo no es el poder actuar de otro modo sino que el legislador, desde puntos de vista jurídico penales, quiera hacer responsable al autor de su actuación. Por ello ya no hablaré a continuación de culpabilidad, sino de responsabilidad”. ROXIN, CLAUS, “*Culpabilidad y prevención en derecho penal*”, Editorial Reus, Madrid, 1981, p. 71.

69 *Ibid.*, p. 72.

70 “Si se acepta la idea de que los límites de las causas de exclusión de la culpabilidad se trazan por consideraciones preventivas orientadas en los fines de la pena, me parece insoslayable la conclusión de que la categoría del delito en la que deben incluirse estas causas de exclusión de la culpabilidad, deberían designarse más exactamente desde un punto de vista científico, con el nombre de responsabilidad, ya que la culpabilidad es solo una condición necesaria, pero no suficiente para exigir una responsabilidad penal” *Ibid.* p. 155.

71 ROXIN, CLAUS, “*Iniciación al derecho penal de hoy*”, Secretariado de Publicaciones de Sevilla, 1981, pp. 48-49.

- c. La pena sí puede ser inferior a la que corresponde por el grado de culpabilidad. Basta con que se aproxime a dicho grado lo que sea preciso para conseguir la reinserción social del delincuente y la protección de la comunidad.
- d. Dentro de lo posible, la pena no debe imponerse en virtud de la protección de la comunidad en una extensión mayor de la que exija la reinserción del delincuente.

Hasta aquí podemos observar cómo GIMBERNAT, CÓRDOBA RODA y ROXIN realizan un planteamiento sobre los fines de la pena alrededor de la idea de prevención. Sin embargo, GIMBERNAT y CÓRDOBA parten para su propuesta, de los problemas conceptuales sistémicos del concepto normativo de culpabilidad, mientras que ROXIN toma como punto de inicio los problemas políticos que tiene la idea de retribución, llegando por esa vía al análisis de la culpabilidad, sin detenerse en el problema de la libertad, lo que le permite afirmar con mayor coherencia en el planteamiento de CÓRDOBA, la importancia de mantener la culpabilidad como principio.

En esta medida, la propuesta de GIMBERNAT parece bastante aventurada, puesto que pone en alto riesgo importantes conquistas del derecho penal moderno, como la idea misma de derecho penal de acto, al prescindir completamente de la culpabilidad; mientras que CÓRDOBA y ROXIN realizan una propuesta intermedia, el primero de ellos sumando la necesidad de la pena como una cuarta categoría a la estructura del delito; el segundo, manteniendo la culpabilidad como principio al tiempo que da origen a la categoría de responsabilidad. Vale anotar que la propuesta de ROXIN cuenta con un mayor desarrollo, puesto que la extiende a toda la parte general del derecho penal, lo cual se aprecia fácilmente en su tratado sobre la materia.

A propósito, y en respuesta a las teorías preventivas sobre la pena, se han formulado importantes argumentos a favor de la retribución, en cuanto única finalidad que puede perseguir el derecho penal por medio de la sanción en un Estado que sea respetuoso de los derechos fundamentales de las personas, es decir, garantista. Sobresalen en este sentido las consideraciones realizadas por LUIGI FERRAJOLI, quien apuntando a la máxima reducción posible de la pena privativa de la libertad —puesto que acepta con resignación que no parece una alternativa viable su eliminación, aunque ello sea deseable— rescata la retribución, como la única manera de evitar el abuso del poder punitivo por parte del Estado.

FERRAJOLI aborda el problema del cuándo y el cómo castigar⁷², de tal forma que termina por afirmar que para ser coherentes con los principios que inspiran

72 FERRAJOLI, LUIGI, *“Derecho y razón, teoría del garantismo penal”*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, capítulo 7.

un Estado de derecho respetuoso de la dignidad humana, la pena privativa de la libertad debe tender a desaparecer en el largo plazo⁷³, mientras que en el corto plazo debe reducirse en la mayor medida posible.

El autor italiano comienza su análisis sobre el fundamento de la pena explicando la forma de legitimación del derecho mismo en un contexto garantista, planteando la existencia de dos clases de legitimación, una legitimación externa y una legitimación interna, de tal suerte que el derecho como sistema puede estar legitimado al entenderse como “ser”, el cual es referido a un “deber-ser” que está constituido por aquellos principios y valores que caracterizan al Estado liberal-moderno, los cuales fueron en su mayoría formulados durante los siglos XVII y XVIII. En este sentido, el derecho estará legitimado de forma externa en tanto y en cuanto responda a esos principios, que pertenecen a lo que se ha entendido tradicionalmente como derecho natural.

Por otro lado, la legitimación interna se dará a partir de la coherencia entre los distintos rangos de normas. En este nivel, el “ser” será la norma que se pretende legitimar, mientras que el “deber-ser” es la norma de rango superior, que le da validez.

De acuerdo con el planteamiento de este autor, “el fundamento político o externo del moderno Estado de derecho está en efecto en su función de garantía de los derechos fundamentales...”⁷⁴. El moderno Estado de derecho ha iniciado un proceso de incorporación de los principios y valores políticos que lo legitiman externamente en el derecho positivo, a través de las constituciones modernas, reconociéndolos como normas de carácter superior: principios, derechos y valores constitucionales. Es así como, por medio de este proceso, se acercan los conceptos de legitimación externa e interna y se decanta la diferencia entre validez y vigencia del derecho.

FERRAJOLI considera que la separación del derecho y la moral, importante conquista del liberalismo, ha implicado también un equívoco, el cual consiste en entender que “mientras los juicios relativos a la legitimidad o a la ilegitimidad externa son juicios de valor o de deber ser, los juicios relativos a la legitimidad y a la ilegitimidad interna son juicios de hecho que se refieren *solamente* a la existencia de las normas, es decir, a su pertenencia al derecho positivo. La distinción entre los dos tipos de legitimidad, esto es, entre validez y justicia, se ha hecho desembocar de ese modo en la contraposición entre el derecho —como es— (o derecho positivo) y el derecho —como debe ser— (o derecho natural, o ideal)”⁷⁵.

73 Lo que no implica que FERRAJOLI propugne por la desaparición del derecho penal. *Ibid.*, pp. 412-420.

74 *Ibid.*, p. 356.

75 *Ibid.*, p. 355.

Pero al tener los principios y valores políticos en forma de derecho positivo, no es dable equiparar la legitimación interna del derecho, es decir su validez, al simple concepto de vigencia, en otras palabras, a la conformidad de la norma con los procesos formales de producción legislativa, sino que la legitimación interna está dada siempre que la norma responda a los principios y derechos, ahora constitucionales. “Esta concepción exclusivamente formal de la validez ciertamente resulta adecuada si se refiere a ordenamientos jurídicos de estructura elemental en los que el legislador es *legibus solutus*, de manera que cualquier norma emanada por los sujetos y en las formas queridos por él es una norma válida. Por el contrario, resulta totalmente insuficiente en los modernos estados constitucionales de derecho, en los que la validez de las normas... reside en su conformidad no solo formal sino también sustancial con normas de rango superior, que no solo regulan las formas sino que dictan también limitaciones de contenido al ejercicio del poder normativo. En estos ordenamientos la validez no depende solo de los aspectos formales de la producción normativa que permite afirmar el —ser— o la existencia de las normas; depende igualmente del significado de los enunciados normativos producidos, y más exactamente de la valoración de la conformidad de su contenido con el —deber ser— jurídico establecido por normas superiores”⁷⁶.

En un sistema normativo de esta clase, al que FERRAJOLI llama “garantista”, se inicia el análisis sobre la pena. Este autor asume como un imperativo inamovible el principio de retribución, el cual trae como consecuencia necesaria, que solamente se sancione penalmente cuando existe un delito de por medio, es decir, que solo se aplica una pena por lo que se ha hecho y nunca por lo que se es, así vemos cómo en este planteamiento se presenta el principio retributivo como garantía, o al menos condición necesaria, de un derecho penal de acto y no de autor. En este orden de ideas, siempre que se imponga una pena siguiendo el criterio retributivo, se estará generando un efecto de prevención general.

El problema estriba en que la prevención general no implica, y de hecho puede superar, el criterio retribucionista, de manera que en aras de lograr un mayor efecto preventivo de la pena, se pueden imponer sanciones que superen cualquier consideración del hecho que se va a reprochar cayendo fácilmente en la construcción de un derecho penal máximo. Por consiguiente, para FERRAJOLI el fundamento de la pena no puede ser otro que el de la retribución, pero no entendido como finalidad, sino como justo criterio de distribución y de aplicación de las penas⁷⁷. La única finalidad válida de la pena es brindarle protección al condenado de la venganza privada; la pena sería un mecanismo institucional orientado a reducir la violencia en la sociedad en la mayor medida posible, violencia que se origina del victimario

76 Ibid.

77 Ibid., p. 368.

hacia la víctima, pero que también puede producirse de la víctima sobre el victimario e incluso del propio Estado sobre el condenado⁷⁸.

“Retribución, —escribe incisivamente ALF ROSS— es, por definición, prevención. Pero no necesariamente lo contrario, dado que se puede prevenir sin retribuir algo: el fin de la prevención, si bien está implicado por el principio retributivo, no lo implica a su vez, pudiendo quedar satisfecho también por el castigo terrorista del inocente. La garantía del carácter retributivo de la pena —en virtud de la cual nadie puede ser castigado más que por lo que ha hecho (y no por lo que es)— sirve precisamente para excluir, al margen de cualquier posible finalidad preventiva o de cualquier otro modo utilitarista, el castigo del inocente, aun cuando se le considere de por sí malvado, desviado, peligroso, sospechoso o proclive al delito...”⁷⁹.

Así pues, el autor diferencia entre el fundamento de la pena en sí —¿por qué castigar?— y el criterio para definir cuándo castigar, advirtiendo que si se tiene exclusivamente la prevención como concepto que cumple estas dos funciones, se eliminan todas las razones que puede tener el derecho penal para sancionar solo en razón de lo que se ha hecho y no en consideración de las características propias del agente. De esta forma, “la idea utilitarista de la prevención, disociada del principio de retribución, se ha convertido en uno de los principales ingredientes del moderno autoritarismo penal...”⁸⁰.

Hasta aquí podemos observar que la discusión sobre el fundamento y finalidad de la imposición de la pena cuenta con variedad de propuestas y argumentos a favor y en contra de cada una, estando el debate totalmente abierto en la actualidad; pero no deja de llamar la atención que la mayoría de discursos al respecto, aunque con importantes aportes, parecen estar orientados a proporcionar explicaciones que llevan —posiblemente sin ser esta la intención de sus autores y tal vez determinadas por la confianza en el sistema penal— a extender la imposición de las penas, es decir, la intervención del derecho penal, de ahí las críticas que a todas ellas se les formula. De hecho solamente LUIGI FERRAJOLI —dentro de los autores referidos en este escrito—, va más allá de pretender crear un argumento sólido que incluya en el discurso los rasgos que actualmente se le reconocen a un derecho penal respetuoso del ser humano, sino que afirma expresamente, que se debe tratar de

78 “Dicho fin supone más bien la protección del débil contra el más fuerte, tanto del débil ofendido o amenazado por el delito, como del débil ofendido o amenazado por las venganzas; contra el más fuerte que en el delito es el delincuente y en la venganza es la parte ofendida... En ambos aspectos la ley penal se justifica en cuanto ley del más débil, orientada hacia la tutela de sus derechos contra las violencias arbitrarias del más fuerte. De este modo los derechos fundamentales constituyen precisamente los parámetros que definen los ámbitos y los límites como bienes, los cuales no se justifica ofender ni con los delitos ni con las puniciones” FERRAJOLI, LUIGI, “*El derecho penal mínimo*”, publicado en Revista Hispano-Latinoamericana de Disciplinas sobre el Control Social, Barcelona, 1986, p. 39.

79 FERRAJOLI, LUIGI, “*Derecho y razón, teoría del garantismo penal*”, Editorial Trotta, Madrid, 2004, p. 369.

80 *Ibid.*

articular propuestas que permitan reducir en la mayor medida posible los ámbitos de aplicación del derecho penal, enfoque que compartimos y a partir del cual se realiza la siguiente exposición.

LOS FINES Y EL FUNDAMENTO DE LA PENA

La Corte Constitucional en la sentencia C-647 del 2001 tratando sobre las penas y su necesidad, se refirió a la prevención general, tanto positiva como negativa y a la prevención especial, entendida como reincorporación a la vida social, como fines de la pena en el Estado colombiano: “La necesidad de la pena exige de ella que sirva para la preservación de la convivencia armónica y pacífica de los asociados no solo en cuanto ella por su poder disuasivo e intimidatorio evite la comisión de conductas delictuales, o por lo menos las disminuya, sino también en cuanto, ya cometidas por alguien, su imposición reafirme la decisión del Estado de conservar y proteger los derechos objeto de tutela jurídica y cumpla además la función de permitir la reincorporación del autor de la conducta punible a la sociedad de tal manera que pueda, de nuevo, ser parte activa de ella, en las mismas condiciones que los demás ciudadanos en el desarrollo económico, político, social y cultural”. Sin embargo, más allá de la realidad de las penas en Colombia —lo cual amerita un estudio más empírico que teórico, como lo es el presente escrito—, el discurso sobre las fines de la pena merece una serie de consideraciones adicionales, al simple hecho de afirmar que todos ellos, por estar recogidos por nuestro Código Penal, deben perseguirse sin más.

Con todo, para lo que sigue debemos retomar entonces, la idea según la cual el derecho penal encuentra legitimidad en cuanto procura proteger bienes jurídicos, los cuales deben tener un referente constitucional válido —en los derechos, valores y garantías constitucionales— para poder ser dotados de tutela penal; pero entendiendo y dimensionando a la vez, que el sistema penal se constituye en un escenario de afectación de esos mismos derechos fundamentales, cuya protección al tiempo pretende —paradoja que resulta insalvable—⁸¹.

Por esta doble dimensión del derecho penal, el sistema jurídico punitivo debe ser estructurado de tal forma que sea posible su legitimación en el marco de un Estado constitucional y democrático de derecho, lo cual no puede suceder si no se edifica como derecho penal mínimo y como derecho penal de acto basado en el principio de culpabilidad.

81 “...la cuestión de si puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal es retórica, ya que el bien jurídico es, como se ha demostrado, el fundamento necesario y constitucional tanto para concebir un deber de protección como para determinar los límites a la intervención y su cálculo preciso” HASSEMER, WINFRIED, “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, publicado en *La teoría del bien jurídico*, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 105.

En esta medida, se debe buscar que el derecho penal tenga la capacidad discursiva y práctica de realizar los valores constitucionales que lo inspiran, al tiempo que se reconoce como un mecanismo cierto de intervención del Estado en la vida en sociedad, cuyos efectos —positivos o negativos— no pueden ser ignorados por quienes tienen la obligación de concretar el respeto a dichos valores por medio de la aplicación de la ley penal; esto pone de presente que, para cualquier determinación sobre la aplicación de sus normas, debe tenerse en cuenta siempre la política criminal del Estado⁸². Así pues, la pena, tiene que fundamentarse de tal forma que al mismo tiempo pretenda la protección y no afectación de los bienes jurídicos constitucionalmente susceptibles de tutela penal —lo que implica necesariamente prevención tanto especial como general—, pero en la medida en que sea estrictamente necesario, de donde resulta esencial mantener como principio político legitimante del Estado y por tanto del derecho penal, el principio de culpabilidad en el entendido de que nadie puede ser penado con fundamento en nada distinto que por los actos realizados, con todas las consecuencias de limitación para el Estado que esto implica.

Debemos retomar entonces lo dicho al principio al preguntarnos, en términos de ROXIN, cuándo es posible sancionar penalmente, a lo cual responderemos de la misma manera que al comenzar este escrito: cuando se hayan afectado aquellas condiciones indispensables para la vida en sociedad, es decir, se haya vulnerado gravemente un bien jurídico tutelado y no exista un mecanismo de control menos gravoso para impedir que esto se repita.

Si el legislador debe articular el catálogo de conductas punibles siguiendo esta máxima, propuesta desde los inicios de la escuela clásica del derecho penal y tomada en cuenta con especial importancia incluso por el funcionalismo moderado, el porqué de la imposición de una pena no puede recaer en la idea de retribución, puesto que como vimos ella no toma en consideración los efectos sociales y personales de la pena, lo cual deja en el panorama para dar la respuesta, a las teorías preventivas. En este sentido, la pena podrá imponerse siempre y cuando una persona haya incurrido con conciencia y voluntad en una conducta típica

82 Cuando hablamos de política criminal, estamos haciendo referencia al concepto de ZIPF, entendiendo que la misión del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, para lo cual se recurre a la pena en cuanto encierra efectos de prevención. ZIPF, HEINZ, *“Introducción a la política criminal”*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1972. Una política criminal bien entendida debe respetar el carácter mínimo y subsidiario del derecho penal, sin confundirse con otro tipo de políticas, como la social y la de seguridad, en virtud de las cuales en no pocas ocasiones, se termina pretendiendo encontrar en el derecho penal soluciones a problemas que escapan de su competencia —bien sea por incapacidad o falta de interés del Estado para recurrir a mecanismos más acertados o por lo menos no tan lesivos—, ya que con este tipo de fenómenos el sistema penal se termina llenando de contenido ideológico, más allá de lo propio del Estado constitucional y democrático de derecho, cayendo en deformaciones como el derecho penal simbólico o de enemigo. BARATTA, ALESSANDRO, *“Entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos”*, publicado en Memorias Foro de Política Criminal, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1998, pp. 27-79.

(principio de culpabilidad) que por las circunstancias sociales y personales que la determinaron sea susceptible de una pena, desde el punto de vista preventivo, tanto general como especial.

De esta forma, afirmaremos entonces que, antes de preguntarse por la necesidad preventiva de la sanción, el juzgador deberá hacerlo respecto de la culpabilidad, y una vez establecida ella, el juez deberá también realizar una consideración mínima sobre la necesidad de la pena, dado que con su sentencia se debe procurar prevenir la afectación futura de bienes jurídicos, al mismo tiempo que debe hacer lo posible para que ella misma no se constituya en una afectación injustificada de derechos fundamentales. Se trata, como lo diría GIMBERNAT, de reconocer al delito antes que como un simple problema de subsunción, como un problema social y político, que merece una respuesta que dé cuenta de tales dimensiones.

Con esto compartimos la propuesta de ROXIN, la cual es coincidente en parte con lo dicho por FERRAJOLI. De acuerdo con el profesor alemán, la discusión científico-empírica alrededor de la libertad del ser humano y por tanto de la culpabilidad pierde sentido para el efecto, dado que lo importante es su conveniencia e imprescindibilidad política —y si se quiere moral con miras a la legitimación externa del derecho, y desde el garantismo también para la corrección interna en términos de validez de las normas—, de tal suerte que la pena no podrá existir nunca sin la culpabilidad y por más difícil que resulte en su prueba o argumentación, jamás podrá ser superior a su grado.

Sin embargo, en el esfuerzo de disminuir los efectos prácticos de la paradoja ya mencionada del derecho penal frente a los derechos fundamentales, se debe permitir —siguiendo a CÓRDOBA RODA y al mismo ROXIN— que por vía judicial se prescindiera de ella por razones de prevención. Y aquí vale la siguiente aclaración: de acuerdo con FERRAJOLI, la retribución siempre implicará un efecto de prevención general —con esto no nos contradecemos—; al imponer la pena, en principio, de acuerdo con el grado de culpabilidad, estaremos siempre ante la retribución, pero no como fundamento de la misma, no como un fin que se puede perseguir legítimamente, sino como simple, pero importante medida para evitar los excesos de la prevención. Es decir, que la prevención general, la cual reconocemos como un concepto algo más difuso que la prevención especial, tendrá en la mayoría de los casos su justificación atada a la pena que se impone por la culpabilidad; en cambio la prevención especial sí aparece como un criterio más palpable, no en el sentido de certeza sobre la posibilidad de corrección o resocialización del individuo, sino como punto de análisis de las consecuencias reales de la imposición de la pena —teniendo en cuenta las características propias del sujeto que se va a sancionar y las condiciones específicas en las que actuó— ponderadas con el daño causado con el delito.

En esta medida, la articulación de las categorías del tipo subjetivo integrado por el dolo y la culpa, los ingredientes subjetivos del delito, la antijuridicidad material, la conciencia de la antijuridicidad y la no exigibilidad de otra conducta, se constituye en la materialización, en la teoría del delito, del principio de culpabilidad. Todos estos conceptos con sus diferentes contenidos y componentes son los que impiden que en nuestro ordenamiento actual sea posible penar solamente por lo que se es, impidiendo así un derecho penal de autor, o solamente por lo que se hace, impidiendo también la responsabilidad objetiva en materia penal. El punto medio entre estos dos extremos es el que nos va a permitir lograr un sistema penal que, al estar vinculado con la realidad social en la que se aplica, no se convierta en una instancia de violencia institucional en la que se violen injustificadamente los derechos fundamentales.

Así, el juez deberá tener en cuenta siempre y con la mayor relevancia posible, las características del sujeto entendido y dimensionado en su entorno social, no para imponer una sanción a partir de lo “peligroso” o “reprochable” de su personalidad —esto no es posible gracias al principio de culpabilidad—, sino para incluir en la determinación de la pena, no solamente respecto de su intensidad pero también frente al hecho mismo de imponerla o no, la consideración alrededor de sus efectos para el caso concreto, es decir, determinar su necesidad de acuerdo con los principios de proporcionalidad y razonabilidad, tal como lo dispone el primer inciso del artículo 3° del Código Penal.

El juez al imponer la sanción debe tener en cuenta además de la intención de la persona (elementos subjetivos del delito y tipo subjetivo), la gravedad real del daño causado (antijuridicidad material) y el contexto social y personal en el que ella actúa (conciencia de la antijuridicidad, exigibilidad de otra conducta), tomando así en consideración un concepto, ya no individual sino social de la culpabilidad como categoría dogmática⁸³, la cual va a permitir incluir en el análisis para ser ponderados, los efectos de la pena en el caso concreto.

Con respecto a la retribución, podemos afirmar entonces que aunque siempre estará presente en la medida en que no podemos prescindir de la culpabilidad, ni como principio, ni como categoría dogmática —aunque esta última como vimos

83 “En consecuencia, la culpabilidad no es un fenómeno individual sino social. . . Lo importante ya no es establecer si un individuo en un momento determinado pudo o no actuar de otra manera. . . El fundamento material de la culpabilidad se encuentra por tanto, en aquellas facultades que permiten al individuo motivarse por la norma penal y participar, así, con el resto de la colectividad en condiciones de igualdad en una vida común pacífica y justamente organizada... la culpabilidad, también los elementos que la integran, es un fenómeno social cuyo fundamento material debe ser de contenido social, fruto de la interrelación humana” CORDOBA, MIGUEL ANGULO, “*Algunas reflexiones sobre el fundamento de la culpabilidad*”, publicado en la Revista Derecho Penal y Criminología Número 37 Volumen XI, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1989, p. 93.

puede ser reformulada—, no podrá ser el fundamento de la pena ni la finalidad última que se ha de perseguir con ella.

A su turno la prevención general, entendida en su forma negativa, tampoco puede ocupar este lugar, por la insalvable objeción desde el punto de vista de la dignidad humana de la que es objeto, mientras que la prevención general positiva o prevención-integración aparece como un fin menos problemático, dada la función del derecho penal en cuanto instrumento de protección de bienes jurídicos a la que hemos hecho referencia, la cual por supuesto nunca podrá tener un alcance punitivo más allá del que permite la culpabilidad. Sin embargo, prevención general negativa y prevención general positiva no parecen ser posibilidades de elección por quienes intervienen en la producción y aplicación del derecho, más allá de ser una herramienta discursiva con la que se podrá intentar explicar una u otra decisión punitiva o de política criminal, en el escenario legislativo o judicial; el que las personas en general se abstengan de cometer delitos como producto del temor a la ley penal o como producto de un profundo proceso de introyección de parámetros de comportamiento o motivación —o si por el contrario no hay efecto disuasivo alguno— dependerá de los mismos destinatarios de la norma, luego la importancia de la discusión en este punto no deja de ser de conveniencia o legitimidad del discurso político y jurídico con el que se intente legitimar la pena o el derecho penal en sí.

Aquí es importante hacer una aclaración. La retribución debemos considerarla, tal como se mencionó, en cuanto efecto colateral e inevitable a la idea de culpabilidad en sus dos manifestaciones, pero no como un fenómeno deseable y por lo tanto mucho menos como fundamento de la pena; mientras que la prevención general, siendo también un efecto que intuimos inherente a la norma penal y a la consecuente imposición de la sanción, sí es un fenómeno deseable en función de la protección de bienes jurídicos, pero tampoco, debido al peligro de exceso de intervención que como fin último implica, podrá tenerse como fundamento de la imposición de la pena.

Sin embargo, la prevención especial —aunque tampoco en sí misma puede servir de fundamento de la privación de la libertad— podrá tener un alcance diferente de las demás funciones, ya que a partir de ella es posible crear un límite al poder punitivo del Estado —en desarrollo de los principios que según nuestro Código Penal deben orientar la imposición de las penas—, entendida como punto de análisis que pretende evitar la desocialización y la afectación injustificada de derechos fundamentales, a pesar de la culpabilidad, mediante la imposición de la sanción penal.

En este sentido entendemos la afirmación de ROXIN anteriormente citada, en cuanto a que “se puede decir que para una concepción moderna la resocialización debe considerarse como el fin principal de la pena”⁸⁴, ya que dejando a un lado la discusión sobre la culpabilidad y la prevención general, es la idea de resocialización, entendida junto con las críticas a ella formuladas, la que permitirá evitar que por medio de la sentencia penal, se terminen violando derechos fundamentales injustificadamente y generando con su aplicación un efecto contrario al que se pretende, es decir, prevenir la afectación de los bienes jurídicos penalmente tutelados.

Podríamos entonces invertir el término; si de lo que se trata, según el concepto de prevención especial, es que la misma persona procesada no vuelva a delinquir (o por lo menos no tan gravemente o en la misma forma), el juez deberá preguntarse cómo la aplicación de la pena producirá este efecto en el caso concreto o si por el contrario, llevará consigo un proceso de desocialización que resulta adverso a los cometidos del derecho penal.

En consecuencia, el juez penal, al momento de determinar la sanción que se va a imponer, podrá abstenerse de ello pese a estar ante una conducta típica, antijurídica y culpable, cuando de acuerdo con el principio de necesidad de la pena, esta no aparezca como necesaria. Solo de esta manera será posible avanzar en el camino propuesto por FERRAJOLI—el cual compartimos—, en el entendido de aceptar la pena como un mal necesario que debe ser reducida en la mayor medida posible⁸⁵.

Para esto y dados los temores que tal situación despierta ante el poder que parece otorgársele al juez, surgen los principios establecidos en el mismo artículo 3° del Código Penal, en cuanto a la necesidad, la razonabilidad y la proporcionalidad, como parámetros que marcan un mínimo de exigencia argumentativa desde el punto de vista constitucional, sobre la justificación de la pena, dados los fines que a ella se le atribuyen y los derechos fundamentales que con su aplicación resultan afectados.

Con esto podemos concluir que ninguno de los fines reconocidos a la imposición de la pena puede fundamentar su existencia, menos, considerándolos por separado; pero su entendimiento y articulación con el principio de necesidad—desde un punto de vista constitucional—, se convierte en una herramienta de suma importancia, para evitar los excesos o daños injustificados con la sanción penal. De esta forma, los fines de la pena no deben entenderse en sentido positivo como pautas para propiciar, más allá de lo estrictamente necesario, la limitación de los derechos fundamentales a través del derecho penal, sino como criterios negativos, cuya

84 ROXIN, CLAUS, “*Iniciación al derecho penal de hoy*”, Secretariado de Publicaciones de Sevilla, 1981, p. 47.

85 Para el autor italiano, dicha tarea es posible atando la pena únicamente a la retribución, en cambio, como se ha explicado, aquí sostenemos como alternativa viable desde el punto de vista constitucional, la importancia de la prevención general en este sentido, pero siempre limitada por la culpabilidad.

conjunción con las categorías dogmáticas que integran la teoría del delito, permiten fortalecer las barreras de contención del poder punitivo.

Esta forma de entender los fines de la pena consagrados en el artículo 4° del Código Penal y el rol que en la argumentación del juez puede llegar a tener la idea de prevención especial con miras a la no imposición de la pena, como materialización de los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, recogidos en el artículo 3° de la Ley 599 del 2000, tiene sustento en el proceso de constitucionalización del ordenamiento penal⁸⁶ y en el desarrollo jurisprudencial —Corte Constitucional— que ha tenido el principio de proporcionalidad entendido como juicio de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto; sin embargo, dicha explicación deberá hacerse en otro momento debido a las limitaciones de espacio.

Por ahora podemos afirmar que, entendiendo la pena como una limitación grave de los derechos fundamentales, el juez debe estar en la obligación de proporcionar en todos los casos una explicación de la misma, desde el punto de vista constitucional en términos de su proporcionalidad, lo que teniendo en cuenta el desarrollo jurisprudencial y doctrinal de dicho principio⁸⁷, implicará igualmente, hacer siempre referencia a su necesidad, para lo cual el juez deberá remitirse a sus fines. En pocas palabras, la limitación contenida en el artículo 3° al análisis judicial de la necesidad de la pena, hace inocuos al mismo tiempo, la consagración de la razonabilidad y de la proporcionalidad, puesto que estos implícitamente también resultan limitados.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, ROBERT, “*Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*”, en Neoconstitucionalismo (s), Editorial Trotta, Madrid, 2005.
- AGUDELO, NÓDIER, “*La estructura del delito en el Nuevo Código Penal*”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
- BARBERIS, MAURO, “*Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral*”, en Neoconstitucionalismo (s), Editorial Trotta, Madrid, 2005.
- BARATTA, ALESSANDRO, “*Entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos*”, publicado en Memorias Foro de Política Criminal, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1998.

86 ALEXY, ROBERT, “*Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*”, GUASTINI, RICCARDO, “*La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*”, y PRIETO, SANCHÍS LUIS, “*Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*”, publicados en Neoconstitucionalismo (s), Editorial Trotta, Madrid, 2005.

87 Algunas sentencias de constitucionalidad relacionadas con el principio de proporcionalidad en materia penal: C-070 y C-118 de 1996, C-148 de 1998, C-370 del 2002, C-205 del 2003.

- BERNAL, CARLOS, “*El derecho de los derechos*”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- BERNAL, CARLOS, “*El neoconstitucionalismo a debate*”, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, Bogotá, 2006.
- CÓRDOBA, MIGUEL, “*Algunas reflexiones sobre el fundamento de la culpabilidad*” publicado en la Revista Derecho Penal y Criminología Número 37 Volumen XI, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1989.
- CÓRDOBA, JUAN, “*Culpabilidad y pena*”, Bosh, Barcelona, 1977.
- FERNÁNDEZ, JUAN, “*Derecho penal liberal de hoy*”, Editorial Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2006.
- FERRAJOLI, LUIGI, “*Derecho y razón, teoría del garantismo penal*”, Editorial Trotta, Madrid, 2004.
- FERRAJOLI, LUIGI, “*El derecho penal mínimo*”, publicado en: Revista Hispano-Latinoamericana de Disciplinas sobre el Control Social, Barcelona, 1986.
- GIMBERNAT, ENRIQUE, “*Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal*” en: Estudios de Derecho Penal, Edit Tecnos, Madrid, 1990.
- GUASTINI, RICARDO, “*La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*”, en Neoconstitucionalismo (s), Editorial Trotta, Madrid, 2005.
- HASSEMER, WINFRIED, “*¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?*” en: *La teoría del bien jurídico*, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2007.
- HEFENDEHL, ROLAND (Editor), “*La teoría del bien jurídico*”, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Barcelona, 2007.
- HOBBS, THOMAS, “*Leviatán: o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil*”, Fondo de Cultura Económica, México, 2005.
- LESCH, HEIKO, “*La función de la pena*”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.
- LÓPEZ, DIEGO, “*El derecho de los jueces*”, Legis, Bogotá, 2002.
- MUÑOZ, CONDE FRANCISCO, “*Derecho penal y control social*”, Temis, Bogotá, 2004.
- PRIETO, SANCHÍS LUIS, “*Positivismo y constitucionalismo*”, Distribuciones Fontamara, México, 1999.
- PRIETO, SANCHÍS LUIS, “*Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*”, en: Neoconstitucionalismo (s), Editorial Trotta, Madrid, 2005.
- ROXIN, CLAUS, “*Política criminal y sistema del derecho penal*”, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1972.
- ROXIN, CLAUS, “*Iniciación al derecho penal de hoy*”, Secretariado de Publicaciones de Sevilla, 1981.
- ROXIN, CLAUS, “*Culpabilidad y prevención en derecho penal*”, Editorial Reus, Madrid, 1981.
- ROXIN, CLAUS, “*Derecho penal: parte general-tomo I*”, Thomson Civitas, Madrid, 1997.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, “*El enemigo en el derecho penal*”, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006.
- ZIPF, HEINZ, “*Introducción a la política criminal*”, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, 1979.

Sentencias

- Corte Constitucional, sentencia C-230 de 1994.
- Corte Constitucional, sentencia C-038 de 1995.
- Corte Constitucional, sentencia C-070 de 1996.
- Corte Constitucional, sentencia C-118 de 1996.
- Corte Constitucional, sentencia C-239 de 1997.
- Corte Constitucional, sentencia C-425 de 1997.
- Corte Constitucional, sentencia C-148 de 1998.
- Corte Constitucional, sentencia C-1410 del 2000.
- Corte Constitucional, sentencia C-647 del 2001.
- Corte Constitucional, sentencia C-370 del 2002.
- Corte Constitucional, sentencia C-205 del 2003.
- Corte Constitucional, sentencia C-551 del 2003.

Normas

Constitución Política de Colombia.

Código Penal colombiano, Ley 599 del 2000.

