

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/336680550>

Temas de derecho penal parte general. Teoría general del derecho penal

Book · September 2019

CITATIONS

10

READS

842

6 authors, including:



Andrés Felipe Duque Pedroza
Universidad Pontificia Bolivariana

10 PUBLICATIONS 18 CITATIONS

[SEE PROFILE](#)



Enán Arrieta Burgos
Universidad Pontificia Bolivariana

53 PUBLICATIONS 46 CITATIONS

[SEE PROFILE](#)



Miguel Díez Rugeles
Universidad Pontificia Bolivariana

1 PUBLICATION 10 CITATIONS

[SEE PROFILE](#)

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



Estudios sobre el poder y la violencia [View project](#)



Sociología jurídica del trabajo [View project](#)

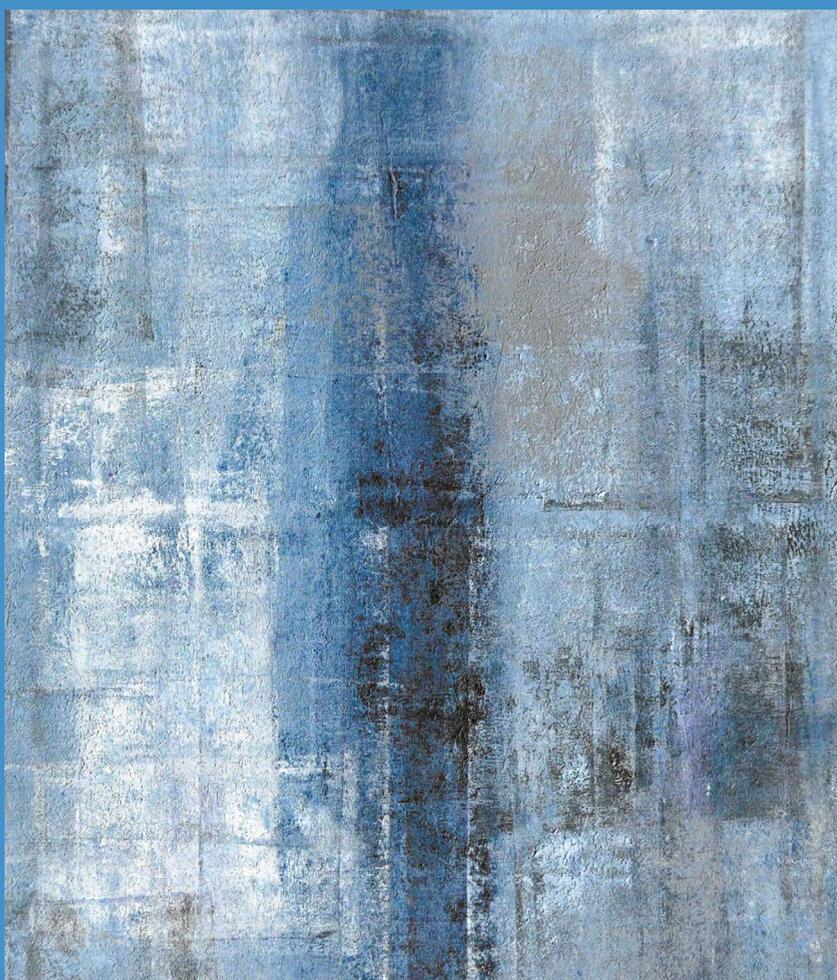
15

COLECCIÓN DE
INVESTIGACIONES
EN DERECHO

Temas de derecho penal parte general

Teoría general del derecho penal

Henry Roberto Solano Vélez / Andrés Felipe Duque Pedroza /
Miguel Díez Rugeles / Enán Arrieta Burgos /
Sebastián Estrada García-Baylles / Juan Pablo Monsalve Marín



Grupo de Investigaciones
en Sistema y Control Penal (Giscope)
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas



Autores

Henry Roberto Solano. Abogado, doctor en Filosofía (*summa cum laude*) y profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana. Becario Líder de la Fundación Carolina, año 2003. Coordinador del área de Derecho Penal, profesor de Introducción al Derecho y de Derecho Penal de esa misma Universidad. Correo electrónico: henry.solano@upb.edu.co

Andrés Felipe Duque Pedroza. Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana, especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, magíster en Derecho Penal de la Universidad EAFIT, candidato a doctor en Derecho de la Universidad Santo Tomás. Profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana. Correo electrónico: andresf.duque@upb.edu.co.

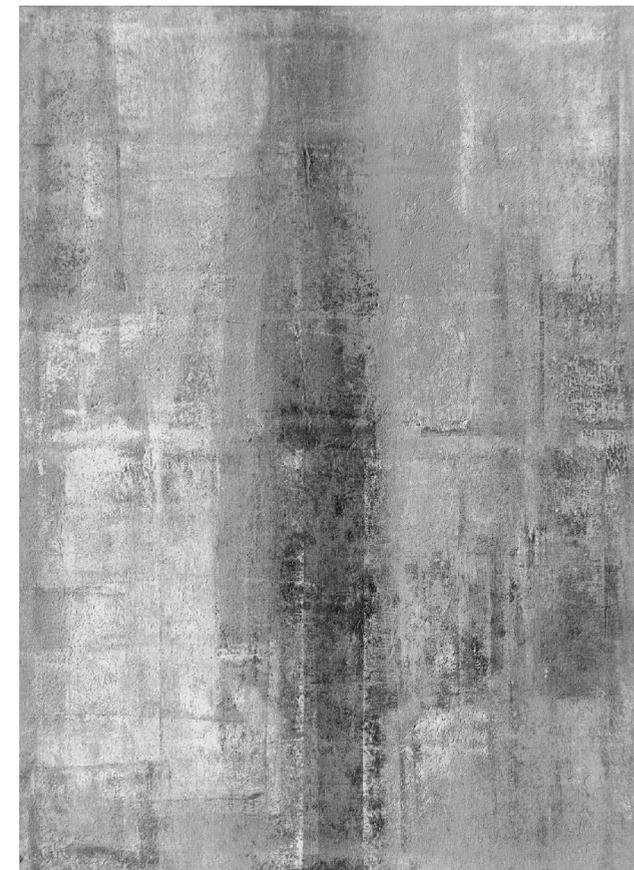
Miguel Díez Rugeles. Abogado, especialista en Derecho Penal y Procesal Penal y profesor asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana. Correo electrónico: miguel.diez@upb.edu.co

15

COLECCIÓN DE
INVESTIGACIONES
EN DERECHO

Temas de derecho penal parte general

Teoría general del derecho penal



Autores:

Henry Roberto Solano Vélez / Andrés Felipe Duque Pedroza /
Miguel Díez Rugeles / Enán Arrieta Burgos /
Sebastián Estrada García-Baylles / Juan Pablo Monsalve Marín

345
T278

Temas de derecho penal parte general. Teoría general del derecho penal / Henry Roberto Solano Vélez y otros 5 –. Medellín: UPB, 2019.

184 p., 17 x 24 cm.

ISBN: 978-958-764-723-5 / 978-958-764-724-2 (versión web)

1. Derecho penal – 2. Política criminal – I. Solano Vélez, Henry Roberto, autor – II. Título

CO-MdUPB / spa / rda
SCDD 21 / Cutter-Sanborn

© Henry Roberto Solano
© Andrés Felipe Duque Pedroza
© Miguel Díez Rugeles
© Enán Arrieta Burgos
© Sebastián Estrada García-Baylles
© Juan Pablo Monsalve Marín
© Editorial Universidad Pontificia Bolivariana
Vigilada Mineducación

Temas de derecho penal parte general. Teoría general del derecho penal

ISBN: 978-958-764-723-5

ISBN: 978-958-764-724-2 (versión web)

Primera edición, 2019

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Grupo de Investigaciones en Sistema y Control Penal (Giscope). Línea de investigación fundamentos teóricos del derecho penal y procesal penal. Proyecto: "Lineamientos filosóficos y científicos de la Parte General del Derecho Penal (I). Teoría General del Derecho Penal". Radicado CIDI No. 022C-02/18-82

Gran Canciller UPB y Arzobispo de Medellín: Mons. Ricardo Tobón Restrepo

Rector General: Pbro. Julio Jairo Ceballos Sepúlveda

Vicerrector Académico: Álvaro Gómez Fernández

Decano Escuela de Derecho y Ciencias Políticas: Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Editor: Juan Carlos Rodas Montoya

Coordinación de Producción: Ana Milena Gómez Correa

Diagramación: Martha Lucía Gómez Zuluaga

Corrección de Estilo: Enán Arrieta Burgos y demás autores

Imagen Portada: t30gallery

Dirección Editorial:

Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, 2019

Correo electrónico: editorial@upb.edu.co

www.upb.edu.co

Telefax: (57)(4) 354 4565

A.A. 56006 - Medellín - Colombia

Radicado: 1851-08-05-19

Prohibida la reproducción total o parcial, en cualquier medio o para cualquier propósito, sin la autorización escrita de la Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.



Tabla de contenido

Prólogo	9
Capítulo I. Saberes y perspectivas penales.....	11
Introducción.....	11
1 Ubicación de los saberes y de las perspectivas penales.....	11
1.1 La ciencia del derecho penal y el lugar de la dogmática penal.....	12
1.2 Las ciencias alrededor del derecho penal y el lugar de la criminología	15
1.3 Los saberes o perspectivas sobre el derecho penal y el lugar de la política criminal.....	19
1.4 Hacia un intento de síntesis	21
2 Dogmática jurídico penal	23
2.1 Definición.....	23
2.2 Objeto de estudio	26
2.3 Método de estudio.....	28
3 Criminología	37
3.1 Definición y objeto.....	37
3.2 Tendencias de la criminología	38
3.3 Método	42
4 Política criminal	44

4.1 Definición	44
4.2 Clases de política criminal	45
5 Relaciones entre la dogmática, la criminología y la política criminal.....	48
Capítulo II. El derecho penal en sentido subjetivo (<i>ius puniendi</i>)	53
Introducción	53
1 Titularidad y fases de ejercicio	54
2 Naturaleza jurídica del <i>ius puniendi</i>	55
3 Principios del derecho penal o límites al ejercicio del <i>ius puniendi</i>	61
3.1 Definición y clasificación.....	61
3.2 ¿Son los principios del derecho penal verdaderos principios?	63
3.3 Principios y normas rectoras.....	67
3.4 Estudio pormenorizado de los principios del derecho penal.....	68
Capítulo III. El derecho penal en sentido objetivo (<i>ius poenale</i>)	117
Introducción	117
1. Concepto.....	118
2. Características del derecho penal en sentido objetivo.....	120
2.1 El derecho penal en sentido objetivo es derecho público.....	121
2.2 El derecho penal en sentido objetivo tiene una vigencia con marcado carácter judicial.....	124
2.3 El derecho penal en sentido objetivo es teleológico o finalista	124
2.4 El derecho penal en sentido objetivo es garantizador, garantista o demoliberal.....	126
2.5 El derecho penal en sentido objetivo es fragmentario.....	127
2.6 El derecho penal en sentido objetivo tiene un carácter de ultima ratio	127
2.7 En el ordenamiento jurídico colombiano el derecho penal es monista.....	128
2.8 El derecho penal en sentido objetivo es valorativo y normativo.....	128
2.9 El derecho penal en sentido objetivo es absolutamente independiente en sus efectos y relativamente dependiente en cuanto a sus presupuestos.....	129

3 Clasificación del derecho penal en sentido objetivo	130
3.1 Atendiendo a la materia objeto de regulación	130
3.2 Atendiendo a la conducta regulada.....	136
3.3 Atendiendo al sujeto destinatario	140
4 Fuentes del derecho penal en sentido objetivo	143
5 Teoría de la norma penal.....	145
5.1 La teoría de las normas propuesta por Karl Binding	147
5.2 La teoría de las normas de cultura de Max Ernst Mayer	147
5.3 La teoría dualista de las normas penales	148
5.4 Algunas consecuencias de la relación entre la naturaleza de la norma penal y las teorías del delito y de la pena.....	149
6 Estructura de la norma penal.....	153
7 Ámbitos de vigencia de las normas penales	154
7.1 Ámbito de vigencia temporal	155
7.2 Ámbito de vigencia espacial.....	163
7.3 Ámbito de vigencia personal.....	166
7.4 Apéndice. Algunos apuntes sobre la extradición.....	169
Referencias	174

P

Prólogo

El Grupo de Investigaciones en Sistema y Control Penal (Giscope) de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, en el marco del proyecto de investigación “Lineamientos filosóficos y científicos de la Parte General del Derecho Penal (I). Teoría General del Derecho Penal”, radicado CIDI No. 022C-02/18-82, se complace en presentar a la comunidad académica, como producto de dicho proyecto, este libro, relativo, según su título lo indica, a *Temas de derecho penal parte general, teoría general del derecho penal*.

El texto, en rigor, se halla dividido en tres capítulos, destinados, en su orden, al estudio de (i) los saberes y perspectivas penales; (ii) el derecho penal en sentido subjetivo; (iii) el derecho penal en sentido objetivo. Se trata de un escrito elaborado y enriquecido, a partir de las reflexiones del profesor Solano en sus cursos, en coautoría por distintos profesores del Área de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la UPB y de miembros del Grupo de Investigaciones mencionado.

Como necesaria introducción a los temas aquí analizados, nos permitimos remitir al lector al escrito “Nociones introductorias a un curso de derecho penal-Parte general” del profesor Henry Roberto Solano Vélez, publicado, en el año 2008, en el No. 109 de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín.

Los Autores

S

Capítulo 1: Saberes y perspectivas penales

Introducción

Este capítulo tiene por objeto los saberes y las perspectivas que se ocupan de estudiar el derecho penal. Así, en primer lugar, mostraremos el lugar que ocupan estos en el contexto general del pensamiento jurídico y social. En un segundo momento, estudiaremos la dogmática penal como expresión característica de la ciencia del derecho penal. En tercer lugar, analizaremos la criminología y la política criminal como saberes a partir de los cuales es posible establecer un diálogo entre las ciencias penales, sociales y humanas.

1. Ubicación de los saberes y de las perspectivas penales

Si el derecho, como afirma Reale (1993a; 1993b), es hecho, valor y norma, el fenómeno jurídico puede estudiarse desde tres dimensiones distintas. El derecho, así, se explicita en la norma, surge de un proceso valorativo y acontece como un hecho generador de otros hechos.

Pues bien, los saberes que se ocupan de la dimensión *normativa* del derecho, esto es, los que suelen integrar la denominada “ciencia del derecho”, centran su atención en la *validez* del derecho. De este modo, analizan las relaciones entre normas jurídicas. Los saberes que fijan su objeto de estudio en la dimensión *fáctica* de la norma jurídica gravitan en torno a la pregunta por la *eficacia* del derecho. Describen, de esta manera, las relaciones entre las normas jurídicas y las costumbres, usos, prácticas o convenciones sociales. Los saberes que se encargan de analizar la dimensión *valorativa* o *axiológica* del derecho indagan por la legitimidad de los mandatos jurídicos. Así, evalúan las relaciones entre las normas jurídicas y la moral.

Conviene ubicar los saberes penales bajo este horizonte, no sin antes advertir que tal demarcación, en atención a las tres dimensiones del fenómeno jurídico, busca denotar, en términos pedagógicos, la complejidad de la cuestión penal. Solo si se reconoce esta complejidad, es posible preguntar, de forma genuina, por la verdad integral y, solo si se interroga adecuadamente, será posible arriesgar respuestas que yuxtapongan las visiones parciales de los saberes penales. De esta manera, más que regionalizar el conocimiento, interesa mostrar, siguiendo a Ortega y Gasset (2005), la potencia epistémica de la sumatoria de perspectivas.

1.1 La ciencia del derecho penal y el lugar de la dogmática penal

Al margen de la discusión sobre el estatuto científico del derecho, digamos que la ciencia del derecho se integra por un conjunto de saberes que se ocupan de estudiar la dimensión normativa del fenómeno jurídico. Se trata de una reconstrucción sistemática, parcial por definición y, que será tanto más completa y abstracta, cuanto logre sintetizar la mayor cantidad de fenómenos en un número reducido de principios o conceptos fundamentales. Así las cosas, del estudio de la dimensión normativa del fenómeno jurídico, es decir, de las relaciones entre las normas jurídicas, y solo entre estas, se ocupan la teoría general del derecho, las teorías generales particulares y las dogmáticas particulares.

Estos tres niveles de abstracción teórica tienen por gramática común la validez jurídica, de modo que sirven para determinar si las conductas humanas –incluyendo las normas jurídicas como expresiones de estas– contradicen o no lo dispuesto por el derecho. Así, la ciencia del derecho contribuye

a la tarea de interpretar y aplicar el derecho vigente, preguntándose por la forma adecuada cómo debe atribuírsele sentido a un comportamiento humano, esto es, clasificándolo como típico o atípico, delictivo o no delictivo, legal o ilegal, lícito o ilícito, jurídico o antijurídico, conforme a derecho o no conforme a derecho, entre otras formas binarias de codificación normativa de los fenómenos jurídicos. En una suerte de simplificación excesiva, podría decirse, de esta manera, que la ciencia del derecho, en sus tres niveles de abstracción, sirve para evaluar el ser al trasluz del deber ser prescrito por las normas jurídicas.

En este orden de ideas, retomando la conceptualización propuesta por Solano (2016), recordemos que, en el primer nivel de abstracción de la ciencia del derecho, encontramos a las dogmáticas jurídicas particulares. Estas buscan reconstruir, sistemáticamente, un derecho positivo en particular, con miras a establecer qué es lo prescrito por este derecho, respecto de quiénes se encuentra prescrito y bajo qué circunstancias (Guastini, 2011). De esta manera, los estudios de dogmática penal versan sobre una realidad normativa exclusiva de un derecho penal positivo en particular. Propiamente hablando, aquí se ubicarían los estudios referidos a algunos elementos normativos de la parte general de un derecho penal positivo, a determinadas conductas punibles contempladas en este (penal especial) y a sus particulares procedimientos (procesal penal, penitenciario), por mencionar algunos ejemplos.

Por su parte, las teorías generales particulares se ubican en el segundo nivel de abstracción de la ciencia del derecho. Estas teorías se encargan del estudio de los conceptos jurídicos que resultan comunes a una misma parcela de todos los derechos positivos existentes y posibles. Así, de acuerdo con Solano (2008), una teoría general particular del derecho penal debe abordar, cuando menos, tres preguntas: ¿Qué es el derecho penal? ¿Qué es la conducta punible? ¿Cuáles son las consecuencias jurídico penales derivadas de la conducta punible?

Las respuestas a estos interrogantes dan lugar a una tríada conformada por la teoría general de la norma penal, la teoría de la conducta punible y la teoría de las consecuencias jurídico penales derivadas de la conducta punible.

Desde esta óptica, las teorías generales particulares poseen un mayor nivel de abstracción en comparación con las dogmáticas particulares, en tanto que,

trascienden, las realidades normativas individualmente consideradas, de modo que sus reconstrucciones sistémicas aplican para todos los derechos positivos de una misma parcela jurídica. Sin embargo, estas teorías no alcanzan el nivel de abstracción de la teoría general del derecho, puesto que solo analizan conceptos jurídicos comunes a una parcela del ordenamiento jurídico, y no a todas.

A su turno, la teoría general del derecho se ubica en el tercer y máximo nivel de abstracción de la ciencia del derecho. Dicha teoría se ocupa, principalmente, del estudio del concepto de derecho y de los conceptos jurídicos fundamentales, esto es, de aquellas formas comunes a todas las parcelas de todo derecho positivo existente y posible. Así, por ejemplo, serán fundamentales los conceptos jurídicos de sanción, acto ilícito, deber jurídico, obligación, carga, derecho subjetivo, persona, responsabilidad, entre otros.

Por ende, para entender el fenómeno jurídico en la totalidad de su parcial dimensión normativa, se debe asumir que la teoría general del derecho constituye una condición necesaria, aunque no suficiente, para la construcción coherente y consistente de teorías generales particulares y para la fundamentación de una rigurosa dogmática penal. Así, solo es posible comprender el contenido de un derecho positivo en particular, si previamente se conocen las formas que le dan sentido. Por ejemplo, el entendimiento de cualquier figura delictiva presupone la comprensión del delito y, solo puede comprenderse lo que es el delito, si, previamente, se entiende lo que es el acto ilícito. De este modo, la ciencia del derecho fundamenta el concepto de acto ilícito a través de la teoría general del derecho, precisa categorialmente el delito con el apoyo de la teoría general particular del derecho penal y ayuda a definir el comportamiento delictivo apelando a los estudios dogmáticos de derecho penal referidos a un derecho positivo en particular.

De igual forma, por ejemplo, es claro que, para entender en qué consiste una determinada causal de nulidad del procedimiento penal colombiano, se requiere entender en qué consiste el debido proceso y, para apropiarse de ambos conceptos, resultan útiles, entre otras, las nociones de acto ilícito, sanción y derecho subjetivo.

En resumidas cuentas, aunque la mayor parte de los tratados de derecho penal reducen la ciencia del derecho penal a la dogmática, no debemos pasar por alto que, en estricto sentido, la ciencia del derecho penal sienta sus

bases en todos los niveles de abstracción teórica de la ciencia del derecho¹. En consecuencia, aunque en este capítulo profundizaremos en la dogmática penal, no sobra decir que todo estudio riguroso presupone la comprensión de la teoría general particular del derecho penal y el entendimiento de la teoría general derecho.

Ahora bien, como señala Solano (2016), la ciencia del derecho –y la ciencia del derecho penal como parte de esta– no es la única perspectiva a partir de la cual es posible observar el fenómeno jurídico. Si la ciencia del derecho penal observa la norma jurídica desde adentro, en su dimensión puramente normativa, son otros los saberes y las perspectivas que se ocupan de observarla desde afuera, en sus dimensiones fáctica y valorativa. La cuestión pasa, pues, por el lugar en el que se sitúe el observador.

1.2 *Las ciencias alrededor del derecho penal y el lugar de la criminología*

Los saberes que se configuran como ciencias alrededor del derecho penal se ubican, por definición, por fuera del pensamiento jurídico. Se les encuentra, con mayor facilidad, en las ciencias sociales que estudian el derecho como un hecho. La antropología, la psicología y la sociología jurídicas, así como la historia del derecho, entre otras disciplinas, pueden categorizarse como saberes a medio camino entre el derecho y las ciencias sociales. Más allá de si se trata o no de disciplinas autónomas o dependientes de las ciencias matrices, todos estos saberes interrogan la dimensión fáctica de los fenómenos jurídicos.

La antropología jurídica se ocupa de estudiar, por una parte, las formas de constitución jurídica del individuo y, por otro lado, el derecho, sobre todo el derecho consuetudinario, como realidad cultural de comunidades que, supuestamente, poseen un nivel de “desarrollo” distinto al nuestro. Desde la primera perspectiva, tenemos que, al ser el hombre un animal metafísico, en tanto que despliega su vida en un universo de signos, su identidad no solo depende de factores biológicos, sino, también, de factores cultu-

¹ Una muestra de los rendimientos, que se siguen de aplicar la teoría general del derecho y la teoría general particular del derecho penal a los estudios dogmáticos, puede verse, a propósito del tipo penal de estafa, en el texto de Solano (2018).

rales como el derecho. De este modo, las formas de constitución jurídica del individuo, a través de las normas que lo objetivan y lo subjetivan, también definen lo que este es –y no es–. Así, el derecho cumple una función antropológica puesto que, como indica Supiot (2005), aun antes de nacer, incluso antes de que puedan decir “yo”, algunos individuos –no todos– han sido definidos como sujetos de derechos. Desde la segunda perspectiva, la antropología jurídica estudia, a partir del reconocimiento de la multiculturalidad, las formas de organización jurídica de las diferentes civilizaciones².

La psicología jurídica, entendida como psicología del derecho, psicología en el derecho y psicología para el derecho, se ocupa de analizar, entre otras cuestiones, cómo la norma jurídica incide en los procesos psíquicos que estructuran la conducta humana. Así, el estudio de las motivaciones y de la personalidad, al igual que el diagnóstico y tratamiento de las consecuencias psicosociales de los fenómenos jurídicos, constituyen, entre otros, elementos de interés para quienes se dedican a esta rama de la psicología social³.

La historia del derecho tiene por objeto de estudio los ordenamientos jurídicos del pasado, bien sea para explicar la evolución de una institución jurídica (estudios diacrónicos), ora para describir las fuentes y operadores del derecho vigente en una época y lugar determinados (estudios sincrónicos)⁴. Así, pues, el historiador del derecho, parafraseando a Ortega y Gasset (2004), fija su mirada, desde la distancia temporal, en la norma jurídica quieta, petrificada.

La sociología jurídica observa la norma jurídica como un hecho social estructurado por hechos y estructurador de otros hechos. Esta *factum* complejo, que es la norma jurídica como fragmento de estructura estructurada y de estructura estructurante, se estudia como parte de configuraciones sociales más amplias, esto es, siempre en función de la intertextura humana que llamamos sociedad. Por ello, a la sociología jurídica no le interesa la dimensión fáctica del fenómeno jurídico individualmente considerado, sino

que se preocupa, más bien, por el entendimiento global de este fenómeno en el marco de las relaciones sociales de diferenciación e interdependencia que hacen posible tanto el orden (reproducción social) como el cambio (transformación social) de una sociedad⁵.

En este orden de ideas, siendo la criminología nuestro principal interés, digamos que, para ubicarla correctamente, es preciso ensayar una definición de la sociología jurídico penal⁶. Así, la sociología jurídico penal tiene por objeto de estudio la facticidad de la norma penal con miras a explicar su etiología social y los comportamientos, desviados y reactivos, que se generan a partir de esta. El derecho penal como forma de control social, las causas y efectos sociales de las transgresiones a la norma jurídico penal y las estrategias de criminalización de tales transgresiones son, pues, las principales preocupaciones de esta rama de la sociología jurídica.

Con este panorama, es posible ubicar la criminología en la sociología jurídico penal. Así, la criminología, que también suele identificarse con el nombre de sociología criminal, constituye, a no dudarlo, el saber que, en los manuales de derecho penal, se destaca entre aquellos que abordan la dimensión fáctica de la cuestión penal. Es por esta razón que, posteriormente, ahondaremos en ella. Sin embargo, no sobra advertir que la criminología es, apenas, una subparcela de una, entre varias disciplinas, que indagan por el *factum* de la norma penal.

Vista así, la criminología es, escasamente, una mirada a un tipo de incumplimiento o ineficacia del derecho que conocemos con el nombre de conducta punible y que, desde luego, no es la única forma de defraudación de las expectativas normativas tuteladas por el ordenamiento jurídico. De hecho, la criminología tampoco hace uso de todos los instrumentos teóricos y metodológicos de la sociología jurídica, como lo serían, por ejemplo,

² La definición propuesta adapta las versiones de Supiot (2005) y Bix (2009).

³ Con esta conceptualización procuramos integrar las definiciones de Arrieta (2016) y Soria, Garrido, Rodríguez y Tejedor (2006).

⁴ Se trata de una adaptación de las definiciones que, de historia del derecho, plantean Coing (1982) y Gaviria (2012).

⁵ La definición que exponemos busca integrar los conceptos de sociología propuestos por Bauman y May (2001), Giddens (2006), Adorno y Horkheimer (1969), con la definición de sociología jurídica propuesta por Cotterrell (1991).

⁶ Al igual que Baratta (2004), diferenciamos la sociología jurídica penal de la criminología entendida como sociología criminal, sin embargo, nos distanciamos del italiano en tanto que, a nuestro juicio, la criminología no es un campo independiente de la sociología jurídico penal, sino que hace parte de esta.

los que suministran la semiótica jurídica⁷ y el análisis económico del derecho⁸. Más aún, la criminología ni si quiera abarca la totalidad del espectro de la sociología jurídico penal, toda vez que se circunscribe al análisis de la conducta desviada, haciendo a un lado el estudio del comportamiento social de los creadores e impositores de las normas. Incluso, para quienes entienden que la victimología es una disciplina autónoma y distinta de la criminología, esta, únicamente, explica la conducta desviada desde la óptica del transgresor, omitiendo valorar, adecuadamente, el rol de la víctima del delito⁹.

Más bien, habría que reconocer que la criminología, entendida como sociología criminal, se enriquece con la ayuda de las otras disciplinas sociales que giran alrededor del derecho penal. No en vano, los estudios diacrónicos son útiles para el entendimiento histórico de la conducta desviada, las teorías de la personalidad sirven para caracterizar al transgresor y la pena es posible entenderla como una forma de subjetivación y objetivación jurídica del individuo.

De esta manera, en la órbita del derecho penal, es posible hablar de una sociología jurídico penal, de una historia del derecho penal e, incluso, de una antropología jurídico penal y de una psicología de similar naturaleza, siendo la criminología una expresión característica de la primera, pero que se nutre de las demás disciplinas.

⁷ La discusión sobre la autonomía disciplinar de la semiótica jurídica respecto de la sociología jurídica es honda y compleja. Para autores como Moya (2017), la semiótica jurídica o semiótica de la justicia, si bien presenta sinapsis con la sociología jurídica, se diferencia de esta en tanto que aquella tiene por objeto de estudio los signos, la comunicación y el sentido del Derecho que se entretienen, no solo entre los operadores jurídicos, sino, también, en el seno de la comunidad. Si se quiere, en nuestra opinión, la semiótica jurídica estaría a mitad de camino entre la ciencia del derecho y las ciencias alrededor del derecho.

⁸ Sobre el particular pueden consultarse los textos de Becker (1968) y Goldman (2017)

⁹ Al respecto puede verse el criterio de Márquez (2011). Una posición distinta, que ubica la victimología en el interior de la criminología, puede consultarse en el texto de Fattah (2000).

Para cerrar, en una especie de sobresimplificación, podría afirmarse que, si la ciencia del derecho permite juzgar el ser de conformidad con el deber ser prescrito en la norma jurídica, las ciencias alrededor del derecho son útiles para evaluar el deber ser prescrito en la norma jurídica al trasluz de lo que este es, efectivamente, para el individuo, su psiquis, pasado y vida social.

1.3 Los saberes o perspectivas sobre el derecho penal y el lugar de la política criminal

La dimensión valorativa o axiológica de la norma jurídica constituye el objeto de estudio de la estimativa y la política jurídicas.

La estimativa jurídica, que algunos identifican con la filosofía del derecho (Noguera, 2005), se encuentra referida a los fines o valores que se persiguen con las normas jurídicas¹⁰. En una palabra, la estimativa jurídica o “filosofía del derecho” se interroga por la relación entre la justicia y la norma jurídica (Kaufmann, 1997). El derecho como derecho justo, el derecho sin justicia (mera violencia) y la justicia sin derecho son las tres grandes líneas de aproximación de lo que suele llamarse “filosofía del derecho”¹¹.

La política jurídica explora las relaciones entre el derecho y el poder, fijando su mirada en los medios normativos a través de los cuales es posible conducir las conductas humanas. De esta manera, la política jurídica explicita los fines que persigue una determinada sociedad y propone los medios para su consecución, revisando su idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Ambos saberes poseen una inquietud en común: la legitimidad de las normas jurídicas. En torno a esta, se sitúan en una altura superior al derecho, porque lo crean (política jurídica) o lo juzgan (estimativa). Se diferencian, sin embargo, en la forma cómo interrogan y responden a esta cuestión. Mientras que la estimativa jurídica entiende por legítimo aquello que es *correcto* –sea lo que esto signifique–, la política jurídica entiende por legítimo aquello que es útil o conveniente. Se trata, pues, de sensibilidades distintas. En el caso de la estimativa, hablaríamos de un saber especulativo, mientras

¹⁰ Respecto del contenido valorativo de las normas jurídicas y sus incidencias interpretativas y argumentativas puede verse el texto de Wróblewski (2001).

¹¹ Sobre esta última variante puede verse el texto de Ruiz (2013).

que, en el caso de la política jurídica –y de la política criminal–, hablaríamos de un supuesto “saber práctico”.

Esta clasificación, reconocemos, no deja de ser problemática y persigue, más bien, una finalidad pedagógica.

Es problemática, en primer lugar, porque, como afirma Solano (2016), la filosofía del derecho, más que un saber, puede entenderse como la apreciación del derecho, en tanto que objeto cultural, desde una perspectiva universal. De esta manera, si la filosofía es un conocimiento con pretensiones de totalidad, se trataría, no de un saber, sino de una perspectiva universal para la apreciación de la realidad en su totalidad o en una de sus partes. En este sentido, el derecho, al formar parte de la realidad, puede ser apreciado en perspectiva filosófica, pero sería impreciso hablar de un saber con el nombre de “filosofía del derecho”. Así, la aproximación filosófica que toma al derecho por objeto de estudio busca establecer la relación entre este y la totalidad de lo real. Por ello, la filosofía del derecho “ha de ocuparse de estudiar el derecho (la parte) desde la perspectiva del todo; debe, por tanto, preguntarse por cómo una determinada postura sobre el *ser*, sobre la totalidad envolvente, repercute en el mundo jurídico” (Solano, 2016, p. 283).

Sea como fuere, la filosofía del derecho debe diferenciarse de la ciencia del derecho y de las ciencias alrededor del derecho. En todo caso, entendida bien sea como un saber o como una perspectiva, la filosofía del derecho aplicada al campo penal o, si se quiere, la filosofía del derecho penal, interroga la legitimidad del castigo. Así, la legitimación o deslegitimación axiológica del derecho penal encuentra, en las teorías sobre los fines de la pena, su máxima expresión. A partir de estas teorías es posible establecer un vínculo entre la filosofía del derecho penal y los demás saberes penales. El nexo con la dogmática radica en el hecho de que esta, al ocuparse del estudio del derecho penal positivo, no puede perder el horizonte trazado por los fines de la pena.

El vínculo con la criminología viene dado por el hecho de que esta tiene por misión verificar el plano del deber ser con el del acontecer, contrastando las funciones de la pena con los fines de la misma. La relación con la política criminal se debe a que, en la respuesta social al crimen, la pena en particular, y el sistema penal en general, son instrumentos normativos que se emplean con este propósito.

Nuestra exposición con fines pedagógicos es problemática, en segundo lugar, porque bien podría ponerse en duda el estatuto epistemológico de la política jurídica y, por ende, de la política criminal. Aunque los manuales de derecho penal omiten esta discusión, a nuestro juicio, la política criminal no sería, propiamente, un saber, sino una expresión del poder. Desde luego, como recuerda Foucault (1975; 2013; 2015), todo poder se vincula con un saber, pero no se confunde con este. Así, en nuestra opinión, la política criminal es expresión de un poder que, en su ejercicio, forja relaciones de saber-poder con la ciencia del derecho, las ciencias alrededor del derecho y la filosofía. Estos saberes y perspectivas le suministran, al poder punitivo, el suplemento de racionalidad que le falta.

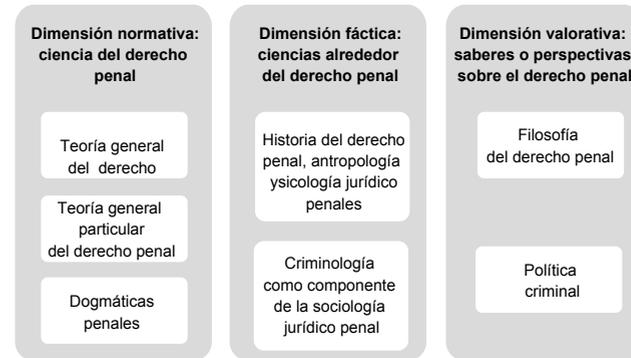
Al margen de que consideramos acertadas las objeciones propuestas por Solano (2016) y las que aquí estimamos necesario consignar, es común encontrar, en los tratados de derecho penal, un apartado dedicado a la política criminal como materialización de los saberes jurídicos axiológicos referidos al campo penal. Lo anterior, teniendo en cuenta que la política criminal se propone por fin dar respuesta al crimen y elige los medios adecuados para conseguirlo. Así, para valorar, en forma racional qué medios deben elegirse, hay que acudir a la interpretación de las normas legales y, sobre todo, constitucionales de cada país (ciencia del derecho); así como a la descripción empírica del delito (ciencias alrededor del derecho penal); para realizar, de esta manera, juicios pragmáticos, de conveniencia o proporcionalidad.

Para concluir, podría sostenerse que los saberes y perspectivas que analizan la dimensión valorativa o axiológica del fenómeno jurídico indagan por el deber ser del deber ser del derecho, es decir, por el carácter ideal, en términos de corrección o conveniencia, que debe reunir el derecho positivo para ser considerado justo.

1.4 *Hacia un intento de síntesis*

Aunque la mayor parte de tratados de derecho penal mezclan la dogmática, la criminología y la política criminal so pretexto de una ciencia penal global o integrada, vale la pena problematizar lecturas de este corte. Un esquema que aportaría mayor precisión, aunque no zanjaría todas las cuestiones, sería el siguiente:

Gráfico 1. El lugar de los saberes y de las perspectivas penales frente al fenómeno jurídico penal



Fuente: elaboración propia.

Así las cosas, los saberes y perspectivas penales se conjugan en plural.

Ahora bien, siendo los aportes de Solano (2008; 2016; 2018) una muestra aplicada de teoría general del derecho y de teoría general del derecho penal y, siendo este libro, también, un análisis a medio camino entre la Teoría General Particular del Derecho Penal y la dogmática del derecho penal colombiano, restaría por estudiar esta última, con mayor detalle, en lo que respecta a la ciencia del derecho. De igual modo, en atención al carácter fragmentario de las ciencias que rodean al derecho penal y debido a que es posible ilustrar, con otros textos, aproximaciones de psicología jurídico penal e historia del derecho penal (Arrieta, 2016a), así como de antropología (Arrieta, 2016b) y sociología jurídico penales (Arrieta, 2017; Arrieta y Duque, 2018); en lo sucesivo solo abordaremos la dimensión fáctica del derecho penal a partir de los estudios criminológicos. Finalmente, y puesto que nos parece suficiente la perspectiva filosófica que, sobre el derecho, propone Solano (2012a; 2016), bastaría, para agotar la dimensión valorativa, dedicar algunas líneas a la política criminal.

El estudio pormenorizado de la dogmática penal, la criminología y la política criminal es lo que sigue a continuación.

2. Dogmática jurídico penal

2.1 Definición

La dogmática jurídico penal se puede definir, de forma sintetizada, como la disciplina que, en principio, se ocupa del estudio de un derecho penal positivo en particular (Velásquez, 2017). Por ello, no nos sorprende la afirmación de Luis Jiménez de Asúa (1957) cuando indica que la dogmática jurídico penal se ocupa de reconstruir científicamente el derecho penal positivo.

Esta reconstrucción científica puede realizarse de distintas maneras. Acogiendo la clasificación propuesta por Alexy (1997), los estudios dogmáticos pueden limitarse a describir el derecho positivo vigente, pero, también, pueden trascender esta descripción, proponiendo conceptos y elaborando inferencias lógicas entre estos. Asimismo, es posible encontrar estudios dogmáticos que describan y conceptualicen el derecho vigente y que, adicionalmente, arriesguen propuestas de solución a casos jurídicos hipotéticos que resultan problemáticos. Es por esta razón que Alexy (1997) identifica, respectivamente, tres dimensiones de la dogmática del derecho, de acuerdo con el interés de quien la realiza: empírico-descriptiva, analítico-lógica y práctico-normativa¹².

Dicho esto, surgen dos preguntas. ¿Qué función cumple la dogmática en el sistema del derecho penal? ¿Para qué se hace dogmática? Explicar las funciones y los fines de la dogmática jurídico penal resulta útil con el objetivo de delimitar su alcance.

¹² Alexy (1997), realmente, parte de esta clasificación para proponer su propia conceptualización de la dogmática jurídica. Así, despreciando los estudios meramente descriptivos, afirma que: “Una dogmática del Derecho es (1) una serie de enunciados que (2) se refieren a las normas establecidas y a la aplicación del Derecho, pero no pueden identificarse con su descripción, (3) están entre sí en una relación de coherencia mutua, (4) se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente, y (5) tienen contenido normativo” (p. 246).

Siguiendo a Alexy (1997), podría decirse que la dogmática jurídico penal, como toda dogmática jurídica, cumple seis funciones. La dogmática jurídico penal fija los conceptos y las soluciones de interpretación y aplicación del derecho penal vigente (estabilización); permite medir la evolución de estas piezas de información, en tanto que pueden ser rechazadas o reformuladas (progreso); facilita la labor de los operadores jurídicos aportando argumentos de autoridad (descarga); promueve la enseñanza y el aprendizaje del derecho (técnica); limita la labor de los operadores jurídicos, puesto que, con sus propuestas de interpretación, evita que los casos sea resueltos de forma aislada (control) y; finalmente, gracias a la dogmática, no todos los días se comienza desde cero (heurística).

Establecer los fines de la dogmática jurídico penal es una tarea más difícil.

Para algunos, como Kelsen (1995), la ciencia del derecho –y la dogmática como parte de esta– persigue una finalidad puramente cognoscitiva. Con Kelsen podría afirmarse, pues, que la dogmática jurídico penal se diferencia de la política criminal en tanto que la labor del científico del derecho se reduce a la pura determinación cognoscitiva del sentido de las normas jurídicas. Esta labor no sería un simple acto de voluntad, justamente, porque la dogmática jurídica no crea derecho. Si se asume esta posición, el fin de la dogmática jurídico penal será determinar el sentido de las normas penales.

Para otros autores que insisten en la dimensión práctico-normativa de la dogmática jurídica, la finalidad de esta no puede ser, únicamente, el conocimiento por el conocimiento. Si enlazado con todo saber encontramos un poder, no resulta extraño que gran parte de la doctrina sostenga que no se hace ciencia del derecho penal por amor al arte, sino que la dogmática jurídico penal tiene por cometido generar seguridad jurídica y acotar, cercar o limitar el ejercicio del *ius puniendi*¹³, orientando las decisiones de los distintos operadores jurídicos y promoviendo un ejercicio racional de dicha potestad.

¹³ En este sentido: “El derecho penal no interpreta con meros fines especulativos, sino para orientar las decisiones de los operadores judiciales, y el sistema de comprensión que construye no es neutral (como en un puro pensar sistemático que busca eternidad y perfección) sino que responde a un objetivo político, previamente establecido (valorativo), que es la contención de poder punitivo para fortalecer el estado de derecho” (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002, p. 39).

A quienes continúan los senderos trazados por Kelsen se les acusa de incurrir en “una dogmática sin consecuencias” (Schünemann, 1996), es decir, en una dogmática neutra a las valoraciones y, en consecuencia, al servicio del poder punitivo (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002).

Al margen de esta discusión, no debemos olvidar que, al encontrarnos en un Estado Constitucional de Derecho, la actividad dogmática no puede desprenderse de dicho modelo de Estado. Así, al ser la Constitución una norma jurídica con pretensiones abiertamente políticas, necesariamente estas pretensiones condicionan los estudios dogmáticos. De otra manera, estos, simplemente, estarían incompletos. En tal sentido, Muñoz y García (2015) afirman que:

(...) la Dogmática jurídico penal cumple una de las más importantes funciones que tiene encomendada la actividad jurídica en general en un Estado de Derecho: la de garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado que, aunque se encauce dentro de unos límites, necesita del control y de la seguridad de esos límites (p. 204).

En nuestro medio, encontramos la opinión de Velásquez (2017), para quien “se requiere, entonces, como marco de cualquier construcción dogmática, un derecho penal de los derechos fundamentales y para los derechos fundamentales de la persona humana” (p. 14).

Teniendo en cuenta lo anterior, y a partir de la conceptualización que, de dogmática jurídica, proponen Guastini (2011) y Alexy (1997), definamos la dogmática jurídico penal como aquel saber que se ocupa de reconstruir, científicamente, un particular derecho penal positivo, con miras a describir, en forma sistemática, qué es lo prescrito por este derecho, respecto de quiénes se encuentra prescrito y bajo qué circunstancias; todo ello con el fin de reproducir, transformar o limitar el ejercicio del poder punitivo, haciendo segura y previsible la aplicación del derecho penal a los casos concretos (Gimbernat, 1990), esto es, trazando un margen de discrecionalidad para que, quienes se dedican institucionalmente al derecho, no incurran en arbitrariedades¹⁴.

¹⁴ Otra definición importante y que es coherente con la conceptualización que proponemos es la de Enrique Gimbernat Ordeig, para quien la dogmática penal consiste en “la actividad que tiene como objeto el conocimiento de las normas jurídico penales” (Gimbernat, 2009, p. 13).

Con todo lo dicho, aún podemos preguntarnos por el carácter científico de la dogmática jurídico penal. Esto, porque igual que se discute sobre si la ciencia del derecho es o no verdaderamente una ciencia, se discute sobre si la dogmática jurídico penal es o no una ciencia.

Pues bien, se ha dicho que la dogmática penal será una ciencia en tanto que tenga un objeto de estudio, un método de estudio y unos postulados o leyes fundamentales para la construcción, responsable, de un saber que trascienda el simple sentido común (Bunge, 2004).

2.2 Objeto de estudio

En este orden de ideas, el objeto de estudio de la dogmática jurídico penal es el derecho penal positivo¹⁵ o, mejor, un derecho penal positivo en particular¹⁶ y, en estricto sentido, más que el derecho penal positivo, el objeto de estudio lo constituyen las fuentes de manifestación del mismo, esto es, las fuentes a través de las cuales el derecho penal positivo se expresa.

Por virtud del principio de legalidad, la fuente de manifestación del derecho penal, por excelencia, es la ley penal, entendida esta como el conjunto articulado de enunciados normativos que integran el ordenamiento jurídico. Las leyes creadas por el Congreso de la República, los tratados internacionales ratificados, las normas reglamentarias expedidas por el Ejecutivo y, fundamentalmente, la Constitución Política, integran, pues, la ley penal. Sin embargo, ello no significa que no existan otras fuentes de manifestación del derecho penal. Es innegable hoy que la jurisprudencia, por obra de la teoría del precedente judicial obligatorio, es, también, fuente de manifes-

¹⁵ En este sentido: “El objeto de la ciencia del Derecho Penal es la ley positiva jurídicopenal, esto es: determinar cuál es el contenido del Derecho Penal, qué es lo que dice el Derecho Penal (...)”. (Gimbernat, 2009, p. 36). “De ahí que la finalidad primordial de la Ciencia del Derecho penal se el conocimiento de éste, como un objeto más de esa realidad global que representa el mundo del delito, su lucha y su prevención” (Muñoz y García, 2015, p. 204).

¹⁶ Al respecto: “Esta ciencia tiene por objeto el estudio del contenido de las normas que constituyen, dentro de un ordenamiento jurídico vigente en un Estado, su derecho penal; por eso es una ciencia normativa; su ámbito de acción se circunscribe así a la legislación penal positiva del Estado (...)” (Reyes, 2017, p. 8).

tación del derecho penal positivo. Además, en lo relativo al derecho penal indígena, que es derecho consuetudinario, habría que reconocer que su fuente de manifestación será la propia conducta, pública, repetida e inveterada, que provoca conciencia de obligatoriedad coercible en la comunidad (Díez, 1993).

Ahora bien, no debemos pasar por alto que la dogmática jurídico penal se ha concentrado, principalmente, en el derecho penal sustantivo, dejando a la dogmática procesal el estudio del derecho procesal penal y del derecho probatorio penal. Sin embargo, existe hoy una tendencia que busca integrar estas dogmáticas. Silva (2012) apunta, en este sentido, que:

Con todo, es relativamente moderna la tendencia desarrollada en aquel país—y seguida en los últimos años también entre nosotros—hacia la consideración del proceso desde la perspectiva de un sistema global del Derecho Penal: así, se han incorporado los problemas probatorios al análisis de los conceptos de la dogmática de la Parte General; se han estudiado aspectos del proceso penal con ayuda de las herramientas desarrolladas en la teoría del delito, como la imputación objetiva, y, sobre todo, las instituciones procesales han sido enmarcadas en el complejo de fines del Derecho penal. Ello ha dado lugar a plantear formalmente la exigencia de una ciencia integral del Derecho penal, claramente orientada a la actividad del juez, que englobe la teoría del delito, el proceso, los derechos constitucionales y la individualización de la pena (p. 76).

En nuestro contexto, autores como Molina (2012) y Duque (2015) han resaltado la necesidad de vincular los estudios de derecho penal sustantivo y adjetivo. Duque (2015) señala, en esta vía, que:

De nada sirve un perfeccionamiento dogmático, que con sistematización y crítica pretenda limitar el ejercicio del poder punitivo, si el proceso penal se desliga por completo de los estudios sustantivos para obedecer sólo a exigencias de seguridad y prevención carentes de limitaciones formales y materiales y con un marcado énfasis simbólico (p. 84).

Esta tendencia, en nuestro sentir, resulta acertada, porque lo que se busca con el proceso penal es, precisamente, adjudicar el derecho penal sustantivo y, por esta razón, el derecho procesal penal positivo no debe ser marginado de la dogmática jurídico penal.

2.3 Método de estudio

Por otro lado, en cuanto al método de estudio de la dogmática jurídica y, en general de la ciencia del derecho, podríamos decir lo siguiente. La expresión método proviene del griego μέθοδος, que significa “el camino a seguir”. Pues bien, el método de estudio es el camino que ha de recorrerse en el estudio de un determinado objeto para llegar a feliz puerto. Según los penalistas, el método de estudio de la dogmática jurídico penal es el método dogmático¹⁷.

Para superar esta consideración tautológica, sería mejor decir que el método de estudio de la dogmática jurídica no es otro que el método hermenéutico¹⁸. En términos disciplinares, y reconociendo que la hermenéutica filosófica se encuentra emparentada con la tradición jurídica (Grondin, 2006)¹⁹, es preciso afirmar que la hermenéutica se utiliza para interpretar el derecho. Así, con ayuda de la hermenéutica, el analista identifica las condiciones a partir de las cuales es posible la interpretación del texto normativo de conformidad con determinados límites de sentido (Beuchot, 2000).

A tal punto consideramos que ello es así que, para un importante sector de la doctrina, lo que suele llamarse “método dogmático” es, precisamente, el

¹⁷ Se afirma, en tal sentido, que: “La orientación jurídica emplea un método técnico jurídico o dogmático que sirve para interpretar y sistematizar las normas jurídicas que se refieren al delito y a sus consecuencias” (Muñoz y García, 2015, p. 201).

¹⁸ En las ciencias sociales, en general, es posible advertir, cuando menos, tres métodos. El método positivo orientado a *explicar* los hechos, el método hermenéutico que busca *comprender* los fenómenos y el método crítico que se inclina por *transformar* la realidad objeto de estudio. Para una aproximación general a la hermenéutica puede verse el texto de Heidegger (1999).

¹⁹ Grondin (2006) recuerda que, en sentido clásico “la hermenéutica designaba el arte de interpretar los textos. Este arte se desarrolló, sobre todo, en aquellas disciplinas que tienen por asunto la interpretación de los textos sagrados o canónicos: la teología (hermenéutica *sacra*), el derecho (hermenéutica *iuris*) y la filología (hermenéutica profana). La hermenéutica cumplía una función auxiliar que venía a secundar la práctica de la interpretación que tenía necesidad de una ayuda para la comprensión de los pasajes ambiguos o chocantes” (traducción libre del original en francés).

camino por el cual el jurista llega a conocer el derecho y, por esta razón, dicho método se refiere a las distintas formas de interpretación que se pueden utilizar para llegar al conocimiento de los contenidos de las disposiciones jurídicas²⁰.

No obstante, en la actualidad, la doctrina entiende que el “método dogmático” se encuentra compuesto por tres fases: interpretación, sistematización y crítica. A nuestro juicio, más que fases, estos podrían ser, a lo sumo, fines de la dogmática. Con todo, veamos cómo la doctrina explica el itinerario del denominado “método dogmático”.

2.3.1 La dogmática como interpretación

La expresión “interpretación” es equívoca, de manera que puede ser entendida en dos sentidos: en primer lugar, puede ser entendida como actividad y, en segundo lugar, puede ser entendida como el resultado o el producto de dicha actividad.

En todo caso, conviene distinguir entre norma y enunciado normativo o disposición normativa (Guastini, 2011). El enunciado normativo es un conjunto de signos lingüísticos a través de los cuales se manifiesta la norma o un fragmento de ella. La norma, por otra parte, es el sentido, es el pensamiento imperativo que se expresa a través de los enunciados normativos o de otras fuentes de manifestación. Entre norma y enunciado normativo existe la misma diferencia que existe, en la lógica, entre un juicio y una proposición o, en teoría del conocimiento, entre el pensamiento y el lenguaje. El lenguaje es el vehículo a través del cual se expresa el pensamiento, por tanto, como afirma Guastini (2011), el objeto de la interpretación, esto es, aquello sobre lo cual recae el acto hermenéutico, no son las normas, sino, más bien, las disposiciones normativas. Las normas surgen, con mayor precisión, como resultado o producto de interpretar los enunciados normativos.

²⁰ En estén sentido: “Puede decirse que la tarea de la dogmática del Derecho penal es la *interpretación* del Derecho penal positivo, si el término interpretación es utilizado en su acepción más amplia, que incluye la elaboración de sistema” (Cerezo, 2008, p. 60).

Según la función que se le atribuya al intérprete, existen tres corrientes hermenéuticas: una concepción formalista, una concepción antiformalista y una concepción intermedia de la interpretación (Gascón y García, 2005).

Para la concepción *formalista* de la interpretación jurídica, interpretar es descubrir la norma expresada en uno o varios enunciados normativos. Según esta concepción, que podría juzgarse de optimista, objetivista o cognitivista; la función del intérprete consiste en la realización de un acto de conocimiento. A esta concepción se le critica el omitir considerar las patologías del lenguaje. Así, los signos en general, y los signos jurídicos en particular, pueden admitir más de un sentido (equivocidad), no indicar con claridad la realidad a la que se refieren (vaguedad) y, asimismo, pueden inspirar adhesiones o rechazos irreflexivos en las personas (emotividad) (Solano, 2016).

Para la concepción *antiformalista*, interpretar es atribuirle o atribuirles una determinada norma a uno o varios enunciados normativos. Para esta concepción, la función del intérprete se traduce en la realización de un acto de voluntad. Por ello, a esta concepción se le critica el que, si bien una palabra puede significar varias cosas, no puede significarlas todas, por ende, el lenguaje, la disposición normativa, limita la actividad del intérprete.

Para la concepción *intermedia*, la actividad del intérprete es una actividad compleja, porque se traduce en la realización de dos actos: un acto de conocimiento y un acto de voluntad. Para esta concepción, interpretar es, primero, descubrir las distintas posibilidades normativas que admite el enunciado interpretado (acto de conocimiento) y, segundo, atribuirle una de esas posibilidades normativas, una de esas normas, al enunciado interpretado (acto de voluntad).

De otro lado, la interpretación puede clasificarse según el sujeto que la realiza, de conformidad con los medios empleados y atendiendo al resultado o producto de la misma.

Dependiendo de quién la realice, la interpretación puede ser *auténtica*, si es efectuada por el creador de la norma; *judicial*, si es realizada por los jueces al definir los litigios; *oficial*, cuando es desarrollada por otras autoridades del Estado en ejercicio de sus funciones, como lo son, por ejemplo, las superintendencias y, por último; *doctrinal o dogmática*, en aquellos eventos en que esta se lleva a cabo por los estudiosos del derecho.

En atención a los *medios* empleados, es decir, según aquello que se instrumentaliza para que el acto de conocimiento sea exitoso, la interpretación, siguiendo a Guastini (2011), a Alexy (1997) y a Gimbernat (1999), se clasifica en cinco grandes categorías.

La interpretación *literal, gramatical o exegética* se realiza consultando el sentido común o técnico de las palabras. Para ello, puede apelarse a la propia autoridad lingüística del intérprete, a la autoridad del diccionario o a estudios semánticos de una ciencia o arte especializados (Alexy, 1997). Esta interpretación es esencial para el derecho penal porque, en virtud del principio de legalidad, el intérprete no puede desbordar el sentido literal posible de la ley penal, de tal manera que solo le queda, o bien tomar tal sentido en toda su extensión, o bien reducirlo a partir de otros criterios interpretativos. Así las cosas, solo será posible desbordar tal sentido cuando la interpretación favorezca al procesado, porque el principio de legalidad es, en suma, un límite al ejercicio del *ius puniendi*, y no a la libertad del ciudadano (Gimbernat, 1999).

La interpretación *teleológica o finalista* se realiza consultando el “para qué”, la *ratio legis*, el *telos*, el fin para el cual fue creada la norma. Se trata, pues, de una finalidad que se ausulta, directamente, de una o varias disposiciones normativas del ordenamiento jurídico, de modo que, habiéndose encontrado este propósito u objetivo, deberá preferirse aquella interpretación de la disposición normativa que mejor dé cuenta de él.

La interpretación *histórica* se realiza consultando “el porqué” de la disposición normativa, esto es, los motivos, los hechos y las esperanzas que llevaron a su creación. La historia interna de la norma, esto es, la pregunta por sus motivaciones, se encuentra, habitualmente, en los actos preparatorios, los estudios técnicos, las exposiciones de motivos, el curso de los debates, así como en las leyes que constituyen sus antecedentes y que han sido derogadas. En este caso, podría hablarse, más bien, de una interpretación genética (Alexy, 1997). La historia externa de la norma, es decir, la pregunta por los hechos sociales y las esperanzas que justifican su creación debe indagarse en el contexto de una determinada comunidad (Gimbernat, 1999).

La interpretación *comparativa* se realiza teniendo en cuenta el sentido que se le atribuye a las disposiciones normativas de otra sociedad. De esta manera, los estudios de derecho comparado relacionan diferentes estados jurí-

dicos de cosas con el objetivo, si es necesario, de adoptar una interpretación foránea que se considera adecuada.

Por último, la interpretación *sistemática* se realiza consultando los distintos enunciados normativos que regulan una misma institución jurídica, de modo que el sentido del enunciado normativo se atribuye a partir de la comparación con otras disposiciones normativas, de igual, superior e inferior jerarquía, que guardan relación con este. La interpretación sistemática presupone el entendimiento del derecho como un todo lógico coherente, con lo cual se vale de los postulados propios de la lógica formal, como lo son, por dar algunos ejemplos, el principio de identidad, el principio de no contradicción, el del tercero excluido y el de razón suficiente (Gimbernat E., 2009). En este sentido, las interpretaciones sistemáticas buscan superar las aparentes contradicciones (antinomias), repeticiones (renomias) y lagunas (anomias) normativas.

Los juristas, con frecuencia, se preguntan por la jerarquía entre estos cánones de interpretación. Así, por ejemplo, si una interpretación gramatical riñe con una interpretación teleológica, ¿cuál debe preferirse? A partir de las reglas tradicionales de interpretación consignadas en la legislación civil, parecería claro que debe primar la interpretación gramatical. Ello, en materia penal, como dijimos, se corresponde con el principio de legalidad, tanpreciado en el Estado de Derecho.

No obstante, en términos recientes, se viene imponiendo la tesis que defiende la precedencia absoluta de la interpretación sistemática. En un Estado Constitucional de Derecho, al ser la Constitución Política norma de normas, toda interpretación de las disposiciones normativas debe integrar la perspectiva constitucional. Así, de acuerdo con la Sentencia C-054 de 2016 de la Corte Constitucional, debe preferirse aquella interpretación que sea coherente con los postulados constitucionales y que mejor los desarrolle.

Adicionalmente, según el *resultado* de la interpretación, esta se clasifica en declarativa y correctora (Guastini, 2011)²¹. La interpretación *declarativa* se produce cuando, hecha la interpretación, se concluye que el creador de la disposición normativa, al confeccionar el enunciado, dijo tanto cuanto qui-

²¹ Toda esta clasificación surge de confrontar la norma producto de la interpretación con la literalidad del enunciado normativo interpretado.

so. En estos casos puede afirmarse que el traje lingüístico quedó hecho a la medida del pensamiento, ajustado a la horma de la norma. Por su parte, la interpretación *correctora* se produce cuando, hecha la interpretación, se concluye que no existe una plena correspondencia entre la norma producto de la actividad hermenéutica y la literalidad del enunciado interpretado. Ello ocurre porque el creador de la norma, o dijo más de lo que quiso y de que lo era necesario, o dijo menos de lo que quiso y era necesario. Por ende, se concluye que el ropaje lingüístico no quedó hecho a la medida de la norma²². En estos casos, el enunciado es, apenas, un disfraz de la norma.

La interpretación correctora puede ser extensiva o restrictiva. Es *extensiva* si amplía el sentido literal del enunciado para cobijar casos que, en principio, no quedaron comprendidos por este. En la interpretación extensiva se concluye que el creador de la norma quiso más de lo que dijo o de lo que le era exigible, por lo que el intérprete pone a decir a la disposición normativa lo que estima adecuado. Es *restrictiva* si acota el sentido literal del texto interpretado para dejar de cobijar casos que, en principio, podían estar por comprendidos en este. Si la interpretación es restrictiva, se concluye que el creador de la norma dijo más de lo que quiso o de lo que le era exigible, por lo que el intérprete censura, de la disposición normativa, lo que estima inadecuado.

Ahora bien, existe un postulado hermenéutico, según el cual, los enunciados normativos que se refieren a sanciones, caducidades, nulidades, así como los enunciados normativos que regulan figuras delictivas y, en general, actos ilícitos, no pueden ser objeto de interpretaciones extensivas. Así, el principio de legalidad impone que, en tales eventos, la interpretación no puede rebasar el posible sentido literal del enunciado interpretado.

Igualmente, según dicho postulado hermenéutico, los enunciados normativos que se refieren a situaciones jurídicas de ventaja (derechos, privilegios, inmunidades, potestades privadas) pueden ser objeto de interpretaciones extensivas, pero no así los enunciados normativos que se refieren a potestades públicas. Las potestades públicas se encuentran regidas por el principio

²² La dimensión correctora da lugar a lo que se conoce con el nombre de investigación dogmática de *lege lata* (Courtis, 2006). En estos casos el enunciado normativo admite interpretaciones aceptables sin necesidad de modificar su textualidad.

de legalidad previsto en la Constitución Política, de conformidad con el cual los funcionarios públicos solo pueden y deben hacer aquello que la Constitución y la ley expresamente les señalan. No existen, pues, competencias públicas fruto de analogías o de interpretaciones extensivas.

En este punto no debemos generar confusiones. Una cosa es la interpretación extensiva y otra distinta es la analogía.

No olvidemos que, de acuerdo con Prieto Sanchís (2005), es posible diferenciar dos tipos de analogía. La *analogía iuris* es una operación lógica a través de la cual se infiere, de distintas disposiciones normativas expresamente consagradas en el ordenamiento, una norma o principio general del derecho que es aplicable a casos no regulados de forma explícita. La *analogía legis*, por otra parte, es una operación lógica de conformidad con la cual se le atribuye, a un determinado hecho que no se encuentra expresamente regulado por ninguna disposición normativa, la consecuencia jurídica prevista por el ordenamiento jurídico para otro hecho que sí lo está. Entre el hecho regulado y el no regulado, dice Carnelutti (2004), ha de existir una relación de similitud y no una relación de identidad –si fuesen idénticos serían un solo hecho–. Se requiere, por tanto, que el hecho regulado y el hecho no regulado tengan elementos fácticos y normativos comunes y relevantes.

Dicho esto, la analogía se diferencia de la interpretación extensiva en tanto que, en esta última, el problema radica, más que en la norma, en el enunciado normativo. En la interpretación extensiva es posible advertir un enunciado, solo que se trata de un enunciado incompleto. En la analogía, por el contrario, ni siquiera es posible identificar una norma directamente aplicable al caso concreto.

Tanto la interpretación extensiva como la analogía desarrollan el principio de justicia (Perelman, 1964), el mandato contenido en el principio de igualdad (Bernal, 2002), el criterio de racionalidad expresado en el principio de universalidad (Alexy, 1997) y el argumento lógico *a pari* (García, 1995). De conformidad con este último, tenemos que, “a igual razón, igual disposición” o, mejor, “a igual razón, igual norma”. Así, las situaciones fácticas esencialmente similares ameritan, del ordenamiento jurídico, una misma respuesta.

Por último, para cerrar la fase interpretativa de la dogmática, téngase en cuenta que, en materia penal, la analogía, de conformidad con el principio de legalidad, solo es admisible en ciertos casos. Así, solo es aceptable la llamada analogía “*in bonam partem*”, analogía favorable al reo, procesado o condenado. De esta manera, la prohibición de la interpretación extensiva en perjuicio del procesado y de la analogía *in malam partem* desarrollan, también, el carácter de *última ratio* del derecho penal.

2.3.2 La dogmática como interpretación y sistematización

Algunos estudios dogmáticos trascienden la fase interpretativa y continúan con lo que se conoce, en la doctrina, con el nombre de *sistematización*. Una vez se obtienen los datos, esto es, las normas producto de la interpretación, se procede hacia la ordenación sistemática de estos datos, elaborando teorías que, en forma coherente, pretenden explicar qué es lo prescrito por el derecho penal positivo.

Es así como aparecen, por ejemplo, la teoría del delito y la teoría de la reacción punitiva –mal denominada teoría de la pena–. Esa labor de sistematización supone una operación sumamente compleja de abstracción. Es necesario que el analista sustituya esa infinidad de datos, de normas, por un repertorio finito de ideas, de conceptos que, al estar ordenados, dan cuenta, en forma coherente, de todo lo prescrito por el derecho penal positivo.

Así las cosas, con la sistematización, al alcanzarse un mayor grado de abstracción en el estudio del derecho positivo, puede facilitarse una conexión entre la dogmática particular y las teorías generales particulares.

2.3.3 La dogmática como interpretación, sistematización y crítica

A su turno, la investigación dogmática encuentra en la crítica su tercera fase. La fase crítica, según algunos autores, perfecciona el método dogmático y se presenta en aquellos eventos en que, hecha la sistematización, el analista, valiéndose de las valoraciones propias de la política criminal o de las explicaciones propias de la criminología, eleva críticas al derecho penal positivo y propone reformas al mismo²³. No obstante, habría que

²³ La dimensión crítica da lugar a lo que se conoce con el nombre de investigación dogmática de *lege ferenda* (Courtis, 2006). En estos casos el enunciado nor-

considerar que las dos fases anteriores también se erigen como un aparato crítico. De este modo, la crítica no está circunscrita a la supuesta fase crítica del método dogmático. Prueba de ello es que los estudiosos del derecho pueden, a través de sus propuestas interpretativas, ajustar el sentido de las disposiciones normativas sin necesidad de pretender su reforma. La sistematización conceptual, de igual modo, acota la interpretación y aplicación del derecho, procurando su ejercicio racional.

En estricto sentido, esta tercera fase del método dogmático, que se traduce en reformas normativas, podría situarse como una tarea de la política criminal y de la criminología crítica. Será en esta etapa, en consecuencia, en donde se abrirá el sistema de la dogmática jurídico penal a consideraciones empíricas y axiológicas.

Finalmente, para concluir este breve esbozo sobre el así llamado método dogmático, no sobra advertir lo que algunos autores llaman leyes o postulados fundamentales del método. Según la doctrina, los postulados fundamentales de la dogmática jurídica fueron cimentados por Rudolf Von Ihering, a quien se le considera el padre de esta disciplina. Según Ihering (1880), son tres las leyes fundamentales de la dogmática.

En primer lugar, toda construcción dogmática debe adecuarse plenamente al derecho positivo. Así, los caprichos, los prejuicios y las ideologías del analista no deberían tener lugar en los estudios dogmáticos.

En segundo lugar, toda elaboración dogmática, para ser valorada como tal, debe ser coherente. Un dogma pierde su naturaleza si se contradice consigo mismo o con otro dogma. En una palabra, la dogmática debe dar cuenta de una unidad sistémica.

En tercer lugar, toda construcción dogmática debe ser armoniosa, debe observar, rigurosamente, el imperativo de la “belleza jurídica” (Ihering, 1880, p. 69).

mativo no admite interpretaciones aceptables, de modo que el analista juzga necesario modificarlo.

3. Criminología

3.1 *Definición y objeto*

La criminología, como disciplina científica que orbita alrededor del derecho penal, se ocupa de la dimensión fáctica del fenómeno criminal. Suele afirmarse que la criminología tiene por objeto de estudio exclusivo el delito. Sin embargo, en rigor, la criminología se interesa por la conducta desviada²⁴, toda vez que no puede reducir su campo de acción a la definición jurídica que, de la conducta delictiva, establezca un determinado derecho positivo. Es más, los aportes de la criminología pueden llevar a criminalizar algunos comportamientos que no se han considerado como delictivos y a descriminalizar otros que, tradicionalmente, se consideran como tales. Igualmente, deben incluirse, dentro del objeto de estudio de la criminología, las distintas reacciones punitivas que se producen frente a la conducta desviada.

Desde esta perspectiva ampliada, el objeto de estudio de la criminología lo constituyen todos los factores de criminalidad y criminalización (Muñoz y García, 2015). De este modo, la criminología busca responder las preguntas de cómo y por qué una persona puede llegar a ser víctima o delincuente. Para dar respuesta a estos interrogantes, los estudios criminológicos evalúan las dosis de autonomía individual y de heteronomía social presentes en la conducta desviada. En este sentido, la criminología percibe la desviación como una conducta individual, condicionada por el contexto social y calificada, normativamente, por el sistema penal. Dependiendo del elemento en el que se enfatice –aunque ninguno excluye los demás–, es posible hablar de una criminología en tres actos o momentos.

²⁴ Autores como Cerezo (2008) no comparten esta apreciación: “El criterio de extender el objeto de la Criminología a todas las formas de conducta desviada, es decir, que no responden a las normas sociales de conducta de una sociedad determinada, característico de la criminología norteamericana, me parece discutible. El objeto de la Criminología se amplía excesivamente, carece de límites definidos y en algunos casos los resultados de la investigación podrían carecer de relevancia para la lucha contra el delito” (p. 64).

3.2 Tendencias de la criminología

3.2.1 Criminología biológica

En un primer momento, la criminología surge en el contexto del positivismo criminológico italiano²⁵. En ese sentido, se habla de una criminología tradicional o biológica. Se trata de una criminología de corte biologicista que entiende el fenómeno criminal desde un punto de vista patológico y eminentemente individual. En una suerte de simplificación, podría decirse que el delincuente es un ser condicionado, biológicamente, a delinquir. Esta criminología, cuyo máximo exponente fue Cesare Lombroso (1897), asume que el delito es, apenas, un síntoma que revela la personalidad peligrosa de su autor. El autor del delito es un sujeto peligroso en tanto que se encuentra naturalmente inclinado a desviarse. De acuerdo con esta corriente criminológica, el delincuente posee una base atávica, esto es, posee ciertos rasgos fenotípicos indicativos de su propensión al delito. De esta manera, la escuela biológica elaboró una taxonomía de quienes delinquen: el delincuente nato, el delincuente loco, el delincuente ocasional, el delincuente habitual y el delincuente pasional²⁶.

En esta fase histórica de la criminología, la pregunta por la víctima del delito no tenía ningún lugar.

En todo caso, desde sus comienzos, la criminología juzgó insuficiente el enfoque biologicista. Por ello Lombroso (1897), y luego Ferri (2004), reconocieron la existencia de factores sociales que inciden, en mayor o menor medida, en las distintas clases de delincuentes. La tesis del positivismo italiano, no obstante, seguía dando cuenta de una criminología inclinada a situar el delito, preponderantemente, en la personalidad del infractor. El delito como comportamiento individual, patológicamente determinado, seguía siendo, pues, el presupuesto de esta teoría criminológica.

²⁵ No obstante, para Foucault (1975), la criminología y, en general, las ciencias *psi*, surgen con el nacimiento de la prisión, esto es, como saberes conexos a esta forma particular de castigo.

²⁶ Suele afirmarse que las tesis de Lombroso (1897) parten de un determinismo biológico. En rigor, esta lectura determinista solo aplicaría para el delincuente nato. Más aún, Lombroso reconoce, tempranamente, la incidencia de los factores sociales en la ocurrencia del delito.

3.2.2 Criminología sociológica

Un segundo momento es distinguible en la historia de la criminología. La criminología de corte sociológico abandonó la lectura individual de la conducta desviada y asumió esta, desde una perspectiva colectiva, como una construcción social. Esta vertiente de la criminología estudia las complejidades del comportamiento desviado y ya no solo a la persona del delincuente. Con esta premisa, la criminología de corte sociológico se ocupa de estudiar cómo el entorno social (económico, cultural, político, jurídico, religioso, etc.) influye en la conducta desviada, así como la manera en que esta incide en la configuración de la sociedad. Esta nueva criminología percibe el delito, más que como un hecho individual, como un hecho social, por lo que las causas y los efectos de la desviación se sitúan, preponderantemente, por fuera de la personalidad del delincuente, en el colectivo social. Así, se interrogan los factores de riesgo y las predisposiciones sociales en términos probabilísticos –y no deterministas–. La configuración social de la conducta desviada y la función de la conducta desviada para la reproducción y la transformación de la sociedad constituyen el objeto de estudio de esta corriente criminológica.

Esta criminología se ocupa, asimismo, de estudiar la incidencia del comportamiento desviado en sus víctimas. Esto lo hace desde dos enfoques. Por un lado, revisando el rol que juega la víctima en la relación causal de hechos que da lugar a la desviación, entendida esta como un conflicto social. Por otra parte, analizando los efectos que el delito produce en la víctima y la forma cómo esta, con o sin ayuda del victimario y de la sociedad, puede intentar superar estos efectos. Es a tal punto hoy especializado el estudio de la víctima que se habla de la existencia de un nuevo saber penal, con plena autonomía, llamado “victimología” o “victimología dogmática”. A nuestro juicio, la victimología hace parte de la criminología sociológica. Atomizarla como un saber al margen de la criminología llevaría a desconocer las complejidades de la conducta desviada apreciada en clave social. En últimas, porque tanto la víctima como el delincuente hacen parte de la sociedad. De este modo, la criminología que echa raíces en la sociología no tiene interés por saber quién es víctima o quién es victimario, sino, más bien, por explicar y comprender cómo y por qué se llegan a ser tales.

Como consecuencia, también, de esta influencia sociológica, los estudios criminológicos abordan, con frecuencia, el concepto de control social. Bajo

este concepto se agrupan distintos poderes, formales e informales, represivos e ideológicos, preventivos y reactivos, concentrados y dispersos, que tienen por finalidad conducir la conducta humana (Garland, 2001; Bustos, 2012; Althusser, 1976). Esta suerte de ortopedia social, que previene y reacciona frente a los comportamientos indeseables u ofensivos, se realiza, principalmente, conforme a tres estrategias complementarias entre sí: la socialización, la medicalización y la penalización (Wacquant, 2010).

Así, el derecho penal suele caracterizarse como una forma de control social formal, concentrado, represivo y reactivo. Sin embargo, no sobra advertir que el derecho penal no agota ni se agota en la penalización. En primer lugar, pues, como vimos, es posible identificar concepciones sanitarias en el estudio del delito y, también, concepciones punitivas en las otras estrategias de control social. En segundo lugar, porque las prescripciones penales, entendidas como normas subjetivas de determinación, contribuyen a la socialización del individuo y, con ello, ayudan a prevenir la ocurrencia de delitos.

Más aún, la criminología no se reduce al estudio del *ius puniendi* como forma de control social. Otras formas de control social interesan, pues, a los estudios criminológicos. De esta manera, la criminología amplía su enfoque a estrategias de control social formal distintas al derecho penal, como lo serían, por ejemplo, las normas jurídicas de carácter policivo, administrativo, civil, familiar, entre otras. Pero, también, interesan a la criminología las formas de control social informal, es decir, los encauzamientos de la conducta promovidos por agentes no estatales (contraestatales, paraestatales y coestatales).

De igual modo, la criminología estudia cómo el derecho penal y, en general, las formas de control social, hacen uso de la violencia para determinar el comportamiento humano, pero, también, cómo a través de la creación y preservación de ideas, imágenes y valores es posible regularizar el comportamiento de los individuos. Por ello, la criminología intenta descifrar la fuerza simbólica de la norma penal más allá del plano represivo (Bourdieu, 1986).

Finalmente, la criminología puede estudiar las expresiones del control social disperso, esto es, las formas difusas y reticulares de ejercicio del poder, sea este formal o informal.

3.2.3 Criminología crítica

En la historia de la criminología es posible identificar un tercer momento que surge como expresión de un tipo de criminología sociológica. En este punto encontramos lo que la doctrina ha dado en llamar “criminología crítica”. La criminología crítica, a diferencia de las dos corrientes anteriores, no se conforma con explicar el origen de la conducta desviada a partir de criterios patológicos, culturales, políticos, entre otros factores individuales o sociales. Antes que ello, la criminología crítica destaca el papel que desempeña el sistema penal en la creación y reproducción del delito. Así, la norma es la fuente y el medio en el que se produce y reproduce la conducta desviada.

Se parte de la base de que, con la creación de la norma, se escinde la realidad y se diferencia entre lo sano y lo enfermo, lo bueno y lo malo, lo correcto y lo incorrecto, lo normal y lo anormal (lo regular y lo irregular, lo deseable y lo indeseable)²⁷. En otras palabras, aunque parezca obvio, la criminología crítica insiste en que, sin norma, la desviación no tendría sentido. Al mismo tiempo, con la imposición de la norma, la desviación se reproduce, pues, como señala Becker (1997), no son las motivaciones desviadas las que determinan la desviación, sino que es el etiquetamiento de una persona como desviada el que conduce a que esta desarrolle motivaciones desviadas. De allí que la criminología crítica, inspirada en las teorías nominalistas (como la teoría del etiquetamiento o *labelling approach*), cuestione la función resocializadora de la pena, pues esta supone un estigma que impide que la persona se vincule, nuevamente, al cuerpo social²⁸.

En suma, la criminología crítica pretende develar el ejercicio irracional del poder punitivo, denunciando la violencia inherente a este. Por ello, interroga el momento mismo de creación de la norma penal (criminalización primaria), la imposición judicial de la pena (criminalización secundaria) y su ejecución administrativa (criminalización terciaria).

²⁷ Sobre la norma, como práctica escidente, puede verse el texto de Foucault (2001).

²⁸ Pensar que la pena resocializa implica entender el delito como consecuencia de la desocialización del individuo. A nuestro juicio, ni el delito desocializa, ni la pena resocializa. Habría que entender, simplemente, que uno y otra son manifestaciones sociales. En suma, la pena y delito reproducen la sociedad.

De cualquier modo, no sobra decir que estos tres momentos de la historia de la criminología no pueden leerse en términos lineales. Una corriente del pensamiento no supera a la anterior, ni la excluye. Se trataría, pues, la criminología, de una obra que se construye, por lo pronto, en tres actos. De esta manera, aunque para algunos autores las enseñanzas de Lombroso, Ferri y Garofalo han perdido vigencia, consideramos que las concepciones biologicistas del comportamiento desviado se encuentran hoy, más presentes que nunca, en las neurociencias, en la exaltación de la genética y en los enfoques conductistas de las ciencias sociales contemporáneas²⁹. La criminología biológica permanece latente en estos saberes y, con mayor frecuencia, se hace patente en las prácticas de los operadores jurídicos encargados de imponer el castigo. Asimismo, la criminología sociológica sigue ocupando un papel protagónico en la producción de saber y es, a no dudarlo, la que resulta más útil de cara a las exigencias de conocimiento que precisa una sociedad para hacerle frente al crimen. La criminología crítica, por su parte, establece diálogos con otros saberes y perspectivas, cumpliendo, pues, una función de denuncia que siempre será importante en términos sociales.

3.3 Método

Conviene advertir que la criminología no debe confundirse con la criminalística. La criminalística es un saber eminentemente técnico que se ocupa de estudiar las tácticas y estrategias criminales, con especial interés en la forma cómo deben asegurarse los elementos con vocación probatoria en un proceso penal. Así, este saber se preocupa por los mecanismos que garantizan la autenticidad y mismidad de dichos elementos. La criminalística es, también, un saber interdisciplinario. Podría incluso decirse que la criminalística es el producto de una sumatoria de técnicas, como lo son, por ejemplo: la dactiloscopia, la grafología, la lofoscopia, la balística, la medicina forense, la psiquiatría forense, la física forense, la química forense, la fonética forense, entre otras.

²⁹ Para una crítica sobre la influencia de las neurociencias en las concepciones actuales del libre albedrío y la responsabilidad penal, puede verse el texto de Jakobs (2016).

De esta manera, mientras que la criminología es una ciencia, la criminalística, a lo sumo, será un conjunto de técnicas. Así, como disciplina científica adscrita al *corpus* de las ciencias sociales, la criminología puede hacer uso de tres métodos distintos³⁰.

Por un lado, encontramos los estudios criminológicos que, apoyándose en el método empírico-positivo de las ciencias sociales, buscan *explicar* el hecho de la conducta desviada. Por otra parte, la criminología se puede orientar, bajo el método hermenéutico, a *comprender* el sentido del hecho desviado. Finalmente, y en especial con la denominada “criminología crítica”, el criminólogo puede intentar *transformar* la concepción del hecho desviado, para lo cual, desde luego, requiere de su previa explicación y comprensión.

Los diferentes métodos pueden hacer uso de distintas técnicas investigativas, privilegiando, en algunos casos, unas sobre otras. Las técnicas cuantitativas observan el hecho criminal como un dato estadístico, bien sea para construirlo (a través de encuestas, por ejemplo) o solo para analizarlo cuando este ya se encuentra construido (registros administrativos, estadísticas oficiales, por ejemplo)³¹. Estas técnicas se utilizan, con mayor frecuencia, como desarrollo del método positivista. Por su parte, las técnicas cualitativas, al implicar una búsqueda por el sentido de los hechos, son privilegiadas en los estudios hermenéuticos. Así, las entrevistas, los experimentos sociales, los estudios documentales y la observación etnográfica, más que explicar las relaciones causales entre hechos, sirven para comprender qué los justifica. El método crítico hará uso de aquellas técnicas que le permitan intervenir la realidad objeto de estudio, como lo son, por ejemplo, las propias de la acción participativa.

³⁰ Larrauri (2018), sin embargo, solo identifica dos métodos criminológicos: el positivista y el interpretacionista (hermenéutico).

³¹ Así, por ejemplo, Velásquez (2017) identifica los principales datos estadísticos de interés para la criminología, como lo son la densidad de la criminalidad (número de delitos en un territorio), la tasa de la criminalidad (número de delitos por cada 100 mil habitantes) y el comportamiento histórico de la criminalidad (número o tasa de delitos en el tiempo). De igual manera, la criminología intenta aproximarse a la llamada “cifra oscura de la criminalidad”, que surge de la diferencia, siempre inasible, entre la criminalidad real y la criminalidad registrada oficialmente.

Estos métodos se traducen en dos maneras de hacer, científicamente, criminología: la criminología teórica y la criminología empírica. La recolección, sistematización y explicación o comprensión de los hechos por parte de la criminología empírica es útil para la elaboración de las teorías criminológicas. Esta distinción, sin embargo, no debería suscitar confusiones. Tanto la criminología teórica como la criminología empírica se preocupan por la dimensión fáctica de la conducta desviada. Los que varían, pues, son los caminos para aproximarse a esta dimensión.

Finalmente, es innegable que la criminología da cuenta de un saber interdisciplinario porque, para realizar sus estudios, se vale de otras disciplinas, como la ciencia del derecho, la sociología en general, la psicología, la biología, la antropología y la historia, entre otras.

4. Política criminal

4.1 Definición

La política criminal forma parte de la política que se traduce en normas jurídicas (política jurídica) y del ejercicio, en general, del poder (política). Por política entendemos, siguiendo a Aristóteles (1967), el arte que se emplea para gobernar los pueblos, es decir, la tarea de disponer los medios que resultan ser idóneos, necesarios y proporcionados para alcanzar ciertos fines que le interesan a la polis, que le interesan a la sociedad en general. En otro giro, podría decirse, con Nicolás Gómez (2002), que la política es el arte de dosificar la libertad que el hombre puede soportar y la servidumbre que necesita.

Dicho esto, la definición tradicional de política criminal se le atribuye al profesor alemán Franz von Liszt (1999), para quien la política criminal es la acción del Estado en contra del crimen. En ese sentido, afirma von Liszt (1999), el derecho penal es la barrera infranqueable de la política criminal, queriendo con ello significar que el Estado debe actuar en contra del crimen, pero siguiendo los caminos trazados por el derecho penal positivo. Por ello mismo, se afirma que el derecho penal es la *Carta Magna* del delincuente, toda vez que la norma penal es, ante todo, la garantía que tiene el individuo para defenderse de la acción que el Estado promueve en su contra.

Algunos autores, desde una visión más reducida, afirman que la política criminal es “el arte de legislar en materia penal” (Creus, 1992). Esta concepción reduce la política criminal a una política penal propiamente dicha. Más bien, habría que entender que la política criminal, entendida como la acción del Estado frente al crimen, es mucho más que la política penal, porque, si pretende atacar las causas del delito (factores criminógenos) y atenuar sus efectos, la política criminal debe incluir políticas sociales, económicas, educativas, familiares, entre otras.

Más allá de lo anterior, la política criminal puede ser vista, no solo como la efectiva acción del Estado en contra del crimen, sino como una disciplina, como un saber penal (Mir, 2005). En tal sentido, la política criminal será aquel saber penal que se ocupa de estudiar los fines del sistema penal y la forma cómo deben configurarse los medios para que este sea eficaz. Así, la política criminal se pregunta por los fines que la pena debe cumplir en la sociedad, por cómo deben redactarse las leyes penales, cómo deben construirse los tipos penales, cuáles deben ser las sanciones aplicables, cuál debe ser la magnitud de tales sanciones, cuáles expectativas sociales deben ser protegidas por el derecho penal y, más aún, cuáles no.

En suma, la política criminal se pregunta por el cómo y el para qué del derecho positivo, de modo que este pueda ser eficaz en la prevención y reacción frente al delito. Que sea eficaz significa que cumpla con sus cometidos. Y que sus cometidos sean unos u otros depende del modelo de Estado que se asuma. Por ende, de acuerdo con los fines que identifica la política criminal y los medios que dispone para su consecución, sería posible hablar, al menos, de dos clases de política criminal³².

4.2 Clases de política criminal

En primer lugar, la política criminal *garantista*, que es la propia de un *Estado personalista*, tiene por finalidad responder al delito sin violentar la dignidad humana. Lineamientos básicos para una política criminal garantista pueden verse en la obra de Beccaria (1797). El autor italiano, en su obra *De los delitos y de las penas*, no describe, en forma coherente, lo prescrito por

³² Sobre la incidencia del contexto jurídico político, en el derecho penal, puede verse el texto de Solano (2008).

el derecho penal positivo, sino que, en ella, más bien, se encarga de criticar, acerbamente, el derecho penal de su época, y de proponer reformas al mismo. Otro ejemplo, más reciente, a propósito de una política criminal garantista, puede verse en la obra de Ferrajoli (1995a). Esa obra no describe un derecho penal positivo en particular, sino que perfila un modelo ideal de derecho penal³³.

La política criminal garantista, por lo dicho, se expresa como un saber que critica y busca reformar el derecho penal positivo cuando este se considera arbitrario. Pues bien, la política criminal garantista es la política propia del Estado personalista, por tanto, dicha política criminal se encamina a que ningún inocente sea castigado y a que el castigo del culpable se realice con el menor sacrificio posible de sus derechos y garantías. Sacrificio mínimo, pero, en todo caso, necesario para evitar la venganza privada.

Esta forma de política criminal propone, entonces, la creación de un derecho penal edificado como un sistema de garantías para todos los ciudadanos, esto es, un sistema de límites formales y materiales al ejercicio del *ius puniendi*. Por ello, la posibilidad de absolver culpables es un riesgo que asume la política criminal garantista.

En segundo lugar, la política criminal eficientista, que es la propia de un *Estado transpersonalista*, maximiza la intervención punitiva con miras a alcanzar, al costo que ello implique, un ideal colectivo. Esta política criminal, una vez materializada, corre el riesgo de sacrificar inocentes en función del logro de dicho ideal. Llevada al extremo, una política criminal eficientista se rebajaría al estatus del delincuente, pretendiendo combatir el delito con el delito mismo. De esta manera, con frecuencia, una política criminal de este tipo comporta el aumento de las penas, la creación de nuevas figuras delictivas y la flexibilización de las garantías, materiales y formales, pensadas en favor del ciudadano. En consecuencia, en el ámbito penal, se habla de eficientismo cuando se acude a cualquier medio, por ilegítimo que resulte, para la obtención del resultado, para la obtención del fin. Desde

³³ Sin embargo, no puede perderse de vista que, en realidad, el garantismo penal no existe al margen de un modelo punitivo absoluto, preventivo general o preventivo especial. Por ello, afirma Silva (2012) que el garantismo, en el contexto de un derecho penal orientado a la prevención general positiva, constituye el estado más evolucionado de las actitudes político criminales básicas.

esta perspectiva, el Estado asume la respuesta al delito como una verdadera lucha, sin miramiento alguno por la dignidad humana.

La política criminal eficientista, en este orden de ideas, no critica el ejercicio del poder punitivo, sino que, más bien, lo justifica. En este sentido, da cuenta de un saber al servicio del *statu quo*.

Como expresión del eficientismo, encontramos, por ejemplo, la política de seguridad ciudadana que se conoce con el nombre de “tolerancia cero”. Esta política, que surgió en la década del 60 en los Estados Unidos y que cobró plena vigencia a partir de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, encuentra, en la historia de Occidente, diferentes correlatos, como lo fue el tratamiento de los delitos de lesa majestad en las civilizaciones antiguas.

Con estas premisas, la diferencia entre una política criminal garantista y una política criminal eficientista radica en los medios que se utilizan para dar respuesta eficaz al delito. La elección de estos medios dependerá, en últimas, de los valores de cada sociedad, los cuales, habitual y mínimamente, aparecen explícitos en su Carta Política. De este modo, puesto que delimita su margen de acción, la dimensión axiológica de la norma jurídica es de sumo interés para la política criminal. Por ello, en un Estado personalista, el valor de la dignidad humana, como imperativo de lo que se considera correcto, condiciona la forma cómo se debe y se puede emprender la acción frente al crimen.

Garantías penales como la presunción de inocencia, el principio de igualdad, entre otras, se desprenden de una valoración favorable a la dignidad humana. En cambio, en un Estado transpersonalista, encontraremos otros valores sociales que se sitúan por encima de la dignidad humana, como lo son, entre otros, la eficiencia, la seguridad y la utilidad. Estos valores determinan, pues, que poco importan los medios, siempre y cuando el fin sea alcanzable.

Las políticas de tolerancia cero, las normas que presumen la responsabilidad penal de los individuos, los procedimientos que cercenan el derecho de defensa, entre otras medidas eficientistas, responden a una concepción del derecho penal entendido como instrumento de guerra.

Ahora bien, en las complejas sociedades contemporáneas es difícil encontrar esquemas puros. Con frecuencia, un mismo sistema penal combina dosis de garantismo con necesidades de eficiencia. Sin embargo, la expansión del derecho penal, como fenómeno que busca dar cuenta de las complejidades sociales, es un hecho innegable. Frente a esta realidad, Silva (1999) propone hablar de un derecho penal de dos velocidades.

La premisa que sirve de soporte a esta teoría es sencilla: no todos los delitos se deben enfrentar de la misma manera. Así, el derecho penal clásico o nuclear se ocuparía, sobre todo, de la respuesta a los delitos que defraudan expectativas normativas individuales de relevancia social; mientras que el derecho penal moderno o de frontera se encargaría, principalmente, de dar respuesta a los delitos que defraudan expectativas normativas colectivas de relevancia social. En el primer caso serían apropiadas las penas privativas de la libertad, mientras que, en el segundo, lo serían las penas resarcitorias. Solo en estas últimas formas de reacción al delito, que se encuentran a medio camino entre el derecho penal y el derecho administrativo, sería admisible flexibilizar algunas garantías.

5. Relaciones entre la dogmática, la criminología y la política criminal

Entre la dogmática penal, la criminología y la política criminal se presentan puntos de convergencia, pero, también, factores de divergencia, en suma, tanto vasos comunicantes como rupturas.

Como ya lo dijimos, la dogmática jurídico penal, en su fase relativa a la crítica, se impregna de elaboraciones provenientes de la política criminal y de la criminología. A partir de esas elaboraciones, dicen algunos, el analista, una vez ha reconstruido sistemáticamente el derecho penal positivo, puede formular cuestionamientos al mismo. En este sentido, la dogmática jurídico penal instrumentalizaría a la criminología y a la política criminal para elaborar sus propias críticas.

Esto explica la tendencia que se percibe en la actualidad y que refiere la necesidad de un sistema dogmático abierto a las consideraciones propias de la política criminal, de modo que todo estudio dogmático tendría, tam-

bién, consecuencias políticas. En ese sentido, Roxin (2000) afirma que cada una de las categorías dogmáticas del delito cumple una función político criminal: la tipicidad realiza el principio de legalidad, la antijuridicidad soluciona conflictos sociales y la culpabilidad se vincula a las teorías sobre los fines de la pena³⁴.

La criminología, por su parte, se vale de la dogmática para analizar, en la realidad, cómo el derecho penal es interpretado y aplicado por los operadores jurídicos. Así, la criminología puede convertir los estudios dogmáticos en hechos de estudio, en tanto que estos sirven para reproducir, pero también para limitar, el ejercicio del poder punitivo. Estos estudios serían, pues, piezas documentales de la realidad. Por otra parte, la criminología, al analizar el concepto de control social, problematiza el alcance empírico de la política criminal.

La política criminal, por su lado, se nutre de las depuraciones técnicas contenidas en los estudios dogmáticos. Lo hace para crear, rigurosamente, disposiciones normativas coherentes con el sistema jurídico. A su turno, la política criminal se vale de la criminología para medir la eficacia o la ineficacia de los medios normativos existentes para hacerle frente al crimen, de modo que, si los considera ineficaces, habrá de reformarlos. De esta forma, la criminología le muestra a la política criminal el camino para atacar las causas y mitigar los efectos del delito. Corresponde a la política criminal valorar tales medios en términos de su idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Si la política criminal omite considerar los desarrollos dogmáticos y criminológicos, fácilmente podría degenerar en lo que suele llamarse “populismo punitivo”. En este se privilegia la emotividad por encima de la racionalidad que le suministran, a la política criminal, los otros saberes.

³⁴ De esta manera, una política criminal garantista debe dar lugar a una dogmática jurídico penal orientada a limitar el ejercicio del *ius puniendi*. Por esta razón, Silva (2012) afirma que: “determinadas concepciones dogmáticas –sólo algunas–, al proponer la configuración de un ‘sistema abierto’, permeable a la incidencia directa de los principios materiales que han de inspirar la intervención penal, se constituye asimismo en un vehículo adecuado para traducir en términos conceptuales y trasladar a la práctica aspiraciones como la de restringirla intervención del poder punitivo al mínimo auténticamente necesario (perspectiva garantística material)” (p. 66).

No obstante, también se presentan tensiones entre la dogmática, la criminología y la política criminal.

La dogmática jurídico penal descalifica, con frecuencia, los estudios criminológicos, por considerar que estos responden a determinadas ideologías o por estimarlos, simplemente, como ajenos a la ciencia del derecho. Por otra parte, la dogmática, al detectar la introducción, en el sistema jurídico, de una norma que juzga irracional, no escatimará en su crítica. De allí que los estudiosos del derecho, constantemente, cuestionen la forma cómo se encuentran redactadas las disposiciones normativas, al igual que la labor de quienes las aplican.

La criminología muestra, en algunos casos, cuan alejada puede estar la dogmática de la realidad. Así, por ejemplo, la criminología ha cuestionado principios como el de igualdad, mostrando la selectividad del sistema penal. De igual modo, controvierte la utilidad de las estrategias de política criminal, evidenciando los altos índices de impunidad y lo poco que los ciudadanos, en algunos países, acuden a las instituciones del Estado. En consecuencia, los reparos criminológicos denuncian la falacia positivista o normativista que puede estar presente tanto en la dogmática como en la política criminal, sobre todo cuando estas pretenden derivar lo que es a partir de lo que debe ser (porque debe ser, es).

La política criminal, a su manera, reprocha a la dogmática su presunta neutralidad. Cuestiona, además, la falacia naturalista a la que pueden conducir los estudios criminológicos, sobre todo cuando estos concluyen lo que debe ser a partir de lo que es (porque es, debe ser)³⁵.

³⁵ Ferrajoli (1995b) reformula la llamada Ley de Hume, que sirve de sustento al planteamiento de ambas falacias, en los siguientes términos: “no se pueden derivar lógicamente conclusiones prescriptivas o morales de premisas descriptivas o fácticas, ni viceversa” (p. 27). Los juristas, con frecuencia, absolutizan esta dicotomía. No obstante, a partir de la segunda mitad del Siglo XX, la tesis de Hume (1896) ha sido reinterpretada por los filósofos en el sentido de que no puede leerse como una imposibilidad de desprender consecuencias lógicas y prescriptivas en el deber ser a partir de lo que es, sino que tal hecho, aunque posible, debe ser suficientemente explicado (Widow, 2015).

Para concluir, parafraseando a Kant (2007)³⁶, podríamos decir que la política criminal, sin dogmática y criminología, es ciega; pero estas, sin aquella, son vacías.

³⁶ Para hacer justicia con Kant, recordemos que este, en el marco de la discusión entre racionalismo y empirismo, diría: “Pensamientos sin contenido son vacíos, intuiciones sin conceptos son ciegas. Por eso es tan necesario hacer sensibles sus conceptos (es decir, añadirles el objeto en la intuición) como hacer inteligibles sus intuiciones (es decir, llevarlas bajo conceptos)” (Kant, 2007, p. 123).

E

Capítulo II El derecho penal en sentido subjetivo (*ius puniendi*)

Introducción

Este capítulo aborda el concepto y alcance del derecho penal subjetivo o *ius puniendi*, esto es, de la potestad del Estado de imponer sanciones penales, sea que se trate de penas o de medidas de seguridad. Así las cosas, en primer lugar, nos referiremos a la titularidad y a las fases de ejercicio de dicha potestad. En segundo lugar, nos ocuparemos de definir la naturaleza jurídica del *ius puniendi*. Finalmente, se estudiarán los límites al ejercicio de esta potestad o, lo que es lo mismo, las condiciones de punición válida³⁷.

³⁷ En rigor, no solo las condiciones de punición válida, sino de las condiciones de la punibilidad *existente* o *vigente*. En efecto, la trasgresión de algunos de estos límites, especialmente de los formales, podría provocar, incluso, la inexistencia de la norma penal que se pretendiese crear, y no solo su invalidez. Sobre los conceptos de validez y vigencia (existencia) de las normas jurídicas puede verse el texto de Solano (2016).

1. Titularidad y fases de ejercicio

El *ius puniendi*, o derecho penal en sentido subjetivo, es la potestad de castigar radicada en cabeza del Estado. La etimología de la expresión *ius puniendi* es acorde con esta definición; tal expresión latina significa, en efecto, “derecho de castigar”. Pese a su origen etimológico, esta definición no es la más afortunada, por cuanto puede sugerir afinidad con las teorías retributivas de la pena. Tal vez sea preferible hablar de “potestad punitiva”. Sea como fuere, cual lo indicábamos ya, el *ius puniendi* es la potestad del Estado de crear normas penales; de crear normas a través de las cuales imponga sanciones penales, penas o medidas de seguridad, y sea que se trate de normas generales o abstractas, o de normas particulares y concretas.

El *ius puniendi* se ejerce en tres fases o momentos: en primer lugar, en la *fase de la amenaza*, que consiste en la creación de normas penales generales y abstractas; esta fase es llevada a cabo por el legislador y se le conoce, también, como *criminalización primaria*. En segundo lugar, en la *fase de la imposición*, desplegada por el juez de conocimiento, que consiste en la determinación de una pena o medida de seguridad, por vía de la creación de una norma jurídica particular y concreta. Por último, en tercer lugar, en la *fase de la ejecución*, que es desplegada por las agencias penitenciarias bajo el control del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, y que consiste en el efectivo cumplimiento de esa norma particular y concreta creada por el juez de conocimiento. La segunda y tercera fases hacen parte de la llamada *criminalización secundaria* (Zaffaroni, Alagia, y Slokar, 2002)³⁸.

En las organizaciones sociales modernas, el titular de la potestad de castigar es el Estado (Velásquez, 2009, p. 54). Ahora, el Estado moderno es un Estado laico; es un Estado que pretende garantizar la libertad de conciencia; es un Estado que, para afirmar su soberanía, pretende ser él mismo principio de sus decisiones. En los Estados pontificios, por contraste, el Estado no se encontraba separado de la Iglesia; no era, por tanto, respetuoso de la libertad de conciencia. Los contenidos del derecho constituían expresiones de la Verdad revelada, de la que se decía depositaria la Iglesia.

³⁸ Algunos autores, debe advertirse, identifican la tercera fase con la denominada criminalización terciaria.

2. Naturaleza jurídica del *ius puniendi*

Tradicionalmente, se ha afirmado que el *ius puniendi* es un derecho³⁹. ¿Es el *ius puniendi* un derecho subjetivo, como lo indica su denominación? Y si no es un derecho subjetivo, ¿cuál es su naturaleza jurídica? Para responder, con rigor, a estas preguntas, es preciso ascender al nivel de la teoría general del derecho. Esto merece unas consideraciones preliminares.

La ciencia jurídica se compone de tres plantas o niveles de abstracción: en primer lugar, el de las dogmáticas particulares, el nivel más bajo, al que pertenecen los conceptos propios de cada parcela de cada derecho positivo en particular; en segundo lugar, el de las teorías generales-particulares, un nivel intermedio, integrado por conceptos comunes a una misma parcela de todos los derechos positivos existentes y posibles; y, en tercer lugar, el de la teoría general del derecho, el nivel más alto de abstracción, que se ocupa de los conceptos que son comunes a todas las parcelas de todos los derechos positivos existentes y posibles.

Son dogmáticas particulares, así las cosas, por ejemplo, la dogmática civil, la dogmática penal, la dogmática laboral, etcétera. Su labor estriba en reconstruir, sistemáticamente, los contenidos de cada parcela de cada derecho positivo en particular, con miras a explicar, en una forma coherente, qué es lo prescrito por ese derecho, respecto de quiénes se encuentra prescrito y en qué circunstancias (Guastini, 2011, pp. 23 y ss.). Las dogmáticas particulares deben distinguirse cuidadosamente de las teorías generales-particulares, pues ambas suelen confundirse. Ello obedece, seguramente, a que aquellas y estas suelen ir de la mano, como ocurre en este trabajo y en casi todos los trabajos de los penalistas. Así, la llamada dogmática jurídico-penal no es, en realidad, un ejercicio puramente dogmático; un análisis de la disciplina cultivada por los penalistas revelará que, expresado en términos metafóricos, la dogmática jurídico-penal se encuentra a caballo entre las teorías generales particulares y las dogmáticas particulares.

³⁹ En el desarrollo de este acápite se sigue, en gran medida, la exposición de Solano (2012b) sobre el particular. También, su obra *Introducción al estudio del derecho* (2016). Por tal razón, al advertirlo, nos sentimos dispensados de hacer una citación exhaustiva de tales escritos, remitiendo al lector a la lectura de los mismos.

Las teorías generales-particulares son, entonces, construcciones sistemáticas que pretenden dar cuenta de conceptos que son comunes a una misma parcela de todos los derechos positivos existentes y posibles. Se nos ofrecen como ejemplos las teorías del delito, del proceso, del acto administrativo, así como, por supuesto, la teoría general del derecho penal. No obstante que las teorías generales-particulares suelen ir aparejadas a las dogmáticas particulares, según se indicó, lo cierto es que aquellas y estas corresponden a niveles diferentes de apreciación del fenómeno jurídico, que bien podrían, y deberían, correr por separado y que por ello hay que distinguir.

Finalmente, la teoría general del derecho –o “filosofía del derecho de los juristas”, al decir de Riccardo Guastini (2011, pp. 16)–, es una construcción conceptual que pretende dar cuenta del ser universal del derecho, y cuyo objeto lo constituye, específicamente, el concepto de derecho y los conceptos jurídicos fundamentales. Estos conceptos, no huelga reiterarlo, son aquellos que son comunes a todos los derechos positivos existentes y posibles, con prescindencia de los contenidos que a esos conceptos les asigne cada derecho positivo en particular. Por ejemplo: los conceptos de norma jurídica, acto jurídico, bien jurídico, etc.

Al ubicarse en el más alto grado de abstracción de la ciencia jurídica, la teoría del derecho es la distancia intelectual necesaria –que no suficiente⁴⁰– para comprender cualquier fenómeno jurídico, para apreciarlo con rigor. Así, por ejemplo, para saber si en un caso concreto, desde la perspectiva de cierto ordenamiento jurídico, se configura o no un delito, debemos comprender primero qué es el delito; y solo se comprenderá qué es el delito si se sabe, previamente, qué es el acto ilícito. Lo mismo para nuestro caso: para saber, cabalmente, lo que sea el *ius puniendi*, debemos remitirnos a la teoría general del derecho, en particular, a los conceptos jurídicos fundamentales.

Sobre los conceptos jurídicos fundamentales se han expuesto dos teorías de gran trascendencia: la de Hans Kelsen y la de Wesley Newcomb Hohfeld. En puridad, estas teorías no son opuestas; antes bien, pueden articularse perfectamente entre sí. Repasémoslas sumariamente.

⁴⁰ Como dice Carnelutti (2000): “Es menester salir de la casa para poder verle la fachada” (p. XV).

En la teoría propuesta por Kelsen (1995a), el de sanción es el concepto jurídico fundamental gravitacional; en torno suyo giran todos los demás, que son, en términos generales, los conceptos de acto antijurídico, deber jurídico, derecho subjetivo, persona, etc. La sanción es el acto coactivo realizado por parte del Estado, consistente en la privación que este hace a una persona determinada de un bien por la realización de un determinado acto, llamado por Kelsen acto antijurídico.

El acto antijurídico –otros lo llaman, con mayor tino, acto ilícito⁴¹– es, entonces, el acto condicionante de la sanción. En opinión de Kelsen (1995a), un acto es antijurídico porque el derecho lo sanciona, mas no viceversa; no existe *mala in se*, sino *mala prohibita*. Y el deber jurídico, cuyo titular es el sujeto potencial del acto antijurídico, es aquel que se materializa en el acto opuesto al acto condicionante de la sanción: el acto antijurídico. Por su parte, el derecho subjetivo, que existe solo como reflejo de un deber jurídico, es el mismo derecho objetivo, pero visto en relación con aquella persona de cuya declaración de voluntad el derecho hace pender la imposición de la sanción. La persona, de otro lado, es el centro de imputación de consecuencias jurídicas, o sea el sujeto sancionable. Por último, el responsable es el sujeto contra el cual se dirige la sanción, sea que la condición de la sanción sea su propia conducta o la de otro, con el cual guarda una relación jurídica de custodia o aseguramiento.

La teoría de Hohfeld parte de notar la insuficiencia del binomio derecho-deber para explicar las distintas posiciones que una persona puede ocupar al hacer parte de una relación jurídica (Hohfeld, 2001, pp. 45 y ss.). Hohfeld (2011) advierte que en el lenguaje de los juristas las denominaciones derecho-deber se empleaban para aludir a las más diversas realidades conceptuales. Así, por ejemplo, la expresión derecho se utilizaba para referirse no solamente a la facultad, normativamente fundada, de exigir de otro una determinada conducta, sino, también, para aludir a la posibilidad de determinar la propia conducta, a la capacidad de crear normas y de imponerlas y ejecutarlas, y a estados de no sometimiento al ejercicio de una potestad.

⁴¹ Al respecto, con rigor, puede verse el texto de Carnelutti (2000, p. 67).

En vista de tal circunstancia, Hohfeld propuso que se hablase, más bien, de cuatro binomios de conceptos correlativos y de cuatro binomios de conceptos opuestos, así:

Conceptos jurídicos fundamentales correlativos	
Derecho	Deber
Privilegio	No derecho
Potestad	Sujeción
Inmunidad	Incompetencia

Conceptos jurídicos fundamentales opuestos	
Derecho	No derecho
Deber	Privilegio
Potestad	Incompetencia
Inmunidad	Sujeción

Fuente: elaboración a partir de Hohfeld (2001).

De esta manera, una persona, al hacer parte de una relación jurídica, puede ocupar bien una posición constitutiva de una situación jurídica de ventaja, si es titular de un derecho, un privilegio, una potestad o una inmunidad; bien de una posición constitutiva de una situación jurídica de desventaja, porque sobre ella recae un deber jurídico, o porque simplemente no es titular de un derecho, o porque padece una sujeción, o porque soporta una incompetencia.

Siempre que una persona se encuentre en una situación jurídica de ventaja, otra, correlativamente, se hallará en una situación jurídica de desventaja, como sigue: si una persona es titular de un derecho subjetivo, correlativamente recaerá sobre otra un deber; si una persona es titular de un privilegio, correlativamente ninguna otra persona estará facultada (no derecho) para exigirle a aquella que realice o se abstenga de realizar la conducta objeto de ese privilegio; si una persona es titular de una potestad, correlativamente otra estará sujeta al ejercicio de esa potestad; finalmente, si una persona goza de una inmunidad, correlativamente otra será incompetente para ejercer válidamente respecto de aquella una potestad.

Ahora bien, lo opuesto de ser titular de un derecho es no tenerlo (no derecho); de gozar del privilegio de realizar determinada conducta es tener

el deber de realizarla o de abstenerse de realizarla; de ser titular de una potestad, y poder ejercerla válidamente, es ser incompetente para ejercerla respecto de determinadas personas; de gozar de una inmunidad es estar sujeto al ejercicio de una potestad.

El derecho subjetivo es, pues, la facultad, normativamente fundada, para exigirle a otra persona la realización de una determinada conducta; el derecho es, por definición, derecho a la conducta ajena, a la conducta de otro; es *facultas exigendi*. El privilegio es la posibilidad, normativamente fundada, que tiene una persona para determinar su propia conducta, para hacer o no hacer algo; es derecho a la conducta propia; es *facultas agendi*.

La potestad es la capacidad normativa, es decir, la capacidad, conferida por el derecho objetivo, para crear normas jurídicas generales y abstractas, particulares y concretas, y para imponer o ejecutar sus consecuencias jurídicas. Sujeción, que no deber, es un estado de sometimiento al ejercicio de una potestad; se está sujeto sin que se tenga el deber de someterse voluntariamente al ejercicio de la potestad. Inmunidad es un estado de no sujeción al ejercicio de una potestad. E incompetencia es la incapacidad para ejercer válidamente una potestad de que se es titular en determinadas circunstancias.

Al margen de la teoría de Hohfeld (2001), conviene hacer la siguiente anotación, para entender mejor el tema que nos ocupa: las potestades pueden ser de dos clases, públicas y privadas. Las primeras se materializan en ejercicio de funciones públicas (legislativa, jurisdiccional, ejecutiva, electoral y de control). El ejercicio de estas potestades constituye, por regla general, un deber jurídico; su no ejercicio, por ende, un acto antijurídico. Las potestades privadas, por su parte, atañen a lo que los civilistas llaman autonomía privada, esto es, a la capacidad que tienen los particulares para, en determinados ámbitos, regular sus propias relaciones jurídicas. El ejercicio de estas potestades, por regla general, comporta un privilegio.

Hecha la digresión precedente, es tiempo, ahora sí, de responder a la pregunta planteada en el título de este acápite: ¿es el *ius puniendi* un derecho subjetivo? A la luz de los conceptos jurídicos fundamentales, debemos responder en forma negativa. El *ius puniendi*, desde la óptica de la teoría del derecho, de *ius* no tiene sino el nombre. En rigor, el *ius puniendi* no es un derecho subjetivo, sino una potestad pública cuyo ejercicio, por regla general, constituye un deber jurídico. No es un derecho subjetivo por las siguientes razones.

En primer lugar, si el *ius puniendi* fuera un derecho subjetivo, el particular estaría correlativamente obligado a someterse a la pena estatal; si ello fuera así, el no sometimiento voluntario constituiría un acto antijurídico, el acto condicionante de una sanción –sanción adicional a la imponible por el delito que se está persiguiendo–. Ocurre todo lo contrario, el Estado cuenta con unos plazos perentorios para ejercer la potestad de castigar, para lograr *sujetar* al particular, vencidos los cuales opera un fenómeno que en el derecho procesal penal se denomina prescripción, pero que, en rigor procesal, es preferible llamar preclusión o caducidad; esto es, agotados esos plazos precluye para el Estado la posibilidad de ejercer válidamente la potestad punitiva de que es titular, o, lo que es lo mismo, vencidos esos plazos el particular adquiere, en términos *hohfeldianos*, una inmunidad.

En segundo lugar, si el *ius puniendi* fuera un derecho subjetivo, se trataría de un muy curioso “derecho” cuyo ejercicio constituye, por regla general, un deber jurídico. El *ius puniendi*, valga reiterarlo, es la potestad de castigar radicada en cabeza del Estado, la cual se ejerce en tres fases, cada una de las cuales corresponde a una función pública en particular: la fase de la amenaza corresponde a la función legislativa; la de la imposición, a la función jurisdiccional; y la de la ejecución, a la función ejecutiva, bajo el control de la jurisdicción. Estas funciones, resulta meridiano, no son derechos del Estado. Los procesalistas, con razón, sostienen que la jurisdicción es un poder-deber; y es que, en efecto, en lógica kelseniana, su ejercicio constituye un deber jurídico –si bien solo por regla general, como se verá–, por ser la conducta opuesta a su ejercicio, su no ejercicio, un acto ilícito: un acto condicionante de una sanción –en el ordenamiento jurídico colombiano, de una sanción penal incluso, a título de prevaricato por omisión–.

En tercer lugar, no puede olvidarse que el Estado es un personaje que se desdobra en el ordenamiento jurídico; por veces, obra como ente soberano; en otras ocasiones, lo hace como cualquier persona jurídica. Al obrar como ente soberano, como Leviatán, no es titular de derechos, solo de potestades; al obrar como cualquier persona jurídica, por ejemplo, al contratar, puede llegar a ser un titular de derechos subjetivos.

El *ius puniendi* es, entonces, una potestad pública cuyo ejercicio constituye, por regla general, un deber jurídico, pero, por excepción, un privilegio. Esto último ocurre en aquellos casos en los cuales opera el llamado “principio de oportunidad”, figura proveniente del derecho anglosajón.

Este “principio” alude a la posibilidad que tiene el Estado de, en ciertos casos, suspender o interrumpir, e incluso renunciar, al ejercicio de su potestad de castigar. El principio de oportunidad dice soportarse en un juicio de utilidad, en un juicio de proporcionalidad, en una ponderación. Según dicho juicio, hay casos en que resulta más útil dejar de procesar que procesar, dejar de castigar que castigar. Uno de esos casos es el de la delación, que en Colombia se llama, eufemísticamente, “colaboración eficaz”, la cual se presenta cuando una persona que ha hecho parte de una organización criminal se compromete a dar información para desmantelar la organización y llegar a sus altos mandos, y el Estado, a cambio, se compromete con esa persona a no perseguirla penalmente, a no ejercer frente a ella su potestad de castigar.

De modo que el principio de oportunidad, al posibilitar que los sujetos de la relación jurídica, en casos excepcionales, dispongan del contenido de las normas penales que los regulan, dejándolas sin efecto para gobernar tales relaciones y tornándolas, por ello, en normas de orden privado, hace que, en ocasiones, el ejercicio del *ius puniendi* adquiera el ropaje jurídico de un privilegio.

Otra excepción se desprende del artículo 34 del Código Penal, atinente al supuesto de la “pena natural”. Conforme a la norma expresada en el segundo inciso de ese artículo, en los eventos de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las circunstancias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o sus familiares más cercanos, el juez podrá prescindir de la sanción penal si estima que ella no es necesaria.

3. Principios del derecho penal o límites al ejercicio del *ius puniendi*

3.1 Definición y clasificación

El ejercicio de la potestad en que consiste el *ius puniendi* depende del modelo de Estado; uno será su ejercicio en un Estado personalista, respetuoso de la dignidad humana; y otro, muy distinto, en un Estado transpersonalista, irrespetuoso de la dignidad humana. En el primer modelo de Estado, el *ius puniendi* estará sometido a un riguroso sistema de garantías, las cuales

constituirán límites a su ejercicio. En el segundo modelo de Estado, por el contrario, tales garantías o límites se flexibilizarán o suprimirán (Ferrajoli, 1995a). Estos límites al ejercicio de *ius puniendi* son, justamente, los principios del derecho penal, que pueden ser formales y materiales (Fernández, 2011, pp. 82-83).

Los límites formales aluden al quién y al cómo, esto es, señalan quién es el titular de la potestad punitiva en las distintas fases o momentos en que esta ha de ser ejercida, y trazan los cauces por los que ha de discurrir el ejercicio de dicha potestad. El límite formal por excelencia lo constituye el principio de legalidad. Los límites materiales, por su parte, aluden al qué; como su nombre lo indica, delimitan la materia que puede ser decidida por parte del titular de la potestad punitiva. Por virtud de estos límites, no sobre todo se puede decidir y no sobre todo se puede dejar de decidir en materia penal (Ferrajoli, 2004, pp. 23 y ss.); de esta manera, no cualquier conducta puede ser penalizada, ni cualquier pena, de cualquier magnitud, se puede asociar a la realización de la conducta penalizada. El límite material más importante lo constituye el principio del respeto por la dignidad humana.

Por lo dicho, en un modelo de Estado personalista, como al que tiende el Estado colombiano, al estudiar el *ius puniendi* aparece como especialmente relevante el tema de sus límites o, lo que es lo mismo, el tema de los principios del derecho penal. Como hemos dicho, el *ius puniendi* es la capacidad de crear normas que penalicen conductas, bien con una pena, bien con una medida de seguridad, y sea que se trate de normas generales y abstractas o de normas particulares y concretas. A partir del estudio de los principios del derecho penal, estaremos, pues, en capacidad de determinar si la potestad punitiva se ejerció válidamente en un caso concreto; si la norma penal creada, en ejercicio de esa potestad, es válida. Este juicio dependerá de la conformidad con todos los principios del derecho penal.

Lo anterior quiere decir, en otras palabras, que, si se transgrede uno solo de los principios del derecho penal, la potestad punitiva se habrá ejercido inválidamente. Por ende, la norma penal creada será inválida, y, como tal, podrá ser anulada, de conformidad con el control de validez de que se trate. Es más: hay casos, incluso, en que la transgresión de los principios del derecho penal implica no ya la invalidez, sino la inexistencia de la norma formulada, como, verbigracia, si no se cumple con lo prescrito por el principio de legalidad, en su modalidad de reserva legal, de conformidad con el

cual la fuente de producción de las normas penales generales y abstractas, que definan las figuras delictivas o sus respectivas penas aplicables, debe ser el Congreso de la República.

3.2 ¿Son los principios del derecho penal verdaderos principios?

Sea lo primero advertir que la expresión “principios”, en el derecho, es equívoca; puede ser entendida en, al menos, dos sentidos⁴². En un sentido tradicional, que recoge bien la definición de Giorgio del Vecchio (1971, pp. 41 y ss.), se entiende que los principios son “las verdades fundantes del ordenamiento jurídico”, verdades estas que informan los contenidos del derecho positivo. Con la aparición del Nuevo Derecho, se emplea también el vocablo “principios” para aludir a los llamados mandatos de optimización.

Según Robert Alexy (2001, pp. 69 y ss.), uno de los máximos exponentes del Nuevo Derecho, las normas jurídicas se clasifican en reglas y en principios. Las primeras son mandatos de aplicación perentoria, esto es, mandatos que se cumplen o incumplen en su totalidad, mandatos de todo o nada. Con las reglas, asevera Alexy (2001), se opera jurídicamente a través de un proceso de subsunción: si el hecho se subsume en el supuesto de hecho de la norma, deberá, en todo caso, declararse la respectiva consecuencia jurídica. Así, por ejemplo, la norma jurídica que criminaliza el homicidio, al prescribir que quien matare a otro deberá ser castigado con una pena de prisión, es una regla: si Juan mata a Pedro, ese hecho se subsume en el supuesto de hecho de esa norma jurídica; dado ese hecho, deberá, perentoriamente, declararse la consecuencia jurídica.

Ahora bien, las antinomias entre reglas, dice Alexy, se resuelven acudiendo a los criterios tradicionales, a saber: los criterios jerárquico, de especialidad y cronológico. Las antinomias son las contradicciones normativas; se presentan cuando dos o más normas atribuyen a un mismo supuesto de hecho consecuencias jurídicas opuestas o incompatibles entre sí, verbigracia cuando una norma prohíbe lo que otra ordena. Ante una antinomia,

⁴² En la exposición de este tema se sigue, en gran medida, la lectura realizada por Solano (2016) sobre la clasificación de las normas jurídicas propuesta por Robert Alexy.

de conformidad con el criterio jerárquico, deberá prevalecer la norma de superior jerarquía sobre la de inferior jerarquía; según el criterio de la especialidad, la norma especial sobre la general; y según el criterio cronológico, la norma posterior sobre la anterior.

Los principios, a su turno, son mandatos de optimización, que se cumplen en la medida de lo posible, dentro de las limitaciones fácticas y jurídicas existentes. En criterio de Alexy (2001), las normas constitucionales que consagran derechos fundamentales suelen ser principios. A guisa de ejemplo, desde la concepción de Alexy (2001), la norma jurídica que consagra el derecho a exigir una vivienda digna, previsto en el artículo 51 de la Constitución, no sería una regla, sino un principio, ya que su aplicación va dándose, paso a paso, en la medida en que existan recursos económicos que la hagan posible. A esto último apuntan, sobre todo, las limitaciones fácticas: a la escasez de recursos económicos.

Las limitaciones jurídicas, de otro lado, se refieren a los demás principios, pues las normas llamadas principios se encuentran en una constante situación antinómica o, al decir de Alexy (2001), en una constante colisión. Tal es el caso de la norma que consagra el derecho a la libertad de expresión, que se encuentra en constante colisión con la norma que consagra el derecho a la honra, al buen nombre.

Las antinomias entre principios, sin embargo, insiste Alexy (2001), no pueden resolverse atendiendo a los criterios tradicionales, toda vez que tales normas tienen generalmente la misma jerarquía (y suelen ser normas constitucionales), un alto grado de generalidad y han entrado en vigencia al mismo momento. En forma general y abstracta, pues, no puede decirse que un principio prevalezca sobre el otro. Esa constante situación antinómica solo puede resolverse en el caso concreto, a través de una ponderación. El juicio de ponderación supone sopesar las ventajas y las desventajas que se derivarían, en cada caso concreto, de aplicar uno de los principios en conflicto y dejar de aplicar el otro. El triunfo de uno de los principios, en la ponderación, dependerá de los mayores o menores perjuicios, sacrificios o ventajas que se obtendrían, en el caso concreto, en materia de derechos y libertades, de aplicarlos o de dejar de aplicarlos. Por tanto, entre los principios existe una “relación de precedencia condicionada” o, lo que es lo mismo, en términos de Guastini (2011, p. 170), una especie de “jerarquía móvil”: el principio que triunfe en la ponderación precederá al otro, tendrá

mayor jerarquía que el otro, pero solo para el caso concreto; en otro caso, en presencia de otras circunstancias, el principio que había triunfado bien puede resultar vencido.

Últimamente, con el auge del Nuevo Derecho, los estudiosos de las dogmáticas particulares, incluida la penal, han acogido un lugar común bastante desafortunado. Ese lugar común radica en definir a los principios de cada dogmática particular como mandatos de optimización, en el sentido recién descrito. Se trata de un craso error, que ha provocado graves consecuencias en materia penal y que procede de una interpretación descontextualizada e irreflexiva del Nuevo Derecho, que olvida la equivocidad propia la expresión “principio”. Los principios del derecho penal son, entiéndase bien, principios en el sentido tradicional de la expresión, al ser las verdades fundantes del sistema penal. El artículo 13 del Código Penal confirma este aserto: “Las normas rectoras contenidas en este código constituyen la esencia y orientación del sistema penal. Prevalecen sobre las demás e informan su interpretación”. Las normas rectoras, vale anotar desde ya, no son otra cosa que los principios del derecho penal positivados.

Corolario de lo anterior es que los principios del derecho penal no son lo que el Nuevo Derecho, especialmente Alexy (2001), entiende por tales. A la luz de la clasificación propuesta por este jurista, los principios del derecho penal son reglas, o sea mandatos de aplicación perentoria, sin cuyo cumplimiento no es legítima la intervención punitiva en un Estado personalista. Los principios del derecho penal son límites al ejercicio del *ius puniendi*, como se vio; por ende, se encuentran todos del lado del individuo y en contra del Estado (el titular de la potestad punitiva). Siendo ello así, estos principios no pueden ponderarse entre sí, pues no se encuentran entre sí en constante situación antinómica. Si pretenden ponderarse es porque algunos de ellos están siendo apreciados como garantías al revés, esto es, están siendo apreciados no como límites al poder punitivo del Estado, sino como instrumentos con que este cuenta para ejercer en forma eficientista ese poder.

La Corte Constitucional ha incurrido en el yerro que se denuncia; ha ponderado entre sí los principios del derecho penal, valiéndose de la teoría de Alexy: así, verbigracia, ha ponderado el principio de legalidad con el llamado principio de la prohibición de la protección inefectiva de los derechos fundamentales, que, estrictamente, no es más que el principio de lesividad, pero visto al revés; es decir, no visto como un límite al poder punitivo,

sino como un instrumento al servicio del Estado para ejercerlo en forma eficientista.

El principio de legalidad prescribe, como veremos, entre otras cosas, que no debe haber delito sin ley que lo consagre; el principio de lesividad, a su turno, prescribe que no debe haber delito sin daño. Entendidos así, resulta claro que no hay antinomia entre ambos; que, por el contrario, ambos se encuentran en armonía: para que haya delito se requiere tanto que esté previsto en la ley como que haya provocado un daño, y lo uno no impide lo otro. Es por la interpretación al revés del segundo, como “principio de la prohibición de la protección inefectiva de los derechos fundamentales”, según el cual siempre que haya daño debe haber delito, así la ley no lo contemple como tal, que puede hablarse de una “antinomia” entre principios del derecho penal, o de una necesidad de ponderarlos, como lo hace la Corte –la cual, por cierto, considera que el principio de legalidad debe ceder ante el principio de la prohibición de la protección inefectiva de los derechos fundamentales–.

La Corte ha venido haciendo esta indebida ponderación, específicamente, al declarar inexecutable parciales de tipos penales. Esto fue lo que sucedió con el tipo de genocidio contenido en el artículo 101 del Código Penal. Para la Corte ese artículo no protegía los derechos fundamentales de manera suficiente, por lo cual lo declaró inexecutable, parcialmente. Veamos:

Artículo 101. Genocidio. El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político que actúe dentro del marco de la ley, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros, incurrirá en prisión de cuatrocientos ochenta meses (480) a seiscientos meses (600); en multa de dos mil seiscientos sesenta y seis mil punto sesenta y seis (2.666,66) a quince mil (15.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses⁴³.

Al proceder de este modo, al declarar una inexecutable parcial como esa, la Corte provocó la apertura del tipo penal, incrustando en él conductas que en principio no estaban penalizadas. Así las cosas, la Corte, echando mano

⁴³ El aparte tachado corresponde a lo declarado inexecutable.

del principio de la prohibición de la protección inefectiva de los derechos fundamentales, ha terminado por legislar en materia penal, creando nuevas figuras delictivas y desdibujando, por ende, el principio de legalidad.

El tipo penal es la descripción que hace el legislador de una conducta con miras a prohibirla, ordenarla o a prescribir la observancia del deber de cuidado en un determinado ámbito de relación. A mayor número de elementos tenga el tipo penal, más individualizada estará la conducta en él descrita y, por tanto, mayor será el número de conductas que queden por fuera de la prohibición. Si, hipotéticamente, el tipo penal de homicidio dijese “el que matare a otro con armas de fuego...”, quedarían por fuera de la prohibición otras formas de matar.

Ahora bien, cuando la Corte Constitucional hace ceder el principio de legalidad ante el principio de la protección inefectiva de los derechos fundamentales, declarando la inexecutable parcial de un tipo y, así, excluyendo alguno de sus elementos, la Corte abre el tipo y termina por incluir en él conductas que no estaban penalizadas inicialmente. En el ejemplo recién propuesto, si la Corte declarase la inexecutable parcial de ese hipotético tipo de homicidio, excluyendo la expresión “con armas de fuego”, la Corte estaría penalizando el resto de las formas de matar.

Sea, por último, advertir que el propio Robert Alexy reconoce que su teoría sobre los principios no se corresponde con el uso tradicional que se le ha dado a la expresión “principios”. Reconoce Alexy (2001, p. 104), por ejemplo, que eso que los penalistas han llamado tradicionalmente principio de legalidad, en su teoría, constituye una regla, un mandato de aplicación perentoria.

3.3 Principios y normas rectoras

Es menester distinguir los principios del derecho penal de las normas rectoras del mismo (Velásquez, 2009, pp. 60 y ss.). Estas se encuentran consagradas en la Constitución; en algunos tratados internacionales sobre derechos humanos, como el “Pacto de San José de Costa Rica” y el “Pacto de Nueva York”, incorporados a nuestro ordenamiento jurídico a través de las Leyes 16 de 1972 y 74 de 1968, respectivamente –los cuales, por virtud del artículo 93 de la Constitución, hacen parte del Bloque de Constitucionalidad–; en el Código Penal (Ley 599 de 2000), cuyo título primero se deno-

mina, precisamente, “De las normas rectoras de la ley penal colombiana”; y, también, en el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), cuyo título preliminar se denomina “Principios rectores y garantías procesales”.

Estas normas rectoras no son otra cosa que los principios del derecho penal positivados, vale decir, los principios del derecho penal cosificados, anquilosados en una norma de derecho positivo. Entre principios y normas rectoras existe, así, la misma diferencia que entre derechos humanos y derechos fundamentales, siendo estos últimos los derechos humanos positivados.

En Colombia, como se verá, buena parte de los principios del derecho penal se halla positivada en las normas que integran el Bloque de Constitucionalidad; dicho en otros términos, en Colombia las normas rectoras, casi todas, son de rango constitucional. Ello implica, ni más ni menos, que el irrespeto por los límites al ejercicio del *ius puniendi* provoca la invalidez, en términos de inconstitucionalidad, del producto del ejercicio de esa potestad –esto es, de las normas jurídicas, generales y abstractas o particulares y concretas, creadas en ejercicio de la potestad punitiva–.

3.4 Estudio pormenorizado de los principios del derecho penal

3.4.1 Límites formales al ejercicio del *ius puniendi*

3.4.4.1 Principio de legalidad

Este principio se encuentra consagrado en los artículos 29 de la Constitución, 6 del Código Penal y 6 del Código de Procedimiento Penal, lo mismo que en los tratados internacionales referidos en el anterior acápite. En términos generales, según este principio, no debe haber conducta punible, ni sanción penal, sin ley que las consagre. El principio de legalidad constituye una garantía para la libertad y la igualdad de las personas, y es quizás el valor más importante para el derecho penal moderno. Este principio tiene un fundamento político de índole contractualista, según el cual solo el legislador, en tanto representante de la voluntad mayoritaria, es quien ha de tener el monopolio para definir las figuras delictivas y sus respectivas penas aplicables (Velásquez, 2009, pp. 131 y ss.). Su fundamento filosófico, por otra parte, se lo encuentra en aquella corriente del pensamiento, acerca de

la “naturaleza de las cosas”, que nace con Heráclito y discurre por la historia hasta triunfar en la Modernidad.

Esta corriente, que inaugura Heráclito, para quien “la naturaleza gusta de ocultarse” y “nadie se baña dos veces en un mismo río”, persiste con los sofistas, como Protágoras, aún en la Edad Antigua; continúa con los nominalistas, en especial con Duns Scoto y Guillermo de Ockham, en la Edad Media; y culmina en la Modernidad. Para esta corriente filosófica, no hay en las cosas, en las personas, en las conductas un ser, una naturaleza, una estructura ontológica que determine su sentido, su significado, su valor; no hay, en suma, realidad metafísica; no hay naturaleza en el sentido filosófico de la expresión, solo cultura. Es el hombre, para esta corriente, quien determina el sentido, el significado de las cosas; es él quien les atribuye su valor (Solano, 2016, pp. 235 y ss.).

En el plano axiológico, esta corriente se compadece el relativismo axiológico, según el cual los valores son impresiones subjetivas de agrado o desagrado; de modo que, en rigor, no hay valores, sino solo sujetos que valoran (Solano, 2016, pp. 25 y 26.).

En el plano *iusfilosófico*, por su parte, esta corriente se corresponde con el positivismo jurídico o *iuspositivismo*. Para esta concepción, no hay *mala in se*, sino *mala prohibita*: la ilicitud de una conducta no proviene de su naturaleza, de su ser, de su esencia, sino que es el producto de un acto de imputación, de un acto de atribución del hombre en determinadas circunstancias históricas; no existen actos que sean ilícitos en sí mismos; un acto solo es ilícito en la medida en que el derecho positivo le atribuya una sanción, dirá Kelsen. No existen, pues, para esta postura, ilicitudes sustanciales (Solano, 2016).

La otra gran corriente del pensamiento filosófico sobre la “naturaleza de las cosas” es la inaugurada por Parménides, continuada por los filósofos, en especial por Sócrates, Platón y Aristóteles, todavía en la Edad Antigua; por los realistas, San Agustín y Santo Tomás, sobre todo, en la Edad media; y luego, en la Modernidad, por los reaccionarios. Para esta corriente filosófica, el mundo es cosmos, no caos; el mundo tiene un ser, una naturaleza, una estructura ontológica que determina su sentido, su significado, su valor. Las cosas, las personas, las situaciones, las conductas poseen una esencia, una realidad metafísica que determina la forma en que el hombre ha de

habérselas con ellas. En el plano axiológico, esta corriente se corresponde con el absolutismo u objetivismo axiológico, según el cual los valores son absolutos, por cuanto se imponen a los sujetos con independencia de sus impresiones de agrado o desagrado; de modo que, por tanto, los valores son objetos, en tanto conservan su ser con independencia del sujeto (Solano, 2016, pp. 25 y 26.).

En el plano *iusfilosófico*, esta corriente se compadece con el *iusnaturalismo*. Para el *iusnaturalismo*, hay *mala in se* y no *mala prohibita*, como quiera que la conducta posee, en sí misma, una estructura ontológica, un ser, una esencia que determina su sentido, su significado, su valor, su licitud o ilicitud; por tanto, para esta postura, existen ilicitudes sustanciales; una conducta es ilícita porque en sí misma es indebida (Solano, 2016).

La postura de Heráclito, como lo recuerda Solano (2016), había triunfado en la Modernidad. ¿Qué es, pues, la modernidad? Más que un segmento de la historia, la Modernidad es la actitud vital del hombre por desligarse de todo dato ontológico previo, en filosofía, ciencia, arte, política, religión (Alvear, 2013, pp. 29 y ss.).

El filósofo moderno por excelencia, Kant, con su exhortación al *sapere aude*, caracteriza a esta etapa por ser el tránsito del hombre de su minoría a su mayoría de edad; en aquella, la minoría de edad, el hombre construye su realidad a partir de una verdad revelada, de un ser metafísico de que es depositario e intérprete auténtico la Iglesia; en esta, su mayoría de edad, el hombre proyecta su existencia a partir de su racionalidad (Alvear, 2013, pp. 107 y ss.). Por lo dicho, el Estado moderno es un Estado laico; es un Estado que pretende separarse de la Iglesia al garantizar la libertad de conciencia –la posibilidad del sujeto de escoger el sistema de creencias que va a guiar su existencia–; es un Estado que entiende que solo así podrá ser soberano, siendo principio de sus decisiones.

Pues bien, según el principio de legalidad propio del derecho penal de la Modernidad, no debe reconocerse la existencia de esencias, la existencia de *mala in se*, en suma, la existencia de lo que Ferrajoli llama *ilicitudes sustanciales* (Ferrajoli, 1995a). Conforme a este principio, es la ley penal la que traza los contornos de ilicitud penal de una conducta. Se dijo que este principio constituye una garantía para la libertad de los ciudadanos. Ello es así porque, solo si se admite lo ya dicho, puede controlarse el poder punitivo;

si, por el contrario, se partiese de la existencia de ilicitudes sustanciales, de *mala in se*, de esencias delictivas, quien detentase el poder punitivo tendría la posibilidad de hacer como una especie de mago que saca de su sombrero figuras delictivas que, según él, corresponden a tales esencias. El principio de legalidad, haciendo énfasis en el monopolio que tiene el legislador para definir las figuras delictivas y sus respectivas penas aplicables, es llamado también principio de reserva legal⁴⁴.

Los límites al ejercicio del *ius puniendi* se manifiestan en las distintas fases en que el poder punitivo se ejerce, ya mencionadas: fase de creación de normas penales, fase de imposición de penas y fase de ejecución de penas. En consecuencia, del principio de legalidad emana una serie de prerrogativas, de garantías en los planos sustancial, procesal y de ejecución de la pena (Velásquez, 2009, pp. 140 y ss.).

a) Prerrogativas que emanan del principio de legalidad en el plano sustancial

A estas garantías se refiere célebre aforismo latino, procedente de Johann Anselm von Feuerbach⁴⁵, del principio de legalidad: *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta, stricta, certa et praevia*, cuya traducción al español reza: no debe haber delito ni pena sin una ley escrita, estricta, cierta y previa que los consagre (Bustos, 1997, pp. 81 y ss.). Las exigencias de la ley escrita y estricta se dirigen, preponderantemente, al juez; las exigencias de la ley cierta y previa se dirigen, preponderantemente, al legislador (Roxin, 2001, p. 140).

Que la ley penal –o mejor, la norma penal– deba ser escrita significa que no debe haber norma penal sin enunciado normativo. De esta característica se desprende el principio de la prohibición del derecho consuetudinario

⁴⁴ No sobra decir que la reserva legal no es exclusiva del derecho penal; ella también existe, verbigracia, en el derecho tributario, a partir de la máxima “no debe haber tributo sin representación”.

⁴⁵ En realidad, la formulación ideada por Feuerbach fue esta: *nulla poena sine lege*. Con el tiempo, esta formulación inicial fue complementada, hasta alcanzar la célebre fórmula *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta, stricta, certa et praevia*, como indica Roxin (2001, p. 146 y ss.).

en materia penal, que en Colombia encuentra excepción en lo referente al derecho penal indígena, a que se refiere el artículo 246 de la Constitución.

Que la ley penal deba ser cierta apunta a que la misma debe determinar en forma clara y precisa tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica de la norma penal. De esta característica surge el principio de taxatividad.

Que la ley penal deba ser previa significa que ella debe ser preexistente al hecho que pretende gobernar. De esta característica se extrae el principio de la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal, por virtud del cual esta no debe aplicarse a hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia. Este principio sufre una excepción por virtud del principio de favorabilidad, según el cual si la ley posterior al hecho es más favorable para el procesado o condenado, esta ley deberá aplicarse en forma retroactiva.

Por último, que la ley penal deba ser estricta significa que ella solo debe aplicarse a hechos expresamente consagrados en ella. De esta característica surge, por consiguiente, el llamado principio de prohibición de la analogía en materia penal. Cabe indicar, sin embargo, que en materia penal solo se encuentra prohibida la analogía *in malam partem*, esto es, la analogía que es desfavorable para el procesado o condenado; la analogía *in bonam partem*, esto es, la analogía favorable al procesado o condenado, se encuentra permitida.

Feuerbach (1989) se vale de su teoría de la prevención especial negativa, de su “teoría de la coacción psicológica”, para fundamentar las exigencias del principio de legalidad en el ámbito sustancial. Según Feuerbach (1989), si el fin de la pena consiste en la intimidación de potenciales delincuentes, tal fin solo podrá lograrse si, antes del hecho, se fija en la ley, del modo más exacto posible, cuál es la acción prohibida; de lo contrario, si no hay ley previa o esta es oscura, mal podría motivarse a sus destinatarios, en tanto estos difícilmente podrán conocer si su conducta acarrea o no una pena (Roxin, 2001, p. 146).

El principio de legalidad, como hemos visto, exige que las normas penales tengan por única fuente de manifestación la ley, entendida como la forma en la que el órgano colegiado de representación popular, en el caso colombiano, el Congreso de la República, expresa las normas que crea. O, más exactamente, como el conjunto articulado de enunciados normativos por

vía de los cuales se expresan normas generales y abstractas que versan sobre una misma materia, y que son creadas por el Congreso. El principio de legalidad implica, entonces, también, correlativamente, la exigencia de que las normas penales tengan por única fuente de producción normativa el Congreso. E implica, de igual manera, la exigencia de que la creación de las normas penales sea el resultado de la legislación o proceso legislativo; o, lo que es lo mismo, de que las normas penales tengan por única fuente formal a la legislación, la cual, como es sabido, consiste en el proceso de creación normativa regulado en el trámite o procedimiento legislativo, previsto, en Colombia, en la Constitución y en la Ley 5 de 1992 (Reglamento del Congreso o Ley Orgánica del Congreso).

En suma, las normas penales deben tener como fuente de producción normativa al Congreso; como fuente formal, a la legislación; y como fuente de manifestación, a la ley⁴⁶. Estas tres exigencias integran el principio de reserva legal en materia penal, al que ya se aludió. Esta reserva, con todo, no cubre a cualesquiera normas penales. Naturalmente, ella solo cubre normas generales y abstractas; la creación de normas penales, particulares y concretas, corresponde al juez. Además, ya lo anotábamos, esta reserva solo es relativa a la definición de las figuras delictivas y sus respectivas penas aplicables. El principio de legalidad no es óbice para que, por ejemplo, la jurisprudencia pueda ser fuente de manifestación de normas generales y abstractas, por vía de la cual se creen normas permisivas.

Ahora bien, lo cierto es que en Colombia no existe un único procedimiento legislativo, al no existir una única clase de leyes. Además de las leyes ordinarias, el ordenamiento vernáculo también contempla leyes estatutarias, orgánicas, marco, de facultades extraordinarias, etc., cada una con su particular procedimiento legislativo. Ante esta diversidad de trámites legislativos, cabe preguntarse por el trámite a través del cual debe discurrir la creación de normas penales. En realidad, la inquietud solo se presenta en relación con las leyes ordinarias y las leyes estatutarias. Nos preguntamos, pues: ¿en Colombia las leyes penales deben seguir el rito propio de las leyes ordinarias o de las leyes estatutarias? En primer lugar, hay que señalar que aquel rito, el de las leyes ordinarias, es residual; es decir, si no se consagra

⁴⁶ Sobre las múltiples acepciones de la expresión “fuentes del derecho”, véase el texto de Solano (2016).

un procedimiento especial para la expedición de una ley, debe observarse el procedimiento ordinario.

En cuanto a las leyes estatutarias, el artículo 152 de la Constitución establece:

Artículo 152. Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:

a. Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección;

(...)

Las leyes estatutarias hacen parte de las llamadas “leyes prolongación de la Constitución” y, por ende, del Bloque de Constitucionalidad. La otra clase de leyes prolongación de la Constitución la constituyen las leyes orgánicas, a través de las cuales se crean normas de producción normativa de especial relevancia, como, por ejemplo, la reglamentación en detalle del procedimiento legislativo previsto, en líneas generales, en la Constitución. El constituyente, entonces, por la particular importancia de las materias sobre las que versan estas dos clases de leyes, las orgánicas y estatutarias, quiere que su aprobación, modificación o derogación sea el producto de amplios consensos. Por eso exige como quórum decisorio, para la expedición de ambas clases de leyes, la mayoría absoluta de todos los miembros del Congreso. Para la expedición de leyes estatutarias, hay, incluso, dos exigencias adicionales. En vista de la especial gravedad de las materias objeto de las leyes estatutarias, quiere el constituyente que el debate sobre la aprobación, modificación o derogación de no se disperse. De allí que estas leyes deban tramitarse en una sola legislatura. Y, por lo mismo, tampoco quiere el constituyente que las normas creadas a través de las leyes estatutarias ingresen al ordenamiento jurídico siendo inconstitucionales. De allí que consagre, sobre las mismas, un control previo de constitucionalidad.

El Tribunal Constitucional español ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre una inquietud similar a la que nos ocupa. Lo mismo que la Constitución colombiana de 1991, la Constitución española 1978, en su artículo 81, previó un tipo especial de ley, con su correspondiente trámite legislativo especial, para las leyes que versaran sobre derechos fundamentales, en los siguientes términos: “Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas...”. Las “leyes orgá-

nicas” españolas se corresponden, entonces, al menos en lo referente a los derechos fundamentales, a las “leyes estatutarias” colombianas. Pues bien, la postura de aquel tribunal ha sido la de sostener que las leyes penales que comprometan derechos fundamentales deben tramitarse como leyes orgánicas. Y se entiende que una ley penal compromete o desarrolla un derecho fundamental no porque lo proteja como bien jurídico, sino porque imponga una pena que implique la restricción del derecho fundamental. De esta manera, resulta claro que las normas penales que impongan penas de prisión, al desarrollar el derecho fundamental a la libertad, deben expedirse a través de leyes orgánicas. No es tan claro, sin embargo, para la doctrina española, si las normas penales que impongan penas de multa deben expedirse a través de esta misma clase de leyes, al no ser la propiedad un derecho fundamental en el derecho español (Muñoz y García, 2015).

La posición de la Corte Constitucional colombiana ha sido la opuesta (Sentencia C-193 de 2005). Para el Tribunal Constitucional colombiano, la expedición de las leyes penales debe seguir el rito propio de las leyes ordinarias, por dos razones: la primera, porque delinquir no hace parte del núcleo esencial de ningún derecho fundamental, por lo cual no podría decirse que las leyes penales desarrollen o regulen derechos fundamentales. La segunda: ha dicho la Corte Constitucional que la expresión “y los procedimientos y recursos para su protección”, contemplada en el artículo 152 de la Constitución, debe ser objeto de una interpretación restrictiva, de suerte tal que no se entienda que, a través dicha expresión, se prescribe que toda ley que pretenda proteger un derecho fundamental debe tramitarse como ley estatutaria. De entenderse así, afirma la Corte, se vaciaría el contenido de la legislación ordinaria, ya que toda ley, en forma directa o indirecta, tiene que ver con la protección de un derecho fundamental. A estas expresiones, entonces, concluye la Corte, debe dársele solo un alcance procesal, en el sentido de que toda actuación de índole procesal encaminada a la protección directa de los derechos fundamentales debe seguir el rito propio de una ley estatutaria. Así, por ejemplo, la ley que pretendiera regular el llamado de recurso de *habeas corpus*, por vía del cual se protege la libertad frente a privaciones ilegítimas de la misma, o la ley que pretendiese reformar la regulación de la acción de tutela, tendrá que ser tramitada por una ley estatutaria.

Con todo, vale preguntarse lo siguiente: si bien la Corte Constitucional ha dicho que las leyes penales deben seguir el rito propio de las leyes ordina-

rias, ¿qué ocurriría si el Congreso de la República decide tramitar una ley penal siguiendo el rito propio de una ley estatutaria? Esa ley no podría ser declarada inexecutable, no sería inconstitucional, porque hay un principio general del derecho según el cual ahondar en formalidades no puede producir consecuencias jurídicas negativas. Si la ley es válida habiendo sido aprobada por una mayoría simple, con mayor razón lo será habiendo sido aprobada por una mayoría absoluta; si la ley es válida habiendo sido discutida en debates dispersos, con mayor razón lo será habiendo sido discutida en debates concentrados. Sin embargo, se presentaría un grave problema: si dicha ley fuese declarada executable como estatutaria, ello nos llevaría a la absurda consecuencia de afirmar que la composición del Bloque de Constitucionalidad depende del capricho del legislador, lo cual sería inadmisibles. Lo que debe ocurrir, en un caso así, es que la Corte declare esa ley executable, pero no como ley estatutaria, sino como ley ordinaria.

b) Prerrogativas que emanan del principio de legalidad en el plano procesal

Del principio de legalidad derivan dos de los postulados que integran el debido proceso: el postulado del juez natural y el postulado de la legalidad de las formas procesales (Bernal y Montealegre, 2004, pp. 357 y ss.). El debido proceso, de acuerdo con lo expresado por el profesor Álvaro Vargas (1991), es el modelo ideal o arquetipo de proceso, trazado en la Constitución Política en cumplimiento de pactos internacionales sobre derechos humanos, e impuesto, por una parte, al legislador, y por otra, al juez y las autoridades administrativas. Se impone al legislador para que lo desarrolle de forma exhaustiva en los códigos procesales. Y se impone al juez y a las autoridades administrativas para que lo hagan realidad concreta y tangible al procesar y enjuiciar litigios, y en las particulares actuaciones administrativas. El debido proceso, más que un principio, es un conjunto de principios o postulados, del que hacen parte los principios de publicidad, imparcialidad, contradicción, entre otros y además de, por supuesto, los dos que nos ocupan.

De acuerdo con el postulado del juez natural, solo el juez señalado como competente para el efecto por la Constitución y la ley es quien puede válidamente procesar y enjuiciar el litigio penal; ese juez, por lo demás, conforme a este principio, ha de haber sido señalado como competente por la Constitución y la ley con anterioridad a la ocurrencia de los hechos que serán objeto de procesamiento. El postulado del juez natural, por tanto,

se opone a los llamados jueces *ex post facto* o jueces *ad hoc*: jueces creados para un caso ya ocurrido. En relación con esto, vale señalar que, de conformidad con el enunciado normativo contenido en el artículo 213, inciso último, de la Constitución, en ningún caso la Justicia Penal Militar es competente para juzgar civiles.

Según el postulado de la legalidad de las formas procesales, no debe haber proceso sin procedimiento, esto es, el proceso ha de discurrir por el procedimiento trazado por la ley con anterioridad a la ocurrencia de los hechos constitutivos del litigio que va a ser procesado.

c) Prerrogativas que emanan del principio de legalidad en el plano de la ejecución de la pena

Por virtud del principio de legalidad, la ejecución de la pena no debe comportar una punición adicional a aquella establecida en la ley para el hecho por el cual el sujeto fue condenado. Según la Corte Constitucional, en la primera sentencia que declaró el estado de cosas inconstitucional en los establecimientos penitenciarios y carcelarios (Sentencia T-153 de 1998), las condiciones de esos centros de reclusión hace que la ejecución de la pena de prisión termine por comportar una punición adicional a aquella establecida en la ley para el respectivo delito. La pena de prisión, según la ley, consiste en la limitación de la libertad del sujeto en un centro de reclusión y en su sometimiento a un régimen especial vida. En Colombia, sin embargo, dadas las condiciones de hacinamiento carcelario, la ejecución de la pena de prisión termina por ocasionar sacrificios mayores a los previstos por la ley.

3.4.1.2 Principio de taxatividad

Este principio se encuentra consagrado en los artículos 6 y 10 del Código Penal y 29 de la Constitución. Se le conoce también con el nombre de “principio de tipicidad” –expresión no del todo afortunada, por cuanto puede conducir a que se confunda este principio con la tipicidad como categoría dogmática del delito–. Ferrajoli (1995a), por su parte, lo llama “principio de la estricta legalidad”. Otros lo llaman “principio de la determinación”. Según este principio, la ley penal debe definir en forma clara, precisa y detallada tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica de la norma penal. Dice Ferrajoli (1995a) que, por virtud del principio de estricta

legalidad, al legislador le corresponde definir no solo en forma exclusiva, sino también en forma exhaustiva, tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica de la respectiva norma penal. Este principio, propio del derecho penal moderno, pretende garantizar el postulado clásico de la separación de poderes; pretende que el legislador sea el único en crear figuras delictivas y sus respectivas penas aplicables (Roxin, 2001, pp. 141 y ss.). Las leyes penales indeterminadas abren el boquete para que sea el juez quien termine por determinar cuáles son las figuras delictivas y cuáles son las penas aplicables.

Para algunos, según el principio de taxatividad, las leyes penales deben estar construidas con un lenguaje claro, asequible a un nivel cultural medio de la población. Esta posición es cuestionable; su corrección o incorrección penderá, en todo caso, del sentido de que se atribuya a la promulgación de las leyes y de quién se conciba como destinatario de las mismas. Por regla general, la doctrina penal afirma que el destinatario de las leyes penales son todos los individuos que integran la sociedad; que las leyes penales se promulgan precisamente para que los particulares puedan conocer sus prescripciones y comportarse de conformidad con lo prescrito por ellas.

El profesor alemán Max Ernst Mayer no razona en ese sentido. En *Normas jurídicas y normas de cultura* (2000), sostiene Mayer que el destinatario de las leyes no es el particular, sino únicamente el juez, porque es este el llamado a imponer las sanciones. Dice Mayer que es propio de la técnica legislativa que las leyes se encuentren construidas con una terminología técnica; que es propio de ellas que sean breves. Si la ley que contiene nuestro Código Penal tuviese que estar redactada en un lenguaje asequible a un nivel cultural medio de la población, esa ley bien podría exceder los 100 tomos, diríase, en apoyo de Mayer.

El sentido, entonces, de la promulgación de la ley es el sello de autenticidad que se otorga al texto legal, que le permite al juez identificar el derecho vigente. Pero si esto es así, si el particular no es el destinatario de la ley penal, ¿de dónde deriva su legitimidad la fuerza obligatoria de la ley penal para ese particular? Responde Mayer (2000) que la legitimidad le viene dada a la ley penal del hecho de que se encuentre soportada, respaldada por eso que él denomina “normas de cultura”. Siguiendo a Velásquez (2009), veamos algunos casos en que se viola el principio de taxatividad.

a) Casos en que se viola el principio de taxatividad por indeterminación del supuesto de hecho de la norma penal

Las llamadas “cláusulas generales”: se trata de fórmulas globales que terminan por abarcar cualquier clase de comportamiento. Si el legislador se vale de alguna de estas cláusulas, en rigor, sobra la parte especial del código penal. Como ejemplo de estas cláusulas, tenemos las que se consagraron en los Estados totalitarios del siglo XX. En la Alemania nazi no se alcanzó a expedir un nuevo código penal. Se introdujeron, con todo, reformas al código penal vigente, que arrasaron con varios límites al ejercicio del *ius puniendi*, entre ellos, con el principio de legalidad y, en particular, con el principio de taxatividad. Una de esas reformas, de 1935, modificó el enunciado que se refería al principio de legalidad, de tal forma que este quedara así:

Será castigado quien cometiere una acción que la ley declare punible, o que merezca pena, según el concepto fundamental de una ley penal y según el sano sentimiento del pueblo alemán. Si para el hecho no encontrare inmediata aplicación ninguna ley penal determinada, tal hecho será castigado según aquella ley cuyo concepto fundamental esté más próximo al hecho (Maggiore, 2000, p. 181).

Este enunciado normativo consagra dos cosas: en primer lugar, una cláusula general, según la cual es punible todo lo que la ley prevea como tal y, además, cualquier acto contrario al sano sentimiento del pueblo alemán, sano sentimiento que era interpretado por el *Führer*. En segundo lugar, ese enunciado consagra la posibilidad de aplicar la ley penal por analogía *in malam partem*.

Por su parte, el Código Penal Soviético de 1926 prescribía lo siguiente:

Si un acto socialmente peligroso no estuviere expresamente previsto en este Código, el fundamento y los límites de la responsabilidad en que por él se incurriere, se determinarán conforme a los artículos del Código que prevean delitos que más se aproximen a aquel por su naturaleza (Maggiore, 2000, p. 181).

Tipos penales abiertos: como ya se dijo, el tipo penal es la descripción que el legislador hace de una conducta. Así, por ejemplo, el tipo penal de homicidio simple, contenido en el artículo 103 del Código Penal, dice: “El que matare a otro...”. Los tipos penales abiertos son aquellos que no individua-

lizan en forma exhaustiva la conducta por ellos descrita. Se oponen a los llamados “tipos cerrados”, u oclusivos, que son aquellos que individualizan en forma exhaustiva la conducta en ellos descrita.

La apertura de un tipo penal puede deberse a que este contenga demasiados elementos normativos. Los elementos objetivos que integran el tipo penal se clasifican en elementos descriptivos y elementos normativos. Los primeros son aquellos que aluden a personas, situaciones o cosas perceptibles mediante los órganos de los sentidos. Por ejemplo: el “otro” a que se refiere el tipo penal de homicidio simple es un elemento descriptivo. Los elementos normativos, a su turno, son aquellos que se refieren a personas, situaciones o cosas para cuya captación se requiere de una valoración. La expresión “deshonrosa”, contenida en el tipo penal de injuria, previsto en el artículo 220 del Código Penal, es un ejemplo de elemento normativo. Lo deshonroso de una imputación no se percibe mediante los órganos sensoriales; es necesario hacer una valoración. Un ejemplo de tipo abierto por tener en exceso elementos normativos es el tipo penal de actos de terrorismo, contenido en el artículo 144 del Código Penal, que dice:

Artículo 144. Actos de terrorismo. El que, con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado, realice u ordene llevar a cabo ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias, actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla (...).

A la luz de una descripción como esta, cualquier acto podría terminar siendo considerado terrorismo.

Hay casos en que la apertura de un tipo penal obedece no al capricho del legislador, sino a la naturaleza misma de la conducta descrita en el tipo penal, al tratarse de conductas que el legislador, en materia penal, solo puede regular por vía de tipos penales abiertos. Este es el caso, por ejemplo, de los tipos culposos y de los tipos de omisiones impropias. Los tipos penales abiertos solo son inadmisibles en aquellos casos en que la apertura del tipo provenga del capricho del legislador y no de la naturaleza misma de la conducta tipificada.

Tipos penales en blanco: son aquellos que están incompletos y que deben ser objeto de complementación por un enunciado normativo de carácter extrapenal, creado generalmente por una autoridad administrativa. Se trata de “cheques en blanco” que el legislador penal gira a la autoridad administra-

tiva para que sea esta quien llene su contenido (Binding, 1977). Estos tipos penales, más que comprometer el principio de taxatividad, comprometen el principio de legalidad en su modalidad de reserva legal, por cuanto no será el legislador, sino la autoridad administrativa, quien termine por definir la respectiva figura delictiva. Ejemplo característico de un tipo penal en blanco es el contemplado en el artículo 368 del Código Penal, de “violación de medidas sanitarias”.

Estos tipos penales solo serán admisibles en aquellos casos en los cuales acudir a esa técnica legislativa sea no el producto del capricho del legislador, sino de la naturaleza misma de la conducta que va a ser regulada; y es que hay conductas que, por su constante movimiento, no pueden ser reguladas atendiendo al engorroso trámite legislativo; hay materias que, por su dinamismo, requieren el concurso de la autoridad administrativa en su regulación. Si el legislador pretendiese regular exhaustivamente esas materias, dicha regulación quedaría pronto anquilosada. Este es el caso de la conducta descrita en el tipo penal de usura, previsto en el artículo 305 del Código Penal.

b) Casos en que se viola el principio de taxatividad por indeterminación de la consecuencia jurídica de la norma penal

La consecuencia jurídica de la norma penal puede estar indeterminada cualitativa o cuantitativamente. La indeterminación es cualitativa si no está determinada con claridad la clase de sanción penal a imponer. Este caso se presentaría, por ejemplo, si el legislador dijese que al realizar X conducta se incurrirá en pena de prisión de 10 a 15 años o en pena de multa de 200 a 300 salarios mínimos. La indeterminación es cuantitativa si no se encuentra determinada la magnitud de la sanción penal a imponerse. Esta clase de indeterminación se presentaría si no se indican, con precisión, las cifras correspondientes a años o meses de sanción presidiaria.

Principio de la prohibición de la analogía en materia penal

Este principio se encuentra consagrado, expresamente, en el inciso 3 del artículo 6 del Código Penal, que dice: “La analogía sólo se aplicará en materias permisivas”. A través de este artículo, como se ve, se prohíbe la aplicación de la analogía al margen de las normas permisivas; o sea, se prohíbe la aplicación de la analogía en relación con las normas prohibitivas. A esta segunda especie de analogía, que se proscribe, se le conoce como analogía

in malam partem o como analogía desfavorable al procesado; a la primera, que se encuentra permitida, se le conoce como analogía *in bonam partem* o como analogía favorable al procesado.

Incluso si la disposición citada no existiese, lo cierto es que podría seguir afirmándose la vigencia de la prohibición de la analogía *in malam partem* en el ordenamiento vernáculo, al ser esta consecuencia del postulado *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* (no hay delito ni pena sin ley estricta), ya mencionado. Según este postulado, valga recordarlo, las leyes penales solo deben aplicarse a hechos expresamente consagrados en ella. Ahora bien, en rigor, de este principio se derivan dos consecuencias en materia penal⁴⁷: la prohibición de la analogía *in malam partem* y, además, la prohibición de la interpretación extensiva en materia penal. En lo que sigue, se explicarán ambas figuras, se deslindarán y se abordará el alcance de su prohibición, siguiendo los lineamientos expuestos por Solano (2016) y recordando lo expuesto en el primer capítulo de este libro.

Con frecuencia, analogía e interpretación extensiva se confunden. Ello se debe a la proximidad de ambos conceptos. Muchas veces, al resolver un caso concreto, parece difícil determinar si se está interpretando extensivamente un enunciado normativo o si, en cambio, una vez interpretado dicho enunciado, se está aplicando su significado normativo –es decir, propiamente, la norma– de manera analógica. Con todo, la diferencia entre ambos conceptos, aunque es sutil, existe, y por tal razón debe tenerse clara.

Para comprender esto, es menester recordar algunos conceptos básicos de hermenéutica jurídica. En primer término, es preciso notar que el vocablo “interpretación” puede ser entendido bien como una actividad, bien como el resultado de esa actividad. En el primer sentido, por “interpretación” se entiende la determinación del significado de una disposición normativa. Aquí es preferible hablar, entonces, de “actividad interpretativa”. En el segundo sentido, por “interpretación” se entiende el significado normativo, la norma jurídica, que se atribuye a una disposición normativa y que es producto de la actividad interpretativa. Una cosa es, por consiguiente, la disposición normativa, y otra, la norma jurídica (Solano, 2016; Guastini, 2011). La primera es el objeto de la actividad interpretativa; la segunda, su resultado.

⁴⁷ En realidad, tres, cual se advertirá al final de este acápite.

De la disociación entre disposición normativa y norma jurídica surge una fundamental clasificación de la interpretación⁴⁸. Según esta clasificación, la interpretación puede ser declarativa o correctora (Guastini, 2011). Será declarativa si existe una plena correspondencia entre la norma producto de la interpretación y la literalidad de la disposición normativa interpretada. Será correctora, en cambio, si no existe tal correspondencia plena. Esta falta de correspondencia plena puede ser provocada ya por defecto, ya por exceso. De allí que la interpretación correctora admita, a su vez, ser clasificada entre interpretación restrictiva y extensiva. En la primera, se atribuye a la disposición normativa un significado más restringido que el que arrojaría una interpretación literal de la disposición. En la segunda, por el contrario, se atribuye a la disposición normativa un significado más amplio que el comprendido por la literalidad de la disposición, un significado que incluye en su ámbito de aplicación supuestos que, a la luz de una interpretación literal del enunciado normativo, quedarían por fuera (Solano, 2016).

En la interpretación extensiva se trata, por lo tanto, de un problema del enunciado o disposición normativa. En esto estriba su diferencia con la analogía. En esta el problema no reside en el enunciado. En la analogía se parte del supuesto de que no es dable extraer, de ningún texto normativo, alguna posibilidad interpretativa de acuerdo con la cual el hecho esté regulado. En efecto, la analogía –valga aclararlo, la analogía *legis*⁴⁹–, es una operación lógica consistente en atribuir la consecuencia jurídica de un hecho, que se encuentra expresamente regulado, a otro hecho que no se encuentra expresamente regulado en el ordenamiento jurídico, pero que es similar al primero. Podríamos decir, entonces, que mientras el objeto de la interpretación extensiva es un enunciado o disposición normativa, el de la analogía es una norma jurídica. En definitiva, en la interpretación extensiva, se está en presencia de un enunciado normativo al que se le quiere dar

⁴⁸ La importancia y utilidad conceptual de esta clasificación se aprecia, de un lado, en su carácter excluyente: no puede haber una interpretación que sea, al mismo tiempo declarativa y correctora; de otro, en su carácter exhaustivo: toda interpretación o bien es declarativa, o bien es correctora; no puede haber interpretación que no encaje en una u otra clase (Guastini, 2011, p. 211).

⁴⁹ En este acápite nos hemos referido, únicamente, a la analogía *legis*. Además de esta clase de analogía, existe otra llamada “analogía *iuris*”, como se recordó en el primer capítulo de esta obra.

un significado que comprenda un supuesto de hecho no cobijado por la literalidad de aquel. En la analogía, en cambio, se está en presencia de una norma jurídica cuya consecuencia jurídica se quiere atribuir a un supuesto de hecho que no cabe en el campo de aplicación de ninguna norma jurídica (Solano, 2016).

Tanto en la interpretación extensiva como en la analogía *legis*, el argumento que las justifica es, ciertamente, el llamado argumento lógico *a pari*, “a igual razón igual disposición” (Solano, 2016). Esta similitud es la que explica por qué, pese a las diferencias indicadas, ambas figuras pugnan con la garantía de la ley estricta: en ambas es preciso apelar a la razón por la cual se formuló una disposición –bien diciendo que en la disposición el legislador no dijo todo cuanto quería expresar, en el caso de la interpretación extensiva; bien diciendo que determinada consecuencia jurídica debe atribuirse a cierto hecho no regulado, por cuanto la similitud que este hecho guarda con el hecho regulado expresamente consiste, precisamente, en la razón por la cual el legislador creó la norma que se pretende aplicar analógicamente–, habida cuenta de la insuficiencia de su literalidad.

En suma, ambas figuras, la analogía *in malam partem* y la interpretación extensiva, se encuentran prohibidas por el postulado según el cual la ley penal debe ser estricta, toda vez que ambas implican que la ley penal se aplique, para fundamentar la punibilidad, a hechos no consagrados expresamente en la misma. En otros términos, ambas implican un desbordamiento del sentido literal posible de la ley penal, dirigido a fundamentar la punibilidad de una conducta. Y nótese que se repite “para fundamentar la punibilidad”, pues el postulado de la ley estricta –y, por ende, el principio de legalidad– no proscribiera la analogía *in bonam partem*, ni la interpretación extensiva en materias permisivas, ni, tampoco, por cierto, la interpretación restrictiva en materias prohibitivas. No sería acertado, por lo tanto, sostener que, por virtud del principio de legalidad, en materia penal solo es admisible la interpretación literal o, lo que es equivalente, declarativa. Como sostiene Roxin (2001, pp. 147 y ss.), el legislador penal ofrece al juez un marco de regulación delimitado por el sentido literal posible, en el lenguaje corriente, del texto legal, y dentro de ese marco el juez puede valerse de los diversos métodos de interpretación explicados en el primer capítulo de este libro.

A guisa de conclusión, se puede afirmar que, a la luz del postulado o garantía de la ley penal estricta, en primer lugar, en materia penal solo es admi-

sible la analogía *in bonam partem*. En segundo lugar, que en materia penal es admisible la interpretación declarativa, en todo caso; la interpretación extensiva, siempre que se trate de la interpretación de disposiciones permisivas (como, por ejemplo, las disposiciones a través de las cuales se consagran causales de justificación o exculpación); y la interpretación restrictiva, siempre que se trate de la interpretación de disposiciones prohibitivas⁵⁰, como, por ejemplo, los tipos penales⁵¹.

3.4.1.4 Principio de la prohibición del derecho consuetudinario en materia penal

De conformidad con este principio, las normas penales no pueden tener el carácter de derecho consuetudinario, es decir, de derecho proveniente de la costumbre. Esto, dicho con mayor exactitud, significa que la costumbre no puede ser fuente de manifestación de las normas penales, ni la comunidad, difusamente concebida, su fuente de producción. Antes de explicar el alcance de este principio, conviene que nos reframos, así sea brevemente, a la costumbre como fuente de derecho (Solano, 2016, pp. 161 y ss.).

Según la doctrina, la costumbre es una conducta general, pública, inveterada, que se presenta en una comunidad y que provoca en sus miembros una conducta de obligatoriedad coercible. La costumbre, así, se suele decir, tiene dos elementos: uno externo, la conducta general, pública, invetera-

⁵⁰ Se discute, con todo, la admisibilidad de la interpretación restrictiva de disposiciones permisivas para las causales de justificación extrapenales, “pues no es posible que una misma causa de justificación tenga presupuestos diferentes en un sitio y en otro, con la consecuencia de que p.ej. una conducta en Derecho civil que se considere como un injusto generador de la obligación de indemnizar, en cambio en Derecho penal se califique de lícita y obtenga la aprobación de todo el ordenamiento jurídico” (Roxin, 2001, p. 157).

⁵¹ Debe ponerse de relieve que, en esta conclusión, solo se están expresando las implicaciones del principio de legalidad (específicamente, de la garantía de la ley penal estricta) en relación con la interpretación en materia penal. Para arribar a conclusiones definitivas sobre la interpretación, en general, y sobre la interpretación en materia penal, en particular, en el derecho vernáculo, habrán de tenerse en cuenta, además, otras disposiciones sobre este particular, como las consagradas en el capítulo IV del Código Civil, que se titula “Interpretación de la Ley”.

da, que se presenta en una comunidad; y uno interno, la conciencia de obligatoriedad coercible que esa conducta genera en los miembros de la comunidad. La costumbre, se dice también, es una de las fuentes formales del derecho.

A la luz de la teoría del derecho, sin embargo, no resulta acertado sostener que la costumbre sea una fuente formal derecho, si por tal se entiende el proceso de creación de una norma jurídica. La costumbre surge espontáneamente en la comunidad, no de la observancia de cierto procedimiento, y bien se sabe que no hay proceso sin procedimiento. Estrictamente, la costumbre, entendida como conducta pública, general e inveterada que se presenta en una comunidad, es la fuente de manifestación de las normas de derecho consuetudinario. Y la fuente de producción de estas normas es la comunidad difusamente considerada.

Atendiendo a la relación existente entre el derecho legislado y consuetudinario, la costumbre se clasifica, tradicionalmente, en costumbre *praeter legem*, costumbre *secundum legem* y costumbre *contra legem*. La primera clase de costumbre, la *praeter legem*, es la que rige a falta de ley. A ella se refiere, expresamente, el artículo 13 de la Ley 153 de 1887: “La costumbre, siendo general y conforme a la moral cristiana, constituye el derecho, a falta de legislación positiva”. La costumbre *secundum legem* es la costumbre “según la ley”, que rige, por expresa disposición de esta, determinadas hipótesis fácticas. Finalmente, la costumbre *contra legem* es la costumbre contraria a la ley, con fuerza derogatoria de esta.

En Colombia se encuentra proscrita, por virtud del artículo 8 del Código Civil: “La costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica alguna por inveterada y general que sea”.

Del postulado *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*, en estricto sentido, solo se deriva la prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar la punibilidad. A efectos de excluir y atenuar la responsabilidad penal, el principio de legalidad no representa obstáculo alguno para acudir a la costumbre. Esta posición vale claramente en Alemania (Roxin, 2001, pp. 159 y ss.) y España (Bustos, 2008, pp. 438 y ss.), pero no en Colombia. En efecto, como vimos, en Colombia se encuentra proscrita la costumbre *contra legem*.

En Colombia, así las cosas, la regla general es que ninguna norma penal podrá ser consuetudinaria, ni para fundamentar –o agravar– ni para eximir –o atenuar– la responsabilidad penal. Existe, con todo, una importante excepción, que es un claro ejemplo de costumbre *secundum legem*. Esta excepción la constituye el “derecho penal indígena”, cuyo fundamento se extrae del artículo 246 de la Constitución: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos...”.

Tal vez sea posible hablar de otra excepción, en lo referente a estos dos ámbitos: por un lado, en lo relativo a los elementos normativos de carácter extrapenal, presentes en no pocos tipos penales.

Por otro lado, en lo concerniente a las causales de justificación extrapenales. Dado que en ambos casos se trata de nociones provenientes de otras parcelas del derecho, donde el derecho consuetudinario puede tener un mejor estatus, bien podría ocurrir que, conforme a la costumbre *praeter legem* o *secundum legem*, tales nociones se modifiquen. En una situación como esta, será menester determinar si dicha modificación debe ser acogida o no por el derecho penal. En caso afirmativo, habrá, ciertamente, una fundamentación bien de la punibilidad, bien de la no punibilidad de la responsabilidad penal procedente del derecho consuetudinario.

3.4.1.5 Principio de prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal

A efectos del objetivo de este escrito, basta con remitir a lo dicho sobre el particular al desarrollar el principio de legalidad. Sin embargo, este tema debe ser objeto de un mayor y detallado análisis al tratarse lo relativo a los ámbitos de vigencia de la ley penal.

3.4.1.6 Principio de prohibición de la doble incriminación

Se encuentra consagrado en los artículos 29 de la Constitución y 8 del Código Penal. Se le conoce también con el nombre de *non bis in idem*, que significa “no dos veces por lo mismo”. Este principio tiene un doble alcance: en el ámbito procesal y en el ámbito sustancial. En el ámbito procesal este principio nos remite al “derecho” a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho; nos remite, por tanto, a la cosa juzgada o *res iudicata*: al atributo de estabilidad de que gozan ciertas normas del ordenamiento jurídico, específicamente, las normas particulares y concretas creadas por los jueces para

resolver litigios, atributo en razón del cual esas normas se tornan en inmodificables. Ahora, desde el prisma de los conceptos jurídicos fundamentales, en rigor, la cosa juzgada provoca no un derecho, sino una inmunidad (Solano, 2016, pp. 266 y ss.), es decir, un estado de no sujeción al ejercicio de una potestad; para este caso: de no sujeción al ejercicio de la potestad pública llamada jurisdicción. Así las cosas, una vez procesado y enjuiciado el litigio penal, el juez –todo juez, léase– pierde competencia para pronunciarse válidamente sobre el mismo.

En el ámbito sustancial, este principio se resuelve en la exigencia de que una misma conducta no pueda ser disvalorada más de una vez desde la misma perspectiva jurídica sustancial. Como es sabido, un mismo hecho, una misma conducta puede originar diversas formas de responsabilidad: civil, disciplinaria, administrativa, penal. Ello no significa, empero, que se esté violando este principio, pues la múltiple disvaloración provendría de diversas perspectivas jurídicas sustanciales; este principio, hay que subrayarlo, no prohíbe sin más que el derecho disvalore de forma múltiple una misma conducta. Sirvámonos de dos ejemplos para ilustrar lo dicho.

Primer ejemplo: si un funcionario municipal conduce embriagado el vehículo que el municipio le presta para el ejercicio de su función y atropella a otra persona, causándole la muerte, ese hecho puede generar diversas clases de responsabilidad jurídica. Ese funcionario podrá, así, verse obligado a indemnizar a la familia del muerto (responsabilidad civil); perder su licencia de conducción (responsabilidad administrativa), lo mismo que su cargo (responsabilidad disciplinaria); perder, incluso, su libertad, al haber cometido un homicidio (responsabilidad penal), sin que en forma alguna se vulnere el *non bis in idem* en su dimensión sustancial.

Segundo ejemplo: si, hipotéticamente, el legislador contemplara el realizar la conducta en estado de embriaguez, siempre que ese estado sea determinante en relación con el resultado, como circunstancia de agravación punitiva para el homicidio culposo (artículos 109 y 110 del Código Penal), estaría violando el *non bis in idem* en su dimensión sustancial, por cuanto el hecho de conducir en estado de embriaguez constituiría a la vez un elemento del delito culposo y una circunstancia de agravación punitiva del mismo (Sotomayor y Gallego, 1999, pp. 35 y ss.). Todo delito culposo requiere de una violación al deber objetivo de cuidado. En el caso *sub examine* esa violación radica, precisamente, en realizar la conducta en estado

de embriaguez. Luego: si el hecho de conducir embriagado es, al tiempo, elemento del delito y circunstancia de agravación punitiva del delito, una misma situación se estaría disvalorando más de una vez desde la misma perspectiva jurídica sustancial, la penal.

3.4.2 Límites materiales al ejercicio del *ius puniendi*

3.4.2.1 Principio del respeto por la dignidad humana

Este principio, además de en los tratados internacionales aludidos, se encuentra consagrado, entre otros, en los artículos 1 de la Constitución y 1 del Código Penal. Nos permitimos, con miras a explicar este principio, reproducir algunos apartes de la obra *Introducción al estudio del derecho* (Solano, 2016, pp. 35 y ss.)⁵²:

La dignidad humana es el valor que le asiste al hombre debido a su condición; la condición humana consiste en que el hombre es, por esencia, un ser incrustado, circunstanciado, finito, limitado, que resbala, que se tropieza fácilmente con su circunstancia; en suma, un ser que fracasa, que claudica con facilidad. La condición humana, cuya explicación metafórica se halla en la caída original, radica en que el hombre no es “Adán en el Paraíso”, sino un “yo” incrustado, cautivo, prisionero en una circunstancia, en un mundo lleno de adversidades para su despliegue existencial. Sólo cuando el hombre muere, su “yo” se desincrusta del cuerpo, de la circunstancia, disolviéndose en el ser, en la nada; de allí que, dicho metafóricamente (o literalmente para los creyentes), al morir, el hombre se encuentre con Dios; nadie puede verle el rostro a Dios y seguir viviendo, dice el éxodo 33,20; de allí que el hombre, mientras vive, no pueda ser radicalmente feliz; al morir, lo es, pero lo es en forma tal que ya no puede percibirlo; la felicidad requiere de la infelicidad; la felicidad, dice Gómez (2002), es un instante de silencio en medio de dos ruidos de la vida (p. 106).

El hombre, pues, es un Dios de ocasión (Ortega, 1983b, pp. 35-36), es creatura pero también creador; por ello, el hombre se halla a caballo entre Dios y las cosas, entre Dios y las bestias; tiene de Dios lo que tiene de “yo”; tiene de bestia, de cosa lo que tiene de circunstancia. El mito del vino, raciona-

⁵² El desarrollo de este acápite sigue, en gran medida, el realizado por Solano sobre el mismo tema en *Introducción al estudio del derecho* (2016, pp. 35 y ss.).

lizado y vuelto metáfora, nos ayuda a entender lo dicho. El vino —otrora un Dios y hoy un problema administrativo— hace que el “yo” sienta que se entreteje armónicamente con su circunstancia, que la absorbe; el “yo” se siente totalidad envolvente; el vino hace que los pies lleguen a la danza, el corazón al amor, la garganta al canto, los labios a la sonrisa, el cerebro a la idea. Al embriagarse, el “yo” siente alegría —expresión esta que viene de aligerar, perder peso—, de allí que el beodo suele ir a trompicones con las cosas. Al día siguiente, recordándole al hombre su condición, recordándole que no es Dios —único “yo” sin circunstancia—, adviene el guayabo; el hombre siente que su “yo” se empequeñece y que su circunstancia, agrandándose, lo avasalla, lo atropella, lo arrastra, se lo traga; la felicidad da mucho guayabo (Ortega, 1998b, pp. 50 y ss.).

Así, la virtud, que es el objetivo de la ética, esto es, la perfección en acción de lo que se es en potencia, se logra obrando de conformidad con la condición; sabiéndose un “yo” incorporado en una circunstancia; obrando sin creerse sólo “yo” y sin reconocerse sólo “circunstancia”. El hombre es un “yo”, un centro vital, pero también es circunstancia, paisaje o periferia de los otros hombres; los otros hombres son circunstancia respecto del “yo”; existen, estorbándole o facilitándole el despliegue de su proyecto vital; mas son también centros vitales, al igual que el “yo”.

Ortega, con su teoría sobre la realidad radical, nos permite entender, con particular claridad, el justo medio o término medio aristotélico; la virtud se halla en el justo medio, que es, según Aristóteles (2007), el término equidistante a los dos extremos —al exceso y al defecto—; el vicio, en dichos extremos (pp. 23 y ss.); esto es, debe el hombre comportarse de tal manera que no obre ni como si fuese “yo” sin circunstancia, ni como si fuese sólo circunstancia, paisaje o periferia. Es la frónesis —prudencia— la que permite hallar el término medio en cada particular circunstancia.

Por ejemplo, en el arrojo a los peligros, ha de obrarse con valentía (término medio) —“yo” incrustado en una circunstancia—, sin cobardía (defecto) —como si fuese sólo circunstancia—, ni temeridad (exceso) —como si fuese “yo” sin circunstancia—; en el manejo de los bienes, ha de actuarse con liberalidad (término medio) —“yo” cautivo en una circunstancia—, sin ser pródigo (exceso) —como si se tratara de un “yo” sin circunstancia—, ni avaro (defecto) —como si fuese sólo circunstancia—; en el control de las pasiones, ha de obrarse con templanza, sometiendo las pasiones al dominio

de la razón (término medio) —“yo” circunstanciado—, sin ser desenfrenado (exceso) —“yo” sin circunstancia—, ni apacible —sólo circunstancia—.

Por lo dicho, según Comte-Sponville (2005), la humildad es el ateísmo en primera persona, es el reconocimiento de la limitación —quien no pueda lo que quiere, que quiera lo que puede, dice Leonardo—; mas humildad no es humillación (pp. 149 y ss.). En cuanto al reconocimiento de la limitación, el término medio, al el hombre saberse un “yo” en una circunstancia, es la humildad; por el contrario, el defecto, al reconocerse sólo paisaje o periferia de los demás, esto es, sólo circunstancia, es la humillación; asimismo, el exceso, al creerse un “yo” sin circunstancia, es la soberbia, el orgullo.

La dignidad humana es, pues, el valor que le asiste al hombre por ser “yo” (centro vital) y circunstancia (paisaje o periferia); por ser, a la vez, fin (centro vital) y medio (circunstancia de los otros hombres). La dignidad humana se conculca por dos vías, por exceso y por defecto; por exceso, si al hombre se le sobrevalora, tratándose exclusivamente como fin en sí mismo —como si fuese un “yo” sin circunstancia—; por defecto, si se le subvalora, concibiéndolo exclusivamente como medio —como si fuese sólo circunstancia respecto de los otros hombres, como si existiese sólo para estorbar o posibilitar sus proyectos vitales.

Ha habido, curiosamente, un lugar común, una insistente equivocación en la interpretación del concepto de dignidad humana propuesto por Kant, en su *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*: suele decirse que, según Kant, la dignidad humana consiste en que el hombre es un fin en sí mismo y, por ende, no puede ser cosificado, esto es, utilizado como medio para el logro de fines distintos de aquellos que él mismo se ha propuesto, imponiéndole un destino ético, un modelo ideal de vida o proyecto existencial que le es ajeno. Todas las cosas, en tanto tienen valor de cambio, tienen precio; el hombre no tiene precio; tiene dignidad.

Empero, lo que afirma Kant (1996) es lo siguiente:

Pues bien, yo digo: el hombre, y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no meramente como medio para el uso a discreción de esta o aquella voluntad, sino que tiene que ser considerado en todas sus acciones, tanto en las dirigidas a sí mismo como también en las dirigidas a otros seres racionales, siempre a la vez como fin [...] los seres racionales se denominan personas, porque su naturaleza ya los distingue como fines en sí

mismos, esto es, como algo que no puede lícitamente ser usado meramente como medio, y por tanto en la misma medida restringe todo arbitrio [...] El imperativo práctico será así pues el siguiente: obra de tal modo que uses la humanidad tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro siempre a la vez como fin, nunca meramente como medio. (pp. 187 y ss.)

Don José Ortega y Gasset (1998), sin ser esa su expresa pretensión, hace una magistral interpretación de lo afirmado por Kant, a partir de su tesis sobre la realidad radical:

Pero lo que es sólo elemento de mi periferia, objeto de mi paisaje, tiene el carácter de cosa y no de persona. Cosa es lo que yo veo, palpo, uso, formo, transformo y destruyo. Está ahí para mí, sirviéndome o molestándome. Persona, en cambio, es algo cuando no sólo consiste en que yo lo vea y aproveche, en que sea objeto para mí, sino cuando, además de esto, resulta que es también centro vital como yo; por tanto, que también él ve y palpa, se sirve de cosas en su derredor, entre las cuales, tal vez, estoy yo (p. 346).

Por tanto, el “yo” reconoce al “otro” como persona, como ser con dignidad, si entiende que ese “otro”, además de hacer parte de su circunstancia, de su periferia (medio), es también centro vital (fin), y, por ende, al reconocerle su carácter de centro vital, el “yo” se concibe, también, como parte de la circunstancia del “otro” (medio). El único que es fin en sí mismo, sin ser nunca medio, es Dios, quien es el único “yo” que no tiene circunstancia. El hombre, pues, en tanto ser con dignidad, es medio y fin a la vez; ni sólo medio (sólo circunstancia), ni sólo fin (sólo su “yo”).

Así, si a un hombre se le concibiese sólo como medio, sería cosificado, instrumentalizado; mas si se le tuviese sólo como fin, se le estaría atribuyendo carácter de divinidad, de deidad, con lo que se les estaría violando la dignidad a los demás hombres, en tanto estos serían considerados sólo como circunstancia, paisaje o periferia de aquel, es decir, se entendería que los últimos constituyen, únicamente, tropiezos o caricias para el proyecto vital del primero (Solano, 2016, pp. 35-39).

Con base en las reflexiones precedentes, podemos afirmar que, en términos generales, el principio del respeto por la dignidad humana impone al titular de la potestad punitiva tratar al hombre no exclusivamente como medio, sino como medio y fin a la vez. El derecho penal atenta contra la dignidad humana si cosifica al hombre, considerándolo exclusivamente como

un medio al servicio de fines distintos de los que ese hombre se ha trazado; si pretende imponerle un proyecto existencial, un modelo ideal de vida; si pretende, en resumen, trazarle en forma exhaustiva el personaje que este ha de desplegar en la novela de la coexistencia.

Ahora bien, los penalistas afirman que del principio del respeto por la dignidad humana se siguen dos postulados en materia penal (Velásquez, 2009, pp. 63 y ss.): el postulado de la autonomía ética del ser humano y el postulado de la humanidad de la pena. Conforme al primer postulado, el derecho penal no debe utilizarse como medio para imponer al individuo un modelo ideal de vida, un proyecto existencial, un destino ético –en suma, lo ya dicho–; el derecho penal debe reconocer que el hombre, como ser racional que es, es capaz de trazarse su proyecto existencial, su modelo ideal de vida. De acuerdo con el segundo, se prohíben las penas crueles, inhumanas y degradantes. En nuestra Constitución, hay una disposición que recoge expresamente este principio, el artículo 12: “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. También puede apreciarse en lo dispuesto en el artículo 34 de la Constitución: “Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua...”.

3.4.2.2 Principio de igualdad

Este principio se encuentra consagrado, además de en los tratados internacionales aludidos, en los artículos 13 de la Constitución y 7 del Código Penal. Según este principio, lo igual debe ser tratado como igual y lo desigual como desigual. La formulación de este principio viene de los griegos, especialmente de Aristóteles. En la *Ética a Nicómaco*, Aristóteles (2007, pp. 29 y ss.) nos dice que lo igual es lo mayor que lo menor y lo menor que lo mayor; aquello, por ende, que se halla en el justo medio, en el término equidistante entre dos extremos: el exceso y el defecto.

En el pensamiento de los griegos, la igualdad sugiere una idea de proporción, de medida, de merecimiento, de suerte tal que cada persona, cada cosa y cada situación han de ser tratadas en proporción con lo que ellas ameritan, ni más ni menos. Por ende, el principio de igualdad puede violarse de dos maneras: o bien cuando se trata a lo igual como desigual, o bien cuando se trata a lo desigual como igual.

Ahora bien, ¿qué es lo igual y qué es lo desigual? Esta pregunta constituye el problema capital en sede de este principio. Su resolución, a lo largo de la

historia, ha transitado por dos vías (Solano, 2016, pp. 136 y ss.): la primera vía consiste en afirmar que la determinación de lo igual y lo desigual es el producto de un acto de conocimiento; que hay en las personas, en las cosas, en las conductas y en las situaciones un ser, una esencia, una naturaleza que hay que descubrir con miras a determinar qué es lo igual y qué es lo desigual. La segunda vía radica en sostener que la determinación de lo igual y de lo desigual es el producto de un acto de voluntad, esto es, que es el hombre el que, a través de actos de atribución valorativa, en particulares circunstancias históricas, determina qué es lo igual y que es lo desigual.

La primera vía se halla en consonancia con el pensamiento de Parménides y de los filósofos griegos, y con el de los realistas del Medioevo y de los reaccionarios, opositores al discurso de la Modernidad. La segunda solución se encuentra en consonancia con Heráclito, los sofistas, los nominalistas y con el discurso de la Modernidad. Para los primeros, determinar qué es lo igual y qué es lo desigual es una cuestión metafísica; para los segundos, una cuestión política: es el hombre, mediante pactos o convenios de poder, quien decide qué rasgos en los individuos permiten clasificarlos como iguales o desiguales.

En el Estado moderno, se entiende que es la Constitución, el pacto político fundacional, la que determina qué es lo igual y qué es lo desigual y, por consiguiente, qué debe ser tratado como igual y qué debe ser tratado como desigual. Pues bien, los constitucionalistas han diseñado una herramienta para saber si una norma jurídica viola el principio de igualdad o si, por el contrario, lo desarrolla. A esta herramienta la llaman el “test de razonabilidad” (Solano, 2016, pp. 137 y ss.).

Para entender en qué consiste este “test” o examen, debemos tener presente que toda norma limita la libertad, esto es, que el derecho es, por esencia, encauzamiento de la libertad. También debemos tener presente que no hay norma jurídica –ni, en general, decisión de poder– que sea indiferente al principio de igualdad, pues por muy general y abstracta que sea, ella posibilita un trato diferenciador: la consecuencia jurídica prevista en la norma se le va atribuir solamente a la persona que realice la conducta prevista en ella a título de supuesto de hecho de esa norma; lo que ocurre es que hay tratos diferenciadores con tal grado de soporte en nuestro sistema de creencias, en el sentido orteguiano de la expresión, que no reparamos en ellos. Así, por ejemplo, cuando el legislador establece que “el que matare a otro incu-

rrirá en prisión...”, lo que está haciendo es generar un trato diferenciador: a quien mate a otro se le va a tratar como un desigual y por eso se le enviará a un centro de reclusión. Sin embargo, como este trato diferenciador tiene una justificación evidente, obvia a la luz de nuestro sistema de creencias, no reparamos en su existencia.

El test de proporcionalidad parte, pues, de la premisa de que no hay norma jurídica que sea indiferente al principio de igualdad, toda vez que o bien lo cumple, en tanto lo desarrolla, al tratar al igual como igual y al desigual como desigual; o bien lo incumple, al tratar al igual como desigual o al desigual como igual. El test de razonabilidad, entonces, nos permitirá saber si la norma cumple con lo prescrito por el principio de igualdad o si, al contrario, lo conculca.

Pues bien: el test de proporcionalidad consiste en confrontar la norma jurídica y, en general, la decisión de poder, que por esencia es un medio o un instrumento, con el fin que con dicho medio se pretende alcanzar, para luego verificar si dicho medio es adecuado; así, según el test de razonabilidad, una norma jurídica se ajustará al principio de igualdad si ella constituye un medio adecuado para lograr un fin constitucionalmente admisible. Se precisan, pues, de dos requisitos: que la norma jurídica persiga un fin constitucionalmente admisible y que la norma jurídica sea un medio adecuado para lograr dicho fin (Solano, 2016, pp. 138 y ss.).

En cuanto al primer requisito, como es la Constitución la que determina lo igual y lo desigual, es esta misma la que determina cuáles fines justifican tratos diferenciadores. Por ejemplo, si una norma prohibiese a los afrodescendientes votar, dicha norma sería contraria al principio de igualdad, pues a través del artículo 13 de la Constitución Política establece que no puede haber discriminaciones por razones de raza.

Por otro lado, mediante el artículo 13 se establece que el Estado debe proteger especialmente a aquellas personas que se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, lo cual supone que dichas personas son desiguales y ameritan un tratamiento diferenciador positivo; por lo tanto, la creación de una norma jurídica que establezca un subsidio para las madres cabeza de familia perseguiría un fin constitucionalmente admisible.

En cuanto al segundo requisito, el medio (o sea, la norma jurídica) será adecuado si reúne tres requisitos: si es un medio idóneo, necesario y proporcional en sentido estricto (Bernal, 2005a, pp. 61 y ss.).

En primer lugar, la norma jurídica es un medio idóneo si, apreciado *ex ante*, resulta útil para alcanzar ese fin constitucionalmente admisible; en segundo lugar, la norma jurídica constituye un medio necesario para alcanzar dicho fin si, siendo idónea, es la que menores sacrificios comporta en materia de derechos y de libertades; finalmente, la norma constituye un medio proporcional en sentido estricto si, siendo un medio idóneo y necesario, los sacrificios que el medio comporta en materia de derechos y libertades guardan cierto equilibrio con las ventajas que con tales sacrificios se pretenden obtener.

En el último ejemplo propuesto, si la norma jurídica estableciera que todo lo que se recaude el próximo año por concepto de impuestos se destinará al subsidio para las madres cabeza de familia, tal norma sería absolutamente desmesurada, desproporcionada y, por ello, inadecuada. Ella no solo violaría el principio de igualdad, sino también el principio del respeto por la dignidad humana, por la vía del exceso, en tanto se estaría tratando a las madres cabeza de familia exclusivamente como fines en sí mismos. De estas tres características que ha de reunir el medio para reputarse adecuado, surgen los tres subprincipios que integran el llamado principio de proporcionalidad en sentido amplio, que se estudiará a continuación.

3.4.2.3 Principio de proporcionalidad en sentido amplio

Se consagra en el artículo 3 del Código Penal. Se ha dicho que su fundamento constitucional se desprende del artículo 13 de la Constitución. El principio de proporcionalidad en sentido amplio, o principio de la prohibición del exceso, constituye el límite más importante al ejercicio de las potestades, especialmente de las potestades públicas, en los Estados constitucionales de derecho. Ello se debe a que este principio es una clara consecuencia del principio del respeto por la dignidad humana: el ser humano debe ser tratado atendiendo a su condición, ni más ni menos. Según los constitucionalistas, los derechos fundamentales⁵³ admiten restricciones;

⁵³ No está por demás anotar que los derechos fundamentales son los derechos humanos positivados, esto es, cosificados, anquilosados, en una norma de derecho

pero esas restricciones han de ser proporcionadas, medidas, no caprichosas. En suma, se puede restringir el derecho fundamental siempre y cuando no se afecte su núcleo esencial. Pues bien, ese núcleo esencial de los derechos fundamentales lo traza, precisamente, el principio de proporcionalidad en sentido amplio; este nos indica cuándo una norma jurídica puede válidamente afectar un derecho fundamental (Bernal, 2005b, pp. 77 y ss.).

Diríamos nosotros, a partir de lo visto: una norma puede limitar un derecho fundamental porque el hombre es medio; mas esa limitación no ha de ser excesiva, en tanto el hombre es a la vez fin. El principio de proporcionalidad en sentido amplio, pues, busca evitar sacrificios inútiles, innecesarios y desproporcionados en materia de derechos fundamentales (Velásquez, 2009, pp. 74 y ss.). Este principio se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad, el principio de necesidad y el principio de proporcionalidad en sentido estricto (Bernal, 2005b, pp. 134 y ss.).

De acuerdo con el principio de idoneidad, toda norma ha de ser un medio idóneo para lograr un fin constitucionalmente admisible; con el principio de necesidad, la norma jurídica debe ser un medio que, entre los medios idóneos, sea el que menos sacrificios comporte en materia de derechos fundamentales; y con el principio de proporcionalidad en sentido estricto, los sacrificios que una norma comporta en materia de derechos fundamentales han de corresponderse con las ventajas que con tales sacrificios se pretenden obtener.

De los mencionados subprincipios, es dable extraer las siguientes consecuencias en materia penal:

Del principio de proporcionalidad en sentido amplio, se desprende la exigencia ya referida, a propósito del principio del respeto por la dignidad humana: el derecho penal no debe emplearse como medio para imponer

positivo. Según Ferrajoli (2001), los derechos fundamentales son aquellos de que son titulares todas las personas por el simple hecho de ser personas. No sería atinado, pues, hablar del derecho fundamental de propiedad, mas sí del derecho fundamental a ser propietario. Vale anotar, también, que los derechos humanos, *stricto sensu*, no son “derechos”; son imperativos éticos dirigidos a los Estados para que estos los protejan y desarrollen en sus derechos positivos; en consecuencia, en rigor, solo los Estados pueden violar los derechos humanos.

una moral determinada; dicho fin no es jurídicamente de recibo en la Modernidad, en el Estado laico, respetuoso de la libertad de conciencia; un fin tal no justifica el sacrificio que el derecho comporta en materia de derechos y libertades. En el Estado moderno, el derecho a de ser utilizado, a lo sumo, para garantizar la libre escogencia de una moral determinada.

Por virtud del principio de idoneidad, llamado por algunos “principio de razonabilidad”, toda norma penal debe crearse con miras a proteger uno o más bienes jurídicos. Como lo veremos, los bienes jurídicos son los objetos valiosos protegidos por el derecho. Según el discurso de los constitucionalistas, es la Constitución la que determina qué objetos valiosos deben protegerse por las distintas parcelas del derecho.

Por virtud del principio de idoneidad, también, la pena y, por lo tanto, el derecho penal han de ser un medio idóneo cualitativa y cuantitativamente para alcanzar los fines que resultan constitucionalmente admisibles (Velásquez, 2009, p. 79). Como se ha señalado en otro texto (Solano, 2008, pp. 339 y ss.), nuestro ordenamiento jurídico, desde la propia Constitución, acoge las teorías mixtas de la pena, haciendo un particular énfasis en la prevención especial positiva. Hay penas que no resultan ser cuantitativamente idóneas para lograr el fin de la resocialización. Lo anterior ocurre, verbigracia, con la pena de prisión perpetua. Con ella se busca neutralizar al delincuente, excluirlo, mas no reformarlo para reincorporarlo a la sociedad. Y hay penas que no resultan cualitativamente idóneas para lograr el fin mentado. Es lo que acontece con la pena privativa de la libertad respecto de ciertas conductas que, según el legislador, atentan contra la familia, como la violencia intrafamiliar y la inasistencia alimentaria, figuras delictivas previstas en los artículos 229 y 233 del Código Penal, respectivamente. Si por resocialización se entiende reformar al delincuente para que en el futuro no repita su conducta, no vuelva a delinquir, a todas luces la pena privativa de la libertad, la pena de prisión no resulta ser idónea para evitar en el futuro la repetición de las conductas constitutivas de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria. Esa pena, antes bien, provocaría su repetición.

Por virtud del principio de necesidad, llamado también como de mínima intervención, el derecho penal debe tener un carácter de *ultima ratio*. Esto significa que, como el derecho penal cuenta con las sanciones más graves, más severas de todo el ordenamiento jurídico, con las sanciones que en mayor medida limitan los derechos fundamentales, al derecho penal debe

acudirse solo como último recurso, cuando ya hayan fracasado todos los demás instrumentos de control social, incluyendo las demás parcelas del ordenamiento jurídico (Bustos, 1997, p. 66).

El principio de proporcionalidad en sentido estricto implica varias consecuencias para el derecho penal. Antes de abordarlas, conviene señalar que el principio de proporcionalidad en sentido estricto cumple con tres funciones en el ordenamiento jurídico (Solano, 2016, pp. 141 y ss.): en primer lugar, al igual que los otros dos subprincipios, constituye un límite material al ejercicio de las potestades, de tal manera que la validez material de la norma producto del ejercicio de estas va a depender de que los sacrificios que la misma comporta, en materia de derechos fundamentales, guarden cierto equilibrio con las ventajas que con tales sacrificios pretenden obtenerse. En segundo término, este subprincipio constituye la regla de ponderación, o sea el mandato de aplicación perentoria que determina cuál de los principios en conflicto debe primar en un caso concreto. En tercer lugar, este subprincipio le traza a todo deber su límite de existencia temporal, en un sentido *kairológico*, que no cronológico, de la expresión.

A la luz de este subprincipio, pues, todo deber es temporal porque todo deber depende de las circunstancias. Si estas cambian, tornándose su cumplimiento más perjudicial que su incumplimiento, el deber dejará de existir.

La primera consecuencia del principio de proporcionalidad en sentido estricto, en el ámbito penal, estriba en que el derecho penal debe tener un carácter fragmentario. Como el derecho penal cuenta con las sanciones más graves de todo el ordenamiento jurídico, solo deben ser de su resorte aquellas conductas que, de la manera más grave e intolerable, afecten los bienes jurídicos. Se habla de carácter fragmentario, justamente, para significar que el derecho penal no debe ocuparse de todas las conductas que afecten los bienes jurídicos, sino solo de un fragmento de ellas. ¿De cuáles? De las más graves e intolerables, como se dijo (Bustos, 1997, pp. 66-67). Algunos penalistas sostienen que el carácter fragmentario y el carácter de *ultima ratio* del derecho penal son ambas consecuencias del principio de necesidad o de mínima intervención. Esa postura es desacertada. Si bien es cierto que el carácter de *ultima ratio* del derecho penal se desprende del principio de necesidad, por las razones explicadas, no cabe duda de que el carácter fragmentario del derecho penal se extrae del subprincipio que se estudia; el derecho penal solo debe ocuparse de un fragmento de las conductas daño-

sas, en cuanto sus sanciones, las más graves, solo serán proporcionadas a las conductas asimismo más graves.

Una segunda consecuencia de este subprincipio radica en la exigencia de que magnitud de la pena sea proporcional a la magnitud del delito cometido. Todos los delitos son, o deben ser, conductas graves para la coexistencia. Sin embargo, hay unos delitos más graves que otros. Los delitos de mayor gravedad ameritan penas de mayor gravedad, y los de menor gravedad, penas de menor gravedad. Entre los principios del respeto por la dignidad humana, de igualdad y de proporcionalidad en sentido estricto, existe una estrecha relación, a tal punto que podemos afirmar sin temor que esos principios son manifestación de una misma realidad conceptual. Si, por ejemplo, a los delitos más graves se les atribuyen penas menos graves y a los delitos menos graves se les atribuye penas más graves, se estaría violando el principio de proporcionalidad en sentido estricto, por lo ya dicho; pero también el principio de igualdad, porque lo igual debe ser tratado como igual y lo desigual como desigual; es decir, cada conducta debe ser tratada conforme a lo que ella merece, conforme a su entidad, a su gravedad. De no tratarse así, se estaría conculcando también la dignidad humana, bien por exceso, bien por defecto.

La gravedad de una conducta depende del grado de injusto y del grado de culpabilidad. El grado de injusto depende de la potencialidad lesiva de la conducta apreciada *ex ante*, de la entidad del bien jurídico afectado por esta y de la mayor o menor gravedad de la afectación; a guisa de ejemplo, tendrá mayor grado de injusto un homicidio que un hurto, debido a la entidad del bien jurídico afectado con tales conductas: de un lado, la vida; de otro, el patrimonio económico; asimismo, tendrá mayor grado de injusto un homicidio consumado que una tentativa de homicidio: mientras el homicidio consumado lesiona el bien jurídico, la tentativa de homicidio simplemente lo pone en peligro. Por su parte, el grado de culpabilidad depende del ámbito de libertad, real o imputado (Solano, 2018, pp. 13 y ss.), que poseía el agente al momento de realizar la conducta; a mayor amplitud tenga ese ámbito de libertad, mayor será el grado de culpabilidad, pues más reprochable, censurable le será a ese sujeto su conducta, en tanto con un menor esfuerzo podía ese sujeto ajustar su conducta a lo prescrito por el derecho. A menor amplitud tenga el ámbito de libertad, menor será el grado de culpabilidad, pues menos reprochable, censurable le será al sujeto su conducta, y ello debido a que, al poseer un reducido ámbito de libertad, ese sujeto tenía que

emplear un mayor esfuerzo para adecuar su conducta a lo que el derecho le prescribía.

Lo dicho explica por qué el legislador agrava la pena para el homicidio que se comete por un motivo fútil (artículos 103 y 104 del Código Penal). El motivo fútil es el que no guarda relación de proporcionalidad con la gravedad de la conducta. Por ejemplo: un sujeto mata a otro porque este lo miró con desprecio. Y explica también por qué atenúa las penas para aquellos delitos que se cometan en un estado de ira o intenso dolor causado por un comportamiento ajeno, grave e injusto (artículo 57 del Código Penal), que, a título de ejemplo, se presenta cuando un sujeto mata a otro porque este le mató a su hija.

Finalmente, el principio de proporcionalidad en sentido estricto constituye, para algunos, el fundamento de todas las causales de justificación (Jescheck y Weigend, 2002, pp. 348 y ss.), que son, *grosso modo*, situaciones en que el ordenamiento jurídico autoriza afectar un bien jurídico para salvaguardar otro al que se le da prevalencia. El derecho penal, siendo consciente de la condición humana, según la cual el hombre se halla incrustado en una circunstancia que por veces le es adversa, teniendo, por consiguiente, que escoger en ella lo malo sobre lo peor, autoriza a que las personas, en ciertos casos, desatiendan los deberes jurídicos, con la mira en evitar males superiores; a que, como se dijo, afecten determinados bienes jurídicos con la mira en evitar la afectación de otros bienes jurídicos a que el ordenamiento debe dar prevalencia. Es lo que sucede, por ejemplo, en la legítima defensa y el estado de necesidad justificante, causales de justificación previstas en los numerales 6 y 7 del artículo 32 del Código Penal. Aquí el legislador entiende que cumplir con los deberes jurídicos resultaría desproporcionado, en vista de que los sacrificios serían muy superiores a las ventajas que con tales sacrificios se obtendrían.

3.4.2.4 Principio del acto

Se encuentra previsto en los artículos 6 y 9 del Código Penal y 29 de la Constitución. Algunos lo llaman “principio de la objetividad material”; Ferrajoli (1995a), por su parte, “principio de materialidad de la acción”. De conformidad con este principio, no debe haber delito sin conducta, entendiéndose por conducta una voluntad exteriorizada. La voluntad es el producto del ejercicio efectivo de la libertad, y esta es la posibilidad de escoger

entre diversas posibilidades existenciales (Aftalión, Vilanova y Raffo, 1999, pp. 353 y ss.).

La libertad es el presupuesto ontológico de toda norma de conducta, al ser la libertad lo único susceptible de normarse, disciplinarse o regularse. Si libertad es posibilidad, sus opuestos son lo imposible y lo necesario. Tanto esto como aquello no son susceptibles de normarse, disciplinarse o regularse; lo imposible y lo necesario son solo susceptibles de describirse y, a lo sumo, de preverse. Por ello, contrario a lo que acontece con lo libre, lo que es necesario y lo que es imposible no puede ser moral ni inmoral, ni conforme a las reglas del trato social, ni contrario a ellas, ni lícito ni ilícito. Teniendo en cuenta lo anterior, el derecho, como orden normativo que es, solo puede regular la libertad, la cual se materializa, se manifiesta en la realización de actos o, lo que es lo mismo, conductas⁵⁴.

Ahora bien, esa voluntad, para que pueda ser regulada por el derecho, ha de haberse exteriorizado; el sujeto ha de haberla “vomitado”, incrustado en el mundo. ¿Por qué? Porque al derecho le corresponde un fin absolutamente terrenal, cual es el de hacer posible la existencia en coexistencia, y no un fin trascendente, como el de purificar las almas o el de buscar la perfección íntima de las personas, propio de la moral. Los pensamientos que no se exteriorizan, por perversos que sean, coexisten fácilmente, en tanto carecen de potencialidad lesiva, de potencialidad de afectación del otro, de afectación de la coexistencia. De allí el famoso aforismo: *cogitationes poenam nemo patitur* (los pensamientos no delinquen).

Según que el derecho penal sea no respetuoso del principio del acto, existen dos modelos del mismo: el derecho penal de acto y el derecho penal de autor.

⁵⁴ Como ya se dijo, según la postura que se asuma, la libertad de la que parte el derecho, al regular la conducta, puede ser incluso una libertad no real, sino imputada (Solano, 2018, pp. 13 y ss.). Esto resulta ser particularmente dramático; si el derecho no puede regular al individuo, y a su expresión comportamental real, sino que lo que regula es un personaje normativamente construido, cuya libertad es imputada, es de la “esencia” del derecho penal el desconocer la que debería ser la más importante de todas las garantías, a saber: la garantía de ser juzgado con base en la realidad de lo acontecido y no con base en una ficción normativa.

El derecho penal de acto es aquel respetuoso del principio del acto. Sostienen los penalistas, siguiendo a Enrico Pessina, que, en este modelo, al hombre se lo castiga por lo que hace y no por lo que es (Ferrajoli, 1995a). Observa Ferrajoli (1995a), con razón, que un derecho penal de acto se encuentra construido con *normas regulativas de la responsabilidad penal*, que son aquellas que prescriben conductas susceptibles de ser o no realizadas y que, por ende, atribuyen responsabilidad penal solo a quienes realicen las conductas prohibidas u omitan las ordenadas.

En este modelo de derecho penal, la magnitud de la responsabilidad penal dependerá de la gravedad del delito cometido, y esta gravedad dependerá del grado de injusto y del grado de culpabilidad. Como ya se dijo, el grado de injusto, entre otras cosas, dependerá de la importancia del bien jurídico afectado por la conducta y de la magnitud de la afectación; y el grado de culpabilidad, del ámbito de libertad (real o imputada) que poseía el agente al momento de realizar el injusto. A mayor amplitud haya tenido ese ámbito, mayor será el grado de culpabilidad, porque en tales condiciones el agente, con un menor esfuerzo, podía adecuar su conducta a lo que el derecho le prescribía, por donde le es más reprochable, censurable haber realizado el injusto.

Por el contrario, a menor amplitud haya tenido ese ámbito, menor será el grado de culpabilidad, como que en tales condiciones el agente tuvo que haber realizado un mayor esfuerzo para ajustar su comportamiento a lo que el derecho le prescribía, por lo cual le es menos reprochable haber realizado el injusto.

El derecho penal de autor, a su turno, es aquel irrespetuoso del principio del acto; es aquel derecho penal en que, como afirman los penalistas, se castiga al hombre por lo que es y no por lo que hace. Con acierto, observa Ferrajoli (1995a) que un derecho penal de autor se encuentra construido con *normas constitutivas de la responsabilidad penal*, que son aquellas que radican responsabilidad penal en cabeza de una persona atendiendo a sus condiciones o características particulares, como, verbigracia, su raza u orientación sexual.

En este modelo de derecho penal, la magnitud de la responsabilidad penal no dependerá de la gravedad del delito cometido, por cuanto, para este modelo, el delito es apenas un síntoma que revela la personalidad peligrosa de su autor. En un derecho penal de autor, la magnitud de la responsabilidad

penal dependerá, entonces, no de la gravedad del delito cometido, sino de la peligrosidad de su autor.

Presentados, en líneas generales, los rasgos del derecho penal de acto y del derecho penal de autor, refiramos, a modo de parangón, otras notas características de ambos modelos (Velásquez, 2009, pp. 103-104):

Por lo que hace a su fundamento filosófico, el derecho penal de acto se soporta en una filosofía indeterminista, esto es, en una filosofía que afirma la existencia de la libertad. En un derecho penal de acto se entiende que el hombre es libre, que el hombre es principio de sus actos; se entiende que el hombre tiene el poder de incrustar cosas en el mundo; se estima que el hombre no es solo creatura, sino además creador y que, por ello, ha de responder por el mal uso que haga de su libertad. El derecho penal de autor, en cambio, tiene por fundamento una filosofía determinista, esto es, una filosofía que niega la existencia de la libertad y que entiende que el hombre no es más que un ente entre los entes que existen en el universo, gobernado por las mismas leyes que rigen la totalidad del universo. En un derecho penal de autor, en consecuencia, se entiende que el hombre no es libre; se entiende que el delincuente es un sujeto peligroso, que se encuentra determinado a delinquir y que es necesario contener. Como se dice, “al león hay que enjaularlo no para castigarlo, sino para evitar que se coma a la gente”.

En cuanto a los fines de la pena, un derecho penal de acto tiende a estar fundamentado en una postura retributiva de la pena, según la cual el sentido de la pena radica en castigar el mal uso que se ha hecho de la libertad. Por su parte, un derecho penal de autor tiende a fundarse en una postura preventivo especial positiva o negativa de la pena, según la cual, en tanto el delincuente está determinado a delinquir, la pena no puede tener por finalidad castigarlo, por una libertad que no posee; la pena ha de tener por finalidad bien reformar al delincuente, bien neutralizarlo o incluso eliminarlo. En puridad, un derecho penal de autor considera a todos los delincuentes como inimputables, como sujetos no libres, como sujetos peligrosos que es preciso contener; y por ello se compadece más con un derecho penal de única vía, pero no de penas, sino de medidas de seguridad.

Desde el punto de vista de los sistemas de creencias subyacentes al derecho y a la cultura en general, un derecho penal de acto se corresponde con un sistema de creencias propio de la moral católica. Para el catolicismo, el

hombre es libre y se condena o se salva por sus actos. Un derecho penal de autor, en cambio, se corresponde con un sistema de creencias propio de la moral protestante, específicamente de la moral luterana, de acuerdo con el cual el hombre no es libre; este se encuentra destinado a salvarse o a condenarse; el hombre no puede salvarse a través de sus actos; para el protestantismo, al hombre lo salva su fe, no sus obras⁵⁵.

A raíz de las implicaciones de cada modelo en relación con la magnitud de la responsabilidad penal, ya mencionadas, en un derecho penal de acto siempre será más grave la pena para el delito consumado que para la tentativa de delito, como quiera que es más grave lesionar un bien jurídico que ponerlo en peligro; hay mayor grado de injusto en la lesión que en la simple puesta en peligro de un bien jurídico. En un derecho penal de autor, el que el delito se haya consumado o no es irrelevante a efectos de determinar la magnitud de la responsabilidad penal. Con la mera tentativa de delito, el sujeto exhibe ya su carácter peligroso, de lo cual pende, como vimos, la magnitud de la responsabilidad penal en un derecho penal de autor.

Asimismo, en un derecho penal de acto será más grave la pena para el autor que para el partícipe –el cómplice o el determinador–, puesto que existe un mayor grado de injusto en la conducta de aquel que en la de este. En un derecho penal de autor, la pena para autor y partícipe será, en principio, la misma, pudiendo ser incluso mayor la pena del partícipe si este es un sujeto más peligroso.

En lo relativo a la reincidencia y a su tratamiento, ambos modelos presentan, también, importantes diferencias. En un derecho penal de acto, el simple hecho de la reincidencia no se considera como una circunstancia de agravación punitiva; se entiende que se trata de hechos distintos a los que corresponden penas distintas. En contraposición, en un derecho penal de autor, sí se agrava la pena por el simple hecho de la reincidencia, toda vez que quien reincide evidencia ser un sujeto más peligroso. Ahora bien, en rigor, en un derecho penal de acto puro al reincidente no solo no habría que agravarle la pena por el simple hecho de la reincidencia, sino que ha-

⁵⁵ No debemos confundir la moral con la religión; aquella es un sistema de creencias, en el sentido orteguiano de la expresión, que orienta las actuaciones del hombre en el mundo. La religión, por el contrario, es el conjunto de formas a través de las cuales el hombre hace explícita su relación con la divinidad.

bría que írsela atenuando cada vez más, a medida que vaya repitiendo su comportamiento, debido a un menor grado de culpabilidad, pudiéndose llegar incluso a predicar su ausencia de culpabilidad y, en consecuencia, de responsabilidad. ¿Por qué? Porque el reincidente, a medida que va repitiendo su comportamiento, va perdiendo respecto del mismo sus frenos inhibitorios, de suerte tal que ese comportamiento se le va convirtiendo en una conducta normal, ordinaria, como comer o ir al baño. Tal es lo que, probablemente, comprobemos al preguntar a un sicario sobre las “dificultades”, a propósito de su deliberación para decidir matar al primero, y sobre las “facilidades”, a propósito de su deliberación para matar a la enésima de sus víctimas (Solano, 2012a). Por tal razón, sostiene Nietzsche (2003):

La mayor parte de los criminales ven a su pena como las mujeres a sus hijos. Han hecho lo mismo diez, cien veces, sin consecuencias desagradables; pero de repente son descubiertos y el castigo viene. Sin embargo, el hábito debería hacer excusable la falta por la cual se castiga al culpable, porque el hábito constituye una inclinación irresistible formada paulatinamente (p. 50).

De modo que al reincidente, a medida que va repitiendo su conducta, se le va aminorando su ámbito de libertad respecto de la misma. La libertad, valga precisarlo, tiene dos dimensiones: una horizontal y otra vertical. La primera se refiere al número de posibilidades existenciales entre las que el sujeto puede escoger; la segunda, a la posibilidad del sujeto de escoger cada una de esas posibilidades existenciales, esto es, a la posibilidad del sujeto de autodeterminarse; esta última es la dimensión de la libertad que incumbe al derecho, la que este limita. El derecho no suprime posibilidades existenciales; tan solo estimula o desestimula la escogencia de tal o cual posibilidad existencial. Cuando se habla, pues, de un menor o mayor ámbito de libertad, esto es lo que se quiere significar.

Para finalizar: es dudoso que, en rigor, el derecho penal de acto y el derecho penal de autor sean modelos excluyentes entre sí. Olvidan los penalistas que el hombre es lo que hace y lo que le ha pasado; que el hombre no tiene un ser definido de antemano; que el hombre es el único ente en el universo que “se hace a sí mismo”. Cada ejercicio de libertad, cada acto que el hombre realice en su vida lo va construyendo, lo va modificando. Por ello, Aristóteles (2007, p. 23), en su *Ética a Nicómaco*, afirma que la virtud y el vicio son producto del hábito. La ética formulada por Aristóteles es una obra bastante trágica, porque el hombre, en tanto va avanzando su vida, va

consumiendo su libertad, esta se le va reduciendo, como quiera que cada acto que el hombre realice va forjando su carácter, va forjando su ser, y ello impide que en el futuro el hombre tenga la misma libertad que tuvo en sus inicios para escoger no realizar determinada conducta; para la ética aristotélica, una vez la vida se tuerce, es muy difícil enderezarla. “... no hay un acto (...) que no proyecte una sombra infinita”, nos recuerda Borges (1999, p. 54); y, como dice Ortega (1983b, p. 187), el pasado es imborrable, pero inclina mas no arrastra.

Así, pues, el hombre, en palabras de Ortega (1983b, pp. 40 y ss.), no tiene naturaleza, sino historia; no es, sino que va siendo; la única forma, por tanto, de comprenderlo es revisando lo que ha hecho y lo que le ha pasado. Si ello es así, derecho penal de acto y derecho penal de autor son modelos no radicalmente excluyentes entre sí. El hombre es lo que hace. A mayor amplitud tenga el ámbito de libertad, mayor será el grado de humanidad y menor será el grado de animalidad; a menor amplitud tenga el ámbito de libertad, menor será el grado de humanidad y mayor será el grado de animalidad.

3.4.2.5 Principio de lesividad

Este principio se encuentra consagrado en forma explícita en el artículo 11 del Código Penal y puede inferirse de diversas disposiciones de rango constitucional como, por ejemplo, aquella de la se deduce que el Estado colombiano es un Estado laico, respetuoso de la libertad de conciencia –artículo 18–; además, de forma un poco menos explícita, de la norma expresada a través del artículo 2 de la Constitución. A este principio se le conoce también bajo los nombres de “principio de la objetividad jurídica”, “principio de la antijuridicidad material” y “principio de la protección de los bienes jurídicos”. Según el principio de lesividad, no debe haber delito sin daño, entendiéndose por daño la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Lesionar un bien jurídico significa deteriorarlo, menoscabarlo e incluso destruirlo o aniquilarlo. Poner en peligro un bien jurídico significa aminorar sus condiciones de seguridad, esto es, incrementar su riesgo de lesión⁵⁶.

⁵⁶ Nuestro legislador, en el artículo 11 del Código Penal, exige, para que la conducta sea punible, el que el peligro para el bien jurídico sea *efectivo*; esto puede dar pie a afirmar que no tienen cabida los llamados delitos de peligro abstracto.

El principio en comento constituye uno de los pilares del derecho penal moderno, del llamado derecho penal demoliberal, ya que con este principio el discurso de la Modernidad pretende asegurar la desacralización del poder punitivo, diferenciando el delito del pecado. Una cosa es el acto inmoral, y otra, el acto socialmente dañoso, sostiene el discurso de la Modernidad; solo este último es el acto que debe ser sancionado por el derecho, porque solo este último es capaz de imposibilitar la existencia en coexistencia.

¿Qué son y cuáles son los bienes jurídicos? Para responder a estas preguntas, debemos ocuparnos de estudiar la teoría del bien jurídico (Solano, 2016, pp. 276 y ss.). Recordemos que lo jurídico es lo relativo o lo perteneciente al derecho; por tanto, son bienes jurídicos los bienes protegidos por el derecho. Ahora, un bien no es cualquier objeto; solo son bienes los objetos valiosos; y un objeto es valioso en tanto es representativo de una situación de ventaja para quien lo posee, la cual consiste en que quien lo posee se halla en una posición favorable a la satisfacción de una necesidad. Así, en un sentido amplio, los bienes son los medios con los que cuenta el hombre para la satisfacción de sus necesidades, tengan o no contenido económico. Por ejemplo: la vida, la integridad personal, la libertad en sus diversas manifestaciones, la integridad moral –compuesta por el honor y la honra–; pero asimismo el medio ambiente, la salud pública, la seguridad pública, el llamado orden económico social, etc.

Existen dos grupos de teorías que pretenden explicar la naturaleza, el origen de los bienes jurídicos (Bustos, 1984, pp. 51 y ss.):

Teorías trascendentalistas: estas teorías sostienen que el derecho positivo no crea los bienes jurídicos; tan solo los reconoce y los protege. Estas teorías, por supuesto, se corresponden con posturas *iusnaturalistas*. Para estas teorías, el objeto que es constitutivo de un bien es valioso en sí mismo, dada su propia naturaleza; de consiguiente, su valor no es el producto de un acto de atribución normativa del hombre. Estas teorías, en el plano filosófico, se compadecen con el llamado objetivismo o absolutismo axiológico, y siguen la línea demarcada por Parménides y continuada con los filósofos, en la Edad Antigua; luego, con los realistas, en el Medioevo; y más tarde, con los reaccionarios.

Teorías inmanentistas: estas teorías sostienen que es el derecho positivo el que crea los bienes jurídicos; no los reconoce, sino que los establece. Estas

teorías se corresponden, en el plano iusfilosófico, con posturas *iuspositivistas*, y en el plano filosófico, con el relativismo axiológico, de la mano del pensamiento de Heráclito, de los sofistas, de los nominalistas y, en fin, del discurso de la Modernidad.

En un Estado laico, respetuoso de la libertad de conciencia, son de mejor recibo las teorías inmanentistas. Por manera que, en un Estado laico, a la pregunta ¿cuáles son los bienes jurídicos? habrá que responder que ello depende del modelo de Estado, de, en últimas, una decisión política. En un Estado personalista o humanista, serán bienes jurídicos todos aquellos medios que le permitan al hombre desplegar su proyecto existencial, su modelo ideal de vida. Por el contrario, en un Estado transpersonalista serán bienes jurídicos solo aquellos ideales colectivos en función de los cuales todo lo demás existe.

Ahora bien, los bienes jurídicos, atendiendo a su titular, se clasifican en bienes jurídicos individuales y colectivos (Velásquez, 2009, p. 107). Los primeros son aquellos cuyo titular es una persona natural o jurídica determinada. Por ejemplo: la vida, la libertad, la integridad personal, los bienes de contenido patrimonial⁵⁷. A su turno, los bienes jurídicos colectivos son aquellos cuyo titular es el Estado, en su condición de ente soberano, o todo el conglomerado social difusamente concebido. Como ejemplos de bienes jurídicos colectivos cuyo titular es el Estado, en su condición de ente soberano, tenemos a la administración pública (que se refiere a la actividad funcional del Estado), la seguridad y existencia del Estado (que se refiere

⁵⁷ Algunos sostienen que las leyes que criminalizan el maltrato animal tienen por objeto la protección de un bien jurídico cuyo titular es, precisamente, el animal; esta postura se encuentra en consonancia con la de quienes afirman, hoy, la supuesta existencia de “derechos de los animales”. Empero, si el contenido de esas leyes es analizado en forma pormenorizada, puede afirmarse que lo realmente protegido no es el animal, en sí mismo concebido, sino el sentimiento de piedad que experimenta el ser humano respecto de ciertas creaturas (animales) con las cuales comparte relaciones cuasisociales, creaturas estas que, al ser susceptibles de padecer dolor, pueden afectar los sentimientos humanos. Algunas de esas leyes, incluso, encuentran su fundamento en un puro derecho penal de autor, pues criminalizan el maltrato animal solo porque la persona que lo realiza evidencia, así, cierta peligrosidad, al poder repetir su comportamiento, ya no con los animales, sino con sus semejantes (Gimbernat, 2007, pp. 18 y ss.).

a su carácter de ente independiente de otros Estados), al llamado régimen constitucional y legal. Como ejemplos de bienes jurídicos colectivos cuyo titular es el conglomerado social difusamente concebido, vale mencionar a la seguridad pública, la salud pública y al medio ambiente.

Debe observarse que a estos últimos bienes jurídicos colectivos, es decir, aquellos cuyo titular es el conglomerado social difusamente concebido, también se los conoce como bienes jurídicos difusos, y no sin razón; estos son, ciertamente, de “la gente”, en el sentido orteguiano de la expresión, o sea del individuo desindividualizado, de todos y nadie a la vez (Ortega, 1983a). A tal punto es ello cierto que, así se reuniesen todas las personas que coexisten en un momento determinado y hubiese unanimidad entre ellas, no podrían disponer, válidamente, de los bienes jurídico difusos; son bienes que incluso les pertenecen a generaciones futuras, esto es, a generaciones aún inexistentes (Solano, 2016, p. 278).

Hay que observar, también, que en un Estado personalista o humanista deben protegerse no solo los bienes jurídicos individuales; deben protegerse también los colectivos, pues no hay existencia sin coexistencia. Lo que ocurre es que en un Estado personalista los bienes jurídicos colectivos se protegerán no como fines en sí mismos, sino solo como medios o instrumentos para proteger los bienes jurídicos individuales. En otras palabras: en un Estado personalista se protege la coexistencia no como fin en sí mismo, sino como medio para posibilitar las existencias individuales.

Por esta razón, a los delitos que afectan bienes jurídicos difusos se los conoce como delitos de lesión-peligro, y es que estos delitos, al lesionar el bien jurídico colectivo, ponen en peligro un número indeterminado, pero determinable de bienes jurídicos individuales. Así, por ejemplo, según la doctrina, la seguridad pública como bien jurídico protegido por el derecho penal consiste en ese conjunto de condiciones materiales que garantizan la estabilidad del mundo exterior, de tal manera que si dichas condiciones se alteran, se provocaría un peligro para un número indeterminado de bienes jurídicos individuales. Con miras a proteger la seguridad pública, el legislador penalizó el concierto para delinquir a través del artículo 340 del Código Penal. El concierto para delinquir consiste en que varias personas se asocien, con vocación de permanencia, para cometer un número indeterminado de delitos. Otro ejemplo: el orden económico social es un bien jurídico que consiste en el adecuado funcionamiento de la econo-

mía; el legislador protege este bien jurídico colectivo porque entiende que si la economía no funciona correctamente, esa situación comportaría un peligro para un número indeterminado de patrimonios económicos individuales. De allí que el legislador penalice, como atentado contra el orden económico social, verbigracia, la especulación, el acaparamiento, el agiotaje, en los artículos 297 y siguientes del Código Penal.

Distinto ocurre en un Estado transpersonalista. En este modelo de Estado se hace énfasis en la protección de los bienes jurídicos colectivos como fines en sí mismos, de suerte que la protección de un bien jurídico individual solo interesa si ella posibilita alcanzar un ideal colectivo.

¿Qué funciones cumple el concepto de bien jurídico? En opinión de la doctrina, este concepto cumple tres funciones (Velásquez, 2009, pp. 123-124): en primer lugar, una función interpretativa, que consiste en que el bien jurídico constituye un referente insoslayable a la hora de interpretar los tipos penales, específicamente, a la hora de efectuar una interpretación teleológica de los mismos. El intérprete habrá entonces de preguntarse, a efectos de determinar la norma expresada en el tipo penal, cuál es el bien jurídico que ha pretendido protegerse por vía de su creación. Ilustremos con un ejemplo: mediante el artículo 213 del Código Penal, se penaliza la inducción a la prostitución (el proxenetismo), con miras a tutelar el bien jurídico denominado libertad sexual. La libertad sexual, entendida en el contexto de las libertades modernas, es la posibilidad de disponer del propio cuerpo en materia sexual, sin sujeción a una moral sexual determinada; la libertad moderna, téngase presente, solo es concebible sin la Verdad, no en la Verdad, como en la Edad Media; la Verdad, en la Modernidad, “os hará esclavos, no libres”. En consecuencia, una interpretación teleológica del tipo penal, de cara al bien jurídico tutelado, nos conduce a efectuar una interpretación restrictiva del mismo, según la cual solo la inducción a la prostitución que se realice por medio de engaños será punible.

En segundo lugar, el concepto de bien jurídico cumple una función sistematizadora. En tal sentido, el legislador, al construir la parte especial del Código Penal, agrupa las distintas figuras delictivas atendiendo al bien jurídico objeto de protección. Por ejemplo: hay un título sobre los atentados contra el patrimonio económico (título vii), otro sobre los atentados contra la fe pública (título ix) y otro sobre los atentados contra la recta y eficaz impartición de justicia (título xvi). El Código Penal vigente (Ley 599 de 2000)

se inclinó por destinar los primeros títulos de la parte especial a la consagración de atentados contra bienes jurídicos individuales, y los últimos, a los bienes jurídicos colectivos. El Código Penal anterior (Decreto 100 de 1980) lo hizo justamente al revés.

En tercer lugar, el concepto de bien jurídico cumple una función de limitación o de delimitación, que consiste en que el bien jurídico constituye un límite tanto para la actividad del legislador como para la actividad del juez. Para aquel es un límite porque este solo podrá penalizar aquellas conductas que afecten bienes jurídicos. Para el juez es un límite, ya que este solo podrá declarar la existencia de un delito y, por ende, declarar a una persona penalmente responsable si la conducta, en la particular circunstancia en la que se incrustó, lesionó o puso en peligro el bien jurídico; no basta la mera infracción formal, toda vez que no debe haber delito sin daño. Hay que advertir, sin embargo, que esta función de limitación queda un poco en entredicho si se asume una postura inmanentista en cuanto a la naturaleza de los bienes jurídicos: si se afirma que los bienes no preexisten al derecho positivo, no existirá, luego, para el legislador un límite que provenga de la realidad misma que él pretende regular; el derecho positivo podrá considerar como bienes jurídicos cualesquiera objetos y, de esta manera, penalizar cualesquiera conductas.

Un apunte final: en la evolución del pensamiento jurídico-penal, ha habido teorías que han mediatizado o instrumentalizado el concepto de bien jurídico. Tal es lo que ocurre en la teoría de Hans Welzel (2002, p. 5). A su juicio, la misión del derecho penal es la de reforzar los valores ético-sociales y, tan solo por inclusión, la de proteger los bienes jurídicos; para Welzel, la mejor forma de proteger los bienes jurídicos es estabilizando éticamente a la población. Ha habido otras teorías que, incluso, han negado el concepto de bien jurídico, como la expuesta por la Escuela de Kiel, en la época del nacionalsocialismo, en cuyo sentir el concepto de bien jurídico constituía un rezago del “viejo pensamiento demoliberal”. Para los partidarios de esta escuela, el derecho penal no tiene por misión proteger bienes jurídicos, sino mantener la fidelidad de los ciudadanos al derecho; mantener “la dignidad del Estado y el honor de la Nación” (Dahn y Schaffstein, 2011, p. 102). Recientemente, partiendo de un discurso sociológico, Günther Jakobs (2003, pp. 39 y ss.) ha sostenido que la misión del derecho penal no es la de proteger bienes jurídicos, sino la de asegurar expectativas normativas; su misión es la de mantener la vigencia de la norma.

En la actualidad, hay teorías que pretenden constitucionalizar el concepto de bien jurídico, aseverando que en los Estados constitucionales de derecho es la Constitución la que, explícita o implícitamente, determina cuáles son los objetos valiosos que el derecho ha de proteger⁵⁸ (Fiandaca y Musco, 2006, pp. 39 y ss.).

3.4.2.6 Principio de culpabilidad

El fundamento normativo de este principio lo constituyen las normas expresadas en los artículos 9 y 12 del Código Penal y, para algunos, también, en el artículo 29 de la Constitución (Fernández, 2011). Este principio, también llamado “principio de responsabilidad subjetiva”, implica dos exigencias en relación con el ejercicio del *ius puniendi* (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002). Por virtud de la primera exigencia, para que haya responsabilidad penal, el hecho que se le imputa al agente debe estar vinculado subjetivamente a él, a título de dolo, culpa o preterintención; es decir, en otros términos, se proscribire, en materia penal, la responsabilidad objetiva, que es aquella que se deriva de la mera causación de un resultado, así ese resultado no se encuentre vinculado subjetivamente al agente que lo causó. En este sentido se expresa el segundo apartado del artículo 12 del Código Penal: “Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”.

Sirvámonos de un ejemplo para ilustrar lo dicho: Juan, al conducir su vehículo, atropella a Pedro y lo mata. Juan no solo no quería matar a Pedro, sino que además condujo su vehículo conforme al deber de cuidado exigido, observando todas las normas de tránsito. Juan obra, entonces, sin culpa. No cabe duda de que, por el principio que se estudia, Juan no responderá penalmente por la mera causación de la muerte de Pedro. Ahora, es posible que Juan incurra en otra clase de responsabilidad jurídica por tal hecho,

⁵⁸ Pese a que esta es la tendencia en la actualidad, es importante reparar en que no pueden confundirse los bienes jurídicos con los llamados derechos fundamentales. No puede olvidarse que el creador de la teoría del bien jurídico o, mejor, quien introdujo el concepto de bien jurídico a la ciencia del derecho fue Birnbaum (1834); lo hizo, precisamente, para diferenciar los derechos subjetivos de los objetos sobre los que recaen tales derechos; una cosa es el derecho a la vida (derecho a la vida), y otra, muy distinta, la vida (bien jurídico) (Birnbaum, 2010, pp. 35 y ss.).

que no requiera de vínculo subjetivo alguno para configurarse, como la denominada responsabilidad civil extracontractual por actividades peligrosas, en la cual jurisprudencia y doctrina tienden a afirmar que el guardián de esas actividades –como la actividad de vehículos automotores– responde objetivamente por los daños que las mismas provoquen.

Por virtud del principio de culpabilidad, además, no debe haber responsabilidad penal si el agente obró sin culpabilidad; esta, para un importante sector de la doctrina, es un juicio de reproche que se le hace a aquel que realizó un injusto, una conducta típica y antijurídica, si le era exigible realizar una conducta distinta de la que realizó; si, lo que es lo mismo, le era exigible ajustar su conducta a lo prescrito por el derecho penal. Ese juicio de exigibilidad en que se fundamenta la culpabilidad depende del ámbito de libertad que poseía el agente al momento de realizar el injusto. Hay casos en que ese ámbito de libertad, real o imputado, pese a existir, se encuentra a tal punto reducido que al agente no le es censurable, reprochable el haber obrado como lo hizo; exigirle al agente, en tales circunstancias, una conducta distinta de la que realizó sería tanto como exigirle comportarse como un héroe o un mártir. Y, recordémoslo, no es misión del derecho penal purificar las almas; su misión es absolutamente terrenal: posibilitar la existencia en coexistencia. Cuando, pues, debido a su reducido ámbito de libertad al momento de realizar el injusto, al sujeto no le era exigible una conducta diferente –ni, en consecuencia, le es reprochable haber realizado el injusto–, ese sujeto obra sin culpabilidad.

Esta segunda exigencia del principio de culpabilidad la contempla el primer apartado del artículo 12 del Código Penal: “Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad”, lo mismo que en el artículo 9 de dicho código.

3.4.2.7 Principio de prohibición de la trascendencia de la pena

Se encuentra plasmado en el numeral 3 del artículo 5 del Pacto de San José de Costa Rica, incorporado a nuestro ordenamiento jurídico, como ya se dijo, a través de la Ley 16 de 1972. Según este principio, la responsabilidad penal debe ser personal e individual. Ello significa que la sanción penal –sea esta una pena o una medida de seguridad– no puede dirigirse contra una persona distinta del sujeto que cometió el delito. Este principio se opone a las responsabilidades penales colectivas, en las cuales la sanción penal

se dirige contra sujetos que no cometieron el delito, pero guardan con el sujeto que lo cometió determinada relación. Una especie de responsabilidad penal colectiva es la que se presenta en la llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas (Mir, 2005).

Resulta oportuno advertir que la voz “responsabilidad” puede ser entendida en, por lo menos, dos sentidos: uno que mira hacia el pasado del acto ilícito, y otro que mira hacia el futuro del este (Solano, 2016, pp. 255 y ss.). En el primer sentido, se llama responsable al infractor, al sujeto que cometió el acto ilícito, en cuyo caso se habla de “responsabilidad originaria o genética”. En el segundo de los sentidos, se dice que una persona es responsable si contra ella se dirige la sanción, si ella es quien ha de soportar las consecuencias jurídicas que se siguen del acto ilícito. Esta última es la responsabilidad jurídica propiamente dicha (Molina, 2002, pp. 15 y ss.).

Teniendo presente esta importante distinción para el tema que nos ocupa, vale afirmar que, por mandato del principio de la prohibición de la trascendencia de la pena, el responsable penal propiamente dicho solo puede serlo el originario o genético: el sujeto que cometió el delito, o sea, más precisamente, quien participó en la comisión del delito, en sentido amplio. De conformidad con los artículos 28 y siguientes del Código Penal, se puede participar en sentido amplio en un delito bien como autor, bien como partícipe en sentido estricto; a su vez, el partícipe en sentido estricto puede serlo a título de determinador o a título de cómplice.

En el derecho civil, por contraste, la responsabilidad jurídica propiamente dicha puede recaer ora sobre el responsable originario o genético, ora sobre un tercero, llamado por los civilistas “tercero civilmente responsable”. La responsabilidad de este “tercero” se explica por la relación jurídica de custodia o aseguramiento que vincula a ese tercero con la persona que realizó el acto ilícito. En nuestro derecho positivo, verbigracia, se habla de responsabilidad civil extracontractual por el hecho ajeno en cabeza de los padres respecto de sus hijos, y en cabeza de los empleadores respecto de sus trabajadores, siempre que aquellos, los empleadores, sean personas naturales.

Cabe anotar, sin embargo, que en materia penal se ha encontrado un modo de burlar este principio, mediante la consagración de tipos penales omisivos. Con semejante proceder, se dice, el tercero no responderá por un hecho ajeno, sino por uno propio, el constitutivo de la omisión. A manera

de ejemplo, el sujeto responderá no por las lesiones que Pedro provoque a Juan, sino por su omisión de prestar auxilio a Juan para evitar esas lesiones.

Sea, por último, advertir que algunos prefieren llamar a este principio postulado de “la trascendencia mínima”, afirmando que la trascendencia de la intervención punitiva como fenómeno social es inevitable; tan solo se trata de reducirla al mínimo posible (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2005, pp. 114-115).



Capítulo III

El derecho penal en sentido objetivo (*ius poenale*)

Introducción

Este capítulo tiene por objeto analizar el concepto y determinar los alcances del derecho penal en sentido objetivo. Así, en primer lugar, se delimitará la expresión derecho penal en sentido objetivo, ofreciendo un concepto del mismo. En un segundo momento, la argumentación girará en torno a las características que se le atribuyen al concepto en cuestión, con lo cual, en un acápite posterior, se abordarán las clasificaciones que pueden hacerse desde este derecho. A renglón seguido, se estudiarán las fuentes del derecho penal en sentido objetivo. Dicho esto, se expondrá la discusión que, tradicionalmente, se ha desarrollado en el derecho penal desde la perspectiva de la teoría de la norma penal para, en un último momento, dedicar nuestra atención a la exposición de los ámbitos de vigencia de la norma penal. Todo esto, pues, en su conjunto, constituye el soporte teórico del entendimiento de la expresión derecho penal en sentido objetivo.

1. Concepto

El derecho penal en sentido objetivo, también conocido como *ius poenale*⁵⁹, es el conjunto de normas jurídicas que a la conducta punible como presupuesto le asocian penas o medidas de seguridad a título de consecuencias jurídicas. El origen de esta definición se atribuye al profesor alemán Franz von Liszt. Para von Liszt (1999), “el derecho penal es el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia” (p. 5).

Ahora bien, esta definición, que podríamos catalogar como tradicional, ha sido criticada por algunos al considerarla bastante estrecha. Para estos (Mezger, 1985), la definición debería ser reformulada, pues, tal y como aparece, no abarca todo lo que pretende definir. En consecuencia, un sector de la doctrina estima que la definición no comprende ni al derecho procesal penal ni al derecho de ejecución penal, pues solo agrupa las normas jurídicas que hacen referencia al derecho penal sustantivo. Desde esta perspectiva, algunos consideran que el *ius poenale* debería redefinirse como aquel conjunto de normas jurídicas que regulan el ejercicio del *ius puniendi* en sus distintas fases o momentos. Con esta definición, entonces, se abarca, por tanto, todo lo relativo a la creación de las normas penales, pero, también, lo relativo a la imposición de las penas y de las medidas de seguridad, así como aquello que concierne a la ejecución de las mismas.

⁵⁹ Según Mezger (1985): “La expresión derecho penal, a la que corresponde la antigua designación ‘*ius poenale*’, se empleó por primera vez a mediados del siglo XVIII, aunque comenzó a regir a principios del siglo XIX. El término empleado antes ‘derecho criminal’, ha perdido actualidad” (p. 27). De acuerdo con Luis Jiménez de Asúa (1945): “Puede decirse, pues, que la expresión derecho penal ha recibido distintas denominaciones: en Alemania fue llamada antiguamente ‘*peinliches Recht*’. Así la designaron Engelhard, Kleinschrod, Feuerbahc, Savigny, Köstlin y Zumptf. Sin embargo, estos cuatro últimos también le dieron el título de ‘*kriminalrecht*’. Ahora, en Alemania hay unanimidad para denominarlo ‘*Strafrecht*’. En Italia emplean la expresión ‘*Diritto penale*, aunque los positivistas prefirieron denominarle ‘*Diritto criminale*’, para desterrar la palabra ‘pena’ que reemplazan por ‘sanción’. En Francia se utilizaron, de forma equilibrada, la expresiones ‘*Droit pénale*’ y ‘*Droit criminel*’, en tanto que en los países de habla hispana se utiliza la expresión ‘derecho penal’” (p. 16).

Sin embargo, a su vez, esta nueva definición se critica pues abarcaría mucho más de lo que pretende definir. Se trataría, en últimas, de una definición bastante amplia. Esto, pues, si se partiera de esta definición, se tendría que afirmar, por ejemplo, que el derecho constitucional, en tanto regula el trámite legislativo, es derecho penal; o que el derecho procesal, en tanto regula el procedimiento penal, es derecho penal. Sin duda, lo expresado es, a todas luces, inconsecuente.

Volviendo, entonces, al origen de la definición, esto es, a aquella propuesta por el profesor von Liszt (1999), puede decirse que esta se extendió, además, a las consecuencias jurídicas establecidas para los inimputables, es decir, a las medidas de seguridad⁶⁰. Lo anterior, como quiera que se estimó que, también, podían ser sujetos de sanción penal, como inimputables, aquellos que, por ciertas causas, no estaban en capacidad de comprender la ilicitud penal de sus actos o que, comprendiéndola, no podían determinarse de acuerdo con dicha comprensión. En ese sentido, se afirmó que las

⁶⁰ No deben confundirse las medidas de seguridad con las medidas de aseguramiento. Las medidas de aseguramiento tienen una naturaleza procesal, mientras que las medidas de seguridad tienen una naturaleza sustancial. Las medidas cautelares tienen una naturaleza puramente instrumental. De allí que sean previstas por el derecho procesal para, por regla general, asegurar el cumplimiento o la ejecución de la eventual sentencia condenatoria que se llegue a proferir en el respectivo proceso. Estas medidas pueden ser de dos clases. Por un lado, medidas cautelares de carácter real (aquellas que recaen sobre las cosas, por ejemplo, embargo, secuestro, etc.) y, por otra parte, medidas cautelares de carácter personal (aquellas que recaen sobre las personas, por ejemplo, detención preventiva). En este sentido, las medidas de aseguramiento son medidas cautelares de carácter personal que, según el ordenamiento colombiano, pueden ser de dos clases. En primer lugar, medidas de aseguramiento privativas de la libertad (detención preventiva en establecimiento carcelario, detención domiciliaria). En segundo lugar, medidas de aseguramiento no privativas de la libertad (por ejemplo, la prohibición para salir del país). Por último, es importante mencionar que toda medida cautelar se funda en dos premisas: a) *Periculum in mora* (el peligro en la demora): peligro consistente en que al proferirse la eventual sentencia condenatoria en el respectivo proceso, no existan ya las circunstancias materiales para que la misma pueda ser ejecutada. b) *Fumus bonis iuris* (apariencia de buen derecho): como toda persona se presume inocente hasta tanto se demuestre lo contrario, el decretamiento de toda medida cautelar necesita una “apariencia de buen derecho” (López, 2004).

medidas de seguridad son las consecuencias jurídico penales establecidas para la realización de una conducta punible por parte de un inimputable (artículo 33 del Código Penal).

El delito, así concebido, sería el presupuesto de la imposición de las consecuencias jurídicas y, estas, según la imputabilidad o no del sujeto, serían penas o medidas de seguridad.

En este punto, debe tenerse en cuenta que, en el ordenamiento jurídico colombiano, el delito, según lo establecido en el artículo 19 del Código Penal, es apenas una de las “especies” del “género” conducta punible. Según este enunciado, las conductas punibles se dividen en delitos y contravenciones. Por tanto, como colofón de este acápite destinado a delimitar el concepto de derecho penal en sentido objetivo, reformulando la definición tradicional y adaptándola al derecho colombiano, se puede expresar que el derecho penal en sentido objetivo es el conjunto de normas jurídicas que a la conducta punible (delito o contravención) como presupuesto le asocian penas (para los imputables) o medidas de seguridad (para los inimputables), a título de consecuencias jurídicas.

2. Características del derecho penal en sentido objetivo

A este respecto, la doctrina suele presentar una lista de características del *ius poenale*⁶¹. Sin embargo, se debe aclarar que en esta lista se mezclan algunas características que aluden al *ser* y otras que aluden al *deber ser* del derecho penal en sentido objetivo. Teniendo claro lo anterior, a continuación, se abordarán las mencionadas características:

⁶¹ En Colombia, por ejemplo, estas características, en el orden propuesto, han sido estudiadas por Velásquez (2007).

2.1 El derecho penal en sentido objetivo es derecho público

Puede decirse que el derecho penal es derecho público⁶², principalmente, por tres razones. En primer lugar, porque, desde una perspectiva orgánica, en la relación jurídica regulada por las normas jurídico penales siempre toma parte el Estado. En efecto, esta relación jurídica se da entre el Estado, titular del poder punitivo o *ius puniendi*, y el particular, que se encuentra sujeto al ejercicio de dicha potestad pública. En segundo lugar, porque los sujetos que integran la relación jurídica regulada penalmente se encuentran en un plano de subordinación respecto del juez que, en desarrollo de una función pública, procesa y enjuicia el litigio. En última instancia, porque en sus normas se encuentra inmerso, de forma directa e inmediata, un interés colectivo, esto es, un interés supraindividual que está por encima de los sujetos que integran la relación jurídica regulada normativamente. Ello

⁶² Siguiendo a García (1995), las normas jurídicas pueden ser catalogadas de derecho público o de derecho privado conforme con los tres criterios o teorías que se han propuesto para diferenciarlas. A este respecto, Solano (2016) afirma: “En primer lugar, la teoría orgánica, según la cual una norma es de derecho público si el Estado hace parte de la relación jurídica por ella regulada. Este criterio fue desechado, al entender que el Estado no siempre obra como ente soberano, sino que, por veces, obra como cualquier otra persona jurídica. En segundo lugar, la teoría de la coordinación o de la subordinación, según la cual una norma es de derecho público si los sujetos que hacen parte de la relación jurídica por ella regulada se encuentran en un plano de subordinación, de tal manera que uno de tales sujetos se halla subordinado al otro, estando, este último, en condiciones de superioridad respecto del primero; una norma es de derecho privado si los sujetos que intervienen en la relación jurídica por ella regulada se encuentran en un plano de igualdad o de coordinación. Si nos atenemos a esta teoría, resultaría difícil hallar normas de derecho privado, bien porque la relación jurídica regulada entrañe en sí misma una situación de subordinación, como ocurre con las relaciones jurídicas de índole laboral, o bien por las complejas relaciones jurídicas actuales, reguladas por el derecho comercial, en las que es usual encontrarse con posiciones dominantes y con el simple desenvolvimiento jurídico de contratos de adhesión. En tercer lugar, la teoría del interés, según la cual son normas de derecho público aquellas que pretenden proteger el interés general, el interés colectivo; por el contrario, son normas de derecho privado aquellas que pretenden proteger un interés particular. Sin embargo, con razón, se ha dicho también que esta teoría es equivocada, por cuanto toda norma jurídica, en forma mediata o inmediata, pretende proteger un interés colectivo, cual es el de hacer posible la existencia en coexistencia” (p. 70).

solo se entiende afirmando que al derecho penal le corresponde ocuparse de aquellas conductas que, de la forma más grave e intolerable, imposibilitan la vida en sociedad.

Además de lo ya mencionado en relación con el carácter de derecho público del derecho penal, debe decirse que las normas que lo integran son, por regla general, normas de orden público. Es decir, el derecho penal está integrado por normas que regulan una relación jurídica en la que se encuentra inmerso, de manera directa e inmediata, el interés colectivo, en tanto son normas que aluden a los elementos estructurales de la sociedad, pretendiéndose, con su consagración positiva, estabilizar dichos elementos. Consecuentemente, el contenido de las normas de orden público no puede disponerse por sus destinatarios, pues, de hacerlo, se desordenaría aquello que estabiliza y da orden a lo social⁶³.

Si bien esto es así, excepcionalmente, en el ordenamiento jurídico colombiano las normas jurídico penales pueden ser de orden privado, esto es, normas dispositivas⁶⁴. Ello es así, en primer lugar, por virtud del llamado principio de oportunidad⁶⁵. Esta figura, consagrada a partir del artículo 323

del Código de Procedimiento Penal, permite, de una forma reglada y taxativa, que el Estado suspenda, interrumpa e, incluso, renuncie al ejercicio de la persecución penal prevista, en principio, como un deber (artículo 250 de la Constitución Política). En segundo lugar, por la existencia de los llamados delitos querellables⁶⁶. La regla general es que todas las conductas que revistan características delictivas sean investigadas de oficio (no se requiere, para que inicie su investigación, aquello que desde la teoría del proceso se denomina un “acto de instancia”). En tercer lugar, el carácter público del *ius poenale* se cuestiona por la regulación que, en materia penal, se hace de la denominada justicia restaurativa. El Código de Procedimiento Penal destina su Libro sexto a regular esta institución. En este sentido, la justicia restaurativa alude a un conjunto de mecanismos a través de los cuales se pretende que víctima y victimario puedan resolver el conflicto. Estos mecanismos, que operan también en casos excepcionales, son la conciliación y la mediación. En cuarto lugar, la denominada figura del acusador privado, contemplada en la Ley 1826 de 2017, también pone en entredicho el carácter de orden público del derecho penal. Según lo dispuesto en esta regulación, en ciertos casos se autoriza la “conversión” de la acción penal pública a una acción penal privada, delegándose la formulación de la pretensión punitiva en la víctima de la conducta punible (Ley 1826 de 2017).

⁶³ Al respecto, estima Bettiol (1965): “Constituye afirmación obvia que el derecho penal es derecho público por excelencia, porque los “objetos” de la tutela se refieren a la colectividad organizada como Estado, o porque la sanción penal se reserva a órganos estatales que tienen la obligación de aplicarla cada vez que se den los presupuestos necesarios. Un derecho penal privado, dependiente de la voluntad de la persona ofendida por el delito o de la del interesado, no puede ya concebirse porque comprometería el poder público y tornaría imposible la pacífica convivencia social” (p. 67).

⁶⁴ Según Solano (2016): “Tanto las normas del derecho público como las normas del derecho privado pueden ser normas de orden público o normas de(l) orden privado. Las normas del derecho público suelen ser de orden público, pero puede haber normas de orden privado en el derecho público. Asimismo, las normas del derecho privado pueden ser normas tanto de orden público como de orden privado. Normas de orden público o del orden privado son aquellas en relación con las cuales los sujetos que hacen parte de la relación jurídica por ellas regulada pueden disponer de su contenido, “derogándolas” o dejándolas sin efecto respecto de la particular relación jurídica que los vincula” (p. 71).

⁶⁵ Por regla general, el ejercicio de la mal llamada “acción penal” se encuentra sujeto al denominado “principio de legalidad” en materia procesal penal. Según

este postulado, el Estado tiene el deber de adelantar una investigación penal frente a toda noticia criminal que se produzca, y tiene el deber de, en el evento de cumplirse con los respectivos requisitos, formular la respectiva pretensión punitiva ante un juez para que este se ocupe de procesarla y enjuiciarla. Siendo entonces, jurídicamente, un deber, mal podría hablarse de “derecho de acción”. Debe decirse que todos esos casos excepcionales al deber que descansa en la potestad pública se fundamentan en un juicio de utilidad, según el cual, en ciertas circunstancias sería más ventajoso, para la coexistencia social, dejar de procesar que procesar penalmente la pretensión.

⁶⁶ La querrela es una condición de procesabilidad o procedibilidad que se encuentra regulada en los Artículos 69 y siguientes del Código de Procedimiento Penal. Son delitos querellables aquellos respecto de los cuales solo puede investigarse o procesarse válidamente una pretensión punitiva si media una solicitud formal (esa solicitud formal recibe el nombre de querrela y debe presentarse a los 6 meses siguiente a la comisión del supuesto delito), por parte del sujeto pasivo de los mismos. De allí que, coherentemente, los delitos querellables sean “desistibles” en su investigación y trámite con un acto de quien es querrelante legítimo.

2.2 *El derecho penal en sentido objetivo tiene una vigencia con marcado carácter judicial*

Esta característica es consecuencia necesaria de entender que uno de los atributos del Estado moderno es el de ostentar el monopolio del uso de la fuerza. Se debe recordar, también, que es de la esencia del Estado moderno el ser ente soberano, lo que significa que el Estado tiene el atributo de ser el principio de sus propias decisiones (Alvear, 2013, pp. 107 y ss.).

Así las cosas, un Estado solo podría ser soberano si detenta el monopolio de la fuerza. Esta es la razón por la cual se afirma que el Estado es “celoso” del *ius puniendi*, de tal suerte que no delega esa potestad en los particulares.

Así, según esta característica, en el rol de juez radica la potestad de administrar justicia en lo penal. Esto es, solo sería el juez natural, aquel señalado para el efecto por la Constitución y por la ley, quien debe dirimir los conflictos que se susciten desde la órbita del derecho penal.

Por lo anterior, por ejemplo, en materia penal no existe la posibilidad de arbitramentos que resuelvan los conflictos. Sin embargo, si bien esto es así, la naturaleza judicial del derecho penal también puede verse afectada por figuras como las mencionadas en la característica anterior, que permiten la disposición del litigio por las partes involucradas.

2.3 *El derecho penal en sentido objetivo es teleológico o finalista*

En rigor, hay que concluir que esta característica no es exclusiva del derecho penal, sino que es una característica de todo el derecho positivo, en tanto se trata de un objeto cultural. Esto es, todo objeto creado por el hombre es creado con un motivo, con una finalidad.

Esta característica suele estudiarse asignando la finalidad del derecho penal a la protección de bienes jurídicos. En consecuencia, el derecho penal pretende desestimular la realización de aquellas conductas que atentan de forma grave e intolerable en contra de los mismos.

Es de anotar que los fines del derecho penal en el Estado contemporáneo se estudian, tradicionalmente, a través de las denominadas teorías de la pena⁶⁷. Silva (2012) afirma, por esta razón, que:

Esto ha obedecido a la necesidad de poder legitimar de algún modo la “causación de mal” en que consiste esencialmente la pena y, por añadidura, al derecho penal, que la prevé como consecuencia. Dichos intentos de legitimación han tenido lugar normalmente por dos vías: por un lado, tratando de invertir a ese “mal” de la calidad de bien; por otro lado, tratando de mostrarlo como un mal útil o un mal menor. Las opiniones doctrinales al respecto oscilan mayoritariamente entre ambos extremos (p. 291).

En ese sentido, puede decirse que la finalidad de protección de bienes jurídicos asignada al derecho penal no es la única que existe o que ha existido. Esta finalidad recoge los planteamientos del profesor alemán Claus Roxin (2006)⁶⁸. Gran parte de la doctrina contemporánea ha acogido estos planteamientos en relación con la función de protección bienes jurídicos que Roxin le atribuye al derecho penal⁶⁹. No obstante, no puede desconocerse

⁶⁷ Para el estudio de las denominadas “teorías de la pena”, puede consultarse el artículo de Solano (2008).

⁶⁸ Son funcionalistas, en términos generales, aquellas orientaciones de la dogmática que intentan construir las categorías del sistema a partir de los fines del derecho penal (Peñaranda, 2000; Silva, 2012; entre otros).

⁶⁹ Para desarrollar lo dicho, se pregunta Roxin (2012): “¿Cuál es por lo tanto el fin del Derecho penal desde donde poder derivar la estructura del injusto? Dicho de la forma más sencilla posible: la función del Derecho penal reside en asegurar a los ciudadanos una vida en común pacífica y libre, bajo la salvaguarda de todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Llamamos bienes jurídicos a aquellas realidades imprescindibles para una vida en común, pacífica y libre de las personas. Por lo tanto, bienes jurídicos son, por ejemplo, la vida, la integridad corporal, la autodeterminación sexual, la propiedad, el patrimonio y también los así llamados bienes jurídicos de la colectividad, como la moneda, una administración de justicia incólume o la incorruptibilidad del portador de funciones estatales. Sin estas realidades no sería posible en nuestras modernas sociedades actuales una vida en común pacífica y libre y a la vez respetuosa con todos los derechos civiles. Siguiendo esta idea, la misión del Derecho penal basada en la teoría del Estado es la protección de bienes jurídicos. No obstante, se debe todavía ir más allá y afirmar que el Derecho penal nunca

que existen otras teorías que atribuyen finalidades diversas a la existencia del derecho penal y, particularmente, a la pena. Günther Jakobs, por su parte, estima que la finalidad inmediata del derecho penal no puede radicar en la protección de bienes jurídicos, pues sería, esta, una finalidad siempre fallida. De allí que Jakobs (1998; 1997; 2007) sitúe la finalidad del derecho penal en el hecho de que, con su existencia y aplicación, se reafirman en la sociedad las expectativas normativas que se ponen en entredicho con la comisión del delito, lo que conduce a afirmar que la función de la pena, en Jakobs, consiste en reafirmar la vigencia de la norma o en garantizar la identidad normativa de la sociedad.

2.4 El derecho penal en sentido objetivo es garantizador, garantista o demoliberal

Con rigor, se debe decir que esta característica alude al *deber ser* de un derecho penal garantista y no al *ser* mismo de cualquier derecho penal posible. Un derecho penal será garantista⁷⁰ si se encuentra rodeado por todo un sistema de garantías, formales y materiales, que limitan el ejercicio del *ius puniendi*. Estas garantías asegurarán que la libertad del individuo esté por encima de cualquier intervención arbitraria por parte del Estado⁷¹. Cabe se-

ha tenido la función de proteger todos los bienes jurídicos de forma absoluta” (p. 4).

⁷⁰ La expresión garantismo penal puede entenderse en tres sentidos: desde una mirada estatal, a partir de la existencia de una Constitución política que reconozca un Estado de Derecho; desde la perspectiva de una teoría del derecho; o desde la perspectiva de la filosofía del derecho. Para el desarrollo riguroso de cada una de estas perspectivas véase Ferrajoli (1995a).

⁷¹ En la teoría política suele diferenciarse entre democracia (entendiendo democracia en un sentido puramente formal o procedimental) y liberalismo. La democracia formal o procedimental aludiría a un conjunto de procedimientos o de formas que aseguran que las decisiones políticas sean adoptadas por las mayorías o por los representantes de éstas. Por su parte, el concepto de liberalismo alude a la denominada democracia en sentido material o sustancial. Su objeto es, por tanto, no el quién puede adoptar las decisiones de poder, sino el qué de las mismas, es decir, alude al contenido de esas decisiones. De tal manera que un sistema político será liberal si el contenido de las decisiones políticas es respetuoso de los derechos fundamentales de todas las personas y, por supuesto, de las minorías (Ferrajoli, 2004, p. 23 y ss.).

ñalar que fue Cesare Beccaria quien, con su obra *De los delitos y de las penas* (1797), marcó el inicio de los postulados del derecho penal demoliberal.

2.5 El derecho penal en sentido objetivo es fragmentario

De igual forma que la anterior característica, esta alude al *deber ser* de un derecho penal garantista. El carácter fragmentario del derecho penal es consecuencia, se dijo ya, del principio o subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Según esta característica, el derecho penal no debe ocuparse de todas las conductas que atentan en contra de los bienes jurídicos, sino solo de aquellas que constituyen los atentados más graves e intolerables en contra de ellos; esto es, solo debe ocuparse de un fragmento de todas las conductas que atentan en contra de los bienes jurídicos: de aquellas que lo hacen de la forma más grave e intolerable. Y es que, se recuerda, según lo prescrito por el principio o subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto debe haber un equilibrio entre los sacrificios que el medio comporta y las ventajas que con tales sacrificios se pretenden obtener.

Por esta razón, las sanciones más graves del ordenamiento jurídico, las que mayores sacrificios comportan en materia de derechos y libertades, que son las sanciones propias del derecho penal, deben estar reservadas en función de evitar la realización de aquellas conductas que constituyen esos atentados más graves e intolerables en contra de los bienes jurídicos. Lo contrario, sería, desde luego, desproporcionado.

2.6 El derecho penal en sentido objetivo tiene un carácter de ultima ratio

De igual forma, esta característica alude al *deber ser* de un derecho penal garantista. Esta característica, a su vez, constituye otro desarrollo del principio de proporcionalidad en sentido amplio, específicamente del subprincipio de necesidad o de mínima intervención. Así las cosas, que el derecho penal tenga un carácter de *ultima ratio* se refiere que a este solo debe acudir cuando han fracasado todos los demás instrumentos de control social, incluyéndose, por supuesto, a todos los demás sectores del derecho positivo, toda vez que, como el derecho penal es el que mayores sacrificios comporta en materia de derechos y libertades, solo resulta ser necesario como último recurso.

2.7 *En el ordenamiento jurídico colombiano el derecho penal es monista*

La doctrina suele clasificar los sistemas penales en monista, dualista y vicarial (Velásquez, 2009, p. 183). Un sistema penal es monista si a los imputables solo se les pueden imponer penas. El ordenamiento jurídico colombiano es monista ya que las medidas de seguridad están reservadas para los inimputables. Ello es así, porque las penas se fundamentan, entre otras cosas, en la culpabilidad del sujeto y no en su peligrosidad. Un sistema penal es dualista si a los imputables se les pueden imponer tanto penas como medidas de seguridad. La imposición de las penas se fundamenta en su culpabilidad y la imposición de las medidas de seguridad en un juicio sobre su peligrosidad. Por último, un sistema penal es vicarial si la pena puede ser sustituida, total o parcialmente, por una medida de seguridad.

2.8 El derecho penal en sentido objetivo es valorativo y normativo

Con ello, la doctrina pretende advertir que las normas penales tienen una doble naturaleza: por una parte, son normas objetivas de valoración y, por otra, son normas subjetivas de determinación. Que la norma penal sea objetiva de valoración significa que a ella le corresponde una función protectora o de protección. Como consecuencia de esta función, toda norma penal se crea buscando proteger uno o más bienes jurídicos. De otro lado, que la norma penal sea subjetiva de determinación significa que a esta le corresponde una función motivadora o de motivación, es decir, le corresponde a la norma motivar a sus destinatarios para que adecúen sus conductas a lo por ella prescrito. En otras palabras, siguiendo a Mir Puig (2005), se dice que:

(...) una norma sería (solo) de valoración si se limitase a expresar un juicio de valor, positivo o negativo, sin imponer ningún imperativo concreto dirigido a su destinatario. Norma de determinación significa, en cambio, la expresión de un mandato o prohibición que trata, a modo imperativo o directivo, de determinar la conducta de su destinatario (p. 78).

La relación entre la naturaleza dualista de la norma penal⁷² y una particular teoría del delito será desarrollada, con detalle, más adelante.

2.9 *El derecho penal en sentido objetivo es absolutamente independiente en sus efectos y relativamente dependiente en cuanto a sus presupuestos*

Que sea independiente en sus efectos implica afirmar que, por sus particulares consecuencias jurídicas, sobre todo por la pena, se le confiere autonomía o independencia al derecho penal respecto de los demás sectores del derecho positivo. De allí su denominación de derecho penal o de derecho de las penas.

Ahora bien, esta afirmación no es del todo cierta, pues penas o consecuencias que se siguen de la realización de actos ilícitos hay en todo el ordenamiento jurídico, existiendo, incluso, en otras parcelas normativas, sanciones cualitativamente idénticas a ciertas sanciones penales. Esto ocurre, por ejemplo, en el derecho administrativo y en el derecho disciplinario, en lo relativo a las consecuencias jurídicas que consisten en multas e inhabilitación para el ejercicio de ciertos cargos públicos⁷³. De allí que, con rigor, según esta característica, la independencia en sus efectos alude, únicamente, a aquella consecuencia que es exclusiva del derecho penal: la pena privativa de la libertad.

En lo que concierne a la dependencia de sus presupuestos, de acuerdo con un sector de la doctrina (Maurach y Zipf, 1994, pp. 32 y ss.), el derecho penal no tiene un carácter constitutivo, sino puramente sancionador o sancionatorio, como quiera que, para construir sus presupuestos, el derecho penal no realiza valoraciones autónomas, sino que las toma de otros sec-

⁷² Para un estudio detallado sobre las funciones de la norma penal, véase Sancinetti (2004) y Muñoz y García, (2015).

⁷³ De conformidad con el artículo 34 del Código Penal, son penas principales la privativa de la libertad de prisión, la pecuniaria de multa y las demás privativas de otros derechos que como tal se consagren en la parte especial, y según el artículo 43 del Código Penal, es una pena privativa de otros derechos, entre otras, la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

tores del ordenamiento jurídico. Sin embargo, esta premisa no es exacta, pues, si bien es cierto que el derecho penal en la construcción de sus presupuestos se impregna de las valoraciones provenientes de otros sectores del ordenamiento jurídico, ello no ocurre siempre ni en forma absoluta. Por el contrario, debe afirmarse que, en ocasiones, el derecho penal realiza sus propias valoraciones. Un ejemplo de lo anterior se encuentra en lo que ocurre con la conducta descrita en el tipo penal de hurto (artículo 239 del Código Penal: “*El que se apodere de cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro...*”). Para saber qué es una cosa mueble, de conformidad con este tipo penal, aunque debe el operador jurídico acudir a valoraciones propias del derecho civil, lo hace solo relativamente, toda vez que para el derecho penal solo serán bienes muebles aquellos que, desde la perspectiva civil, se reputan como tales “por naturaleza”. Por tanto, en aquellos casos en los cuales el derecho civil califica ciertos bienes –en principio bienes muebles por naturaleza–, como inmuebles, no serán, así, bienes inmuebles para el derecho penal. Es decir, en estos casos seguirán siendo bienes muebles para el derecho penal y, por tanto, objeto de la prohibición del tipo penal de hurto. En síntesis, se dice, entonces, que el derecho penal es relativamente dependiente en cuanto a sus presupuestos.

3. Clasificación del derecho penal en sentido objetivo

El derecho penal en sentido objetivo suele clasificarse, por la doctrina, así:

3.1 Atendiendo a la materia objeto de regulación

De acuerdo con el objeto de regulación, el derecho penal en sentido objetivo se clasifica en: derecho penal sustantivo, derecho procesal penal y derecho de ejecución penal⁷⁴.

⁷⁴ Esta clasificación, sin embargo, comparte las mismas consideraciones críticas que se le formulan a aquella definición de derecho penal en sentido objetivo que lo extiende al derecho procesal y de ejecución penal.

Derecho penal sustantivo o material: es el conjunto de normas jurídicas que a la conducta punible como presupuesto le asocian penas o medidas de seguridad a título de consecuencias jurídicas. En este sentido, la fuente de manifestación más importante del derecho penal sustantivo es el Código Penal. Así concebido, el derecho penal sustantivo suele clasificarse por la doctrina, a su vez, en:

Derecho penal fundamental: es el conjunto de normas penales que se encuentran expresadas en los enunciados normativos contenidos en el Código Penal.

El Código Penal colombiano se halla contenido en la Ley 599 de 2000, vigente desde el 25 de julio del año 2001. Este Código Penal se compone por dos libros: el Libro I, destinado a la denominada Parte General, y el Libro II, destinado a la denominada Parte Especial.

En la Parte General del Código Penal se regulan aquellos enunciados normativos relativos a:

- ♦ Las normas o principios rectores de la ley penal colombiana.
- ♦ Los ámbitos de vigencia de la ley penal.
- ♦ La conducta punible, específicamente a sus elementos genéricos y a las causales de exclusión de la responsabilidad penal.
- ♦ Las clases y a la forma de determinación de las penas y de las medidas de seguridad.
- ♦ Las formas de extinción de la mal llamada “acción penal” y las formas de extinción de la pena.
- ♦ La responsabilidad civil que se deriva de la conducta punible.
- ♦ La finalidad, pues, de una Parte General, consiste en evitar la repetición innecesaria de todos sus conceptos en la Parte Especial. De allí que se entienda que todos los conceptos contenidos en la Parte General integran el entendimiento de todos aquellos enunciados que se encuentran regulados a través de la Parte Especial.

Por su lado, la Parte Especial del Código Penal se encuentra referida a las distintas figuras delictivas en particular y a las respectivas penas aplicables a ellas. Se compone, por tanto, de los tipos penales, esto es, de las definiciones legales de los delitos que hace el legislador. Dichos tipos penales se encuentran sistematizados atendiendo al bien jurídico protegido. En primer lugar, se criminalizan las conductas que atentan contra los bienes jurídicos

individuales. En segundo lugar, se criminalizan las conductas que atentan contra los bienes jurídicos colectivos.

De lo mencionado, entendemos, siguiendo a Jescheck y Weigend (2002):

La diferenciación de las materias que respectivamente deben ser recogidas en la Parte General y en la Parte Especial del Código Penal, se lleva a cabo de acuerdo con un criterio formal y otro material. Formalmente, a la Parte General pertenecen todas aquellas regulaciones que pueden tener significado para el conjunto de disposiciones de la Parte Especial y que, por ello, se extraen como elementos comunes, mientras que la Parte Especial alberga formas delictivas concretas, así como las disposiciones complementarias que se refieren a aquellas. Materialmente, la Parte Especial contiene las descripciones de los delitos y, con ello, de las disposiciones constitutivas del fundamento del injusto-penal, mientras que el injusto correspondiente a las reglas de la Parte General (por ejemplo, causas de justificación, tentativa, etc.) tiene solo una función complementaria de los tipos, pero nunca un significado fundamentador de un injusto autónomo (p. 20).

El Código Penal colombiano ha sufrido, desde su promulgación y entrada en vigencia, un importante número de modificaciones y declaratorias de inconstitucionalidad. Ahora bien, dentro de todas las modificaciones, quizás la más importante fue la realizada a través de la Ley 890 de 2004. Esta regulación tuvo por finalidad, al parecer, poner a tono la legislación sustancial con el sistema de procesamiento regulado por la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal). Por ello mismo, la Ley 890 de 2004 produjo un aumento generalizado de las penas. Asimismo, esa Ley dispuso que en Colombia la pena privativa de la libertad tendría un tope máximo de 50 años, o, incluso, de 60 años si se está en presencia de un concurso de delitos, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 31 de Código Penal.

Derecho penal complementario: es el conjunto de normas penales que se encuentran expresadas a través de enunciados normativos contenidos en las denominadas leyes penales complementarias, esto es, en leyes distintas de aquella que contiene el Código Penal. Ahora bien, en este punto debe precisarse que, en Colombia, al expedir el Código Penal vigente, el legislador pretendió unificar la dispersa normatividad existente en materia penal hasta el momento. De allí que el artículo 474 de la Ley 599 de 2000 consagrara la derogación de casi la totalidad de la normativa complementaria a

él, particularmente, aquella que tenía que ver con la consagración de prohibiciones y mandatos especiales. Sin embargo, dada la hiperinflación legislativa en materia penal que se evidencia en Colombia, aún siguen existiendo leyes penales complementarias que no quedaron cobijadas por dicha derogación. Esas leyes consagran, por ejemplo, conceptos generales necesarios para determinar si una conducta se adecúa o no a un tipo penal determinado. Por mencionar solo algún caso, se trae a colación la Ley 30 de 1986, que regula el Estatuto Nacional de Estupefacientes, el cual consagra algunas disposiciones vigentes en la actualidad y en el que se establece lo relativo, por ejemplo, a la dosis mínima. Este concepto es necesario para determinar la adecuación o no de una conducta al tipo penal de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Derecho procesal penal: el derecho procesal penal es el conjunto de normas jurídicas que se ocupan de (i) regular el ejercicio de la potestad jurisdiccional en lo relativo a la solución de los litigios de índole penal, (ii) regular el método a través del cual se ejerce esa potestad, esto es, el llamado proceso penal y (iii) regular la forma de activar el ejercicio de esa potestad, esto es, a través de la erróneamente denominada “acción penal”. Jurisdicción, proceso y derecho de acción constituyen, pues, el objeto de la regulación de las normas del derecho procesal penal. Todo ello con miras a garantizar una aplicación efectiva, pero a la vez civilizada, del derecho penal sustantivo a los casos concretos. Esa es la razón por la que se afirma que entre el derecho sustantivo y el derecho procesal existe no una relación de subordinación, sino una relación de interdependencia⁷⁵.

Esta relación se explica así: por una parte, el derecho procesal penal sin el derecho penal sustantivo carecería de utilidad. Ello, porque el derecho

⁷⁵ El art 228 de la Constitución prescribe que los jueces, en sus actuaciones, deben darle prevalencia al derecho sustancial sobre el procesal. Ese enunciado normativo debe ser interpretado no en el sentido de afirmar una cierta superioridad del derecho sustancial respecto del procesal; sino afirmando que en dicho enunciado se consagra el llamado postulado de la instrumentalidad de las formas procesales. Según dicho postulado, las formas procesales no pueden ser simples fórmulas carentes de sentido para el derecho sustantivo. En esa medida, toda forma procesal debe obedecer a un fin sustancial, por lo que el derecho procesal tendría un carácter instrumental respecto del derecho material o sustancial.

procesal penal tiene, tal y como ocurre con todo el derecho procesal, un carácter instrumental y; por otra parte, el derecho sustancial sin el derecho procesal carecería de aplicación efectiva, específicamente, en lo relativo a la imposición y aplicación de las sanciones. Recordemos que en un Estado de Derecho no debe haber pena sin proceso.

El derecho procesal penal en Colombia está contenido en diversas fuentes de manifestación. Sin embargo, la más importante es el Código de Procedimiento Penal, que se encuentra contenido en la Ley 906 de 2004. A partir de los enunciados allí consagrados se ha pretendido regular el proceso penal siguiendo el rito propio de un sistema acusatorio⁷⁶.

⁷⁶ Un sistema es un conjunto de elementos que se encuentran coherentemente relacionados entre sí con miras a optimizar el ejercicio de una determinada función. Por tanto, un sistema procesal es un modelo de organización de los distintos elementos que integran el proceso con miras a optimizar el ejercicio de la función jurisdiccional. A lo largo de la historia ha habido dos modelos de sistemas de procesamiento. El modelo propio de un sistema inquisitivo y el modelo propio de un sistema acusatorio. La diferencia esencial entre un sistema de procesamiento acusatorio y un inquisitivo radica en la concentración o desconcentración de las funciones procesales básicas: pretender (acusar para el caso del proceso penal), resistir a la pretensión (defensa, para el caso del proceso penal) y juzgar, es decir, procesar y enjuiciar la pretensión. En un sistema inquisitivo, las funciones procesales básicas se encuentran concentradas en un mismo sujeto, especialmente, las funciones de acusar y de juzgar. Por su parte, en un sistema acusatorio las funciones procesales básicas se encuentran desconcentradas en distintos sujetos: uno es el pretensor, otro es el resistente y otro es quien se ocupa de procesar y de enjuiciar la pretensión. Por lo anterior, es que se afirma que un sistema acusatorio es verdaderamente un sistema de partes en el que se garantiza el postulado de la imparcialidad. Según este postulado, quien formula la pretensión, al ser parte del litigio, no puede ser el mismo que la va a procesar y a enjuiciar. El anterior Código de Procedimiento Penal, consagrado en la Ley 600 de 2000, regulaba el trámite procesal, aparentemente, a juicio de la doctrina, por un “sistema” mixto de procesamiento penal. Afirma que se trataba de un sistema de procesamiento mixto, significaba afirmar, en el fondo, que no había sistema; pues todo sistema supone de un conjunto de elementos coherentemente relacionados entre sí. Según el diseño trazado por la Ley 600 del 2000, el proceso penal tenía 2 etapas: una etapa de investigación dirigida el fiscal, y una etapa de enjuiciamiento dirigida por el juez. En la etapa de investigación el fiscal ejercía algunas funciones jurisdiccionales, conculcando, con ello, el postulado de la imparcialidad.

Con lo dicho, podríamos afirmar que el proceso penal es una serie de actos que se encuentran entrelazados, finalísticamente, hacia la obtención de un determinado producto, consistente, para el caso, en la adecuada solución de un litigio de índole penal. Desde esta perspectiva, con rigor, no sería lo mismo proceso que procedimiento. El procedimiento es el cauce, es el trámite diseñado por el legislador a través del cual se ordenan los actos que integran o que integrarán el proceso.

En el proceso penal contenido en el Código de Procedimiento Penal vigente la Fiscalía no detenta las funciones jurisdiccionales que sí tenía con la normativa anterior: el fiscal, por ejemplo, en la etapa de investigación, no tiene la potestad de decretar y practicar pruebas; puede, a lo sumo, dirigir la investigación con miras a recaudar “elementos materiales probatorios”. Por ello, para la afectación de derechos fundamentales durante la investigación, debe el fiscal acudir al juez de control de garantías para solicitar, motivadamente, la necesidad de la afectación propuesta, por ejemplo, en lo que tiene que ver con el decreto de medidas cautelares, bien de carácter real, bien de carácter personal⁷⁷.

Por último, puede decirse que de la misma forma que ocurre con el derecho sustantivo, pueden existir leyes penales complementarias al Código de Procedimiento Penal.

Derecho de ejecución penal: es el conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad. Al respecto, debe decirse que en Colombia no existe un Código de Ejecución de Penas y de Medidas de Seguridad que se ocupe de sistematizar, de forma íntegra, toda la normativa existente sobre la materia. Por ello, sus normas se encuentran expresadas en enunciados normativos contenidos en el Código Penal, en el Código de Procedimiento Penal y en dos relevantes fuentes de manifestación reguladas mediante la Ley 65 de 1993 y la Ley 1709 de 2014, que contienen el denominado Código Penitenciario y Carcelario.

⁷⁷ El Código de Procedimiento Penal prevé la intervención de dos jueces: (i). Juez de conocimiento: quien será el encargado de enjuiciar y juzgar el litigio; y (ii). Juez de control de garantías: custodia y verifica que la afectación a los derechos fundamentales del indiciado durante la investigación se haga cumpliendo todas las disposiciones constitucionales y legales al respecto. Las mismas serán siempre garantías para el indiciado sujeto a la pretensión punitiva.

3.2 Atendiendo a la conducta regulada

En atención a la conducta regulada por el derecho penal en sentido objetivo, este se clasifica en derecho penal delictual y derecho penal contravencional:

- a. Derecho penal delictual: es el conjunto de normas jurídicas que regula lo relativo a los delitos y a las respectivas consecuencias jurídicas aplicables.
- b. Derecho penal contravencional: es el conjunto de normas jurídicas que regula todo lo relativo a las contravenciones penales y a sus consecuencias jurídicas.

Según el artículo 19 del Código Penal colombiano, las conductas punibles se dividen en delitos y contravenciones. Esta regulación fue tomada por el legislador colombiano de la clasificación bipartita de las conductas punibles original del Código Penal italiano de 1930. En nuestro ordenamiento jurídico nunca se ha acogido la clasificación tripartita de las conductas punibles que existe, por ejemplo, en el derecho penal francés. Particularmente, en el Código de Napoleón se clasificaron las conductas punibles en crímenes, delitos y faltas⁷⁸.

Diferencia entre delito y contravención penal

La doctrina se ha esforzado por hallar un criterio diferenciador entre delitos y contravenciones penales. Con dicha finalidad, en ocasiones, ha intentado acudir a criterios cualitativos y, ante su fracaso, ha intentado luego acudir a criterios cuantitativos⁷⁹.

Partiendo de los criterios cualitativos, puede afirmarse que los delitos protegen bienes jurídicos diferentes a los tutelados por las contravenciones penales. Por tanto, las consecuencias jurídicas también variarían de acuerdo

⁷⁸ Técnicamente, en Colombia, salvo por lo dispuesto en los instrumentos internacionales sobre crímenes de guerra y crimines de lesa humanidad, no existen crímenes.

⁷⁹ Al respecto puede verse, por ejemplo, Jescheck y Weigend (2002, p. 61 y ss.), Cerezo (2008, p. 40 y ss.), Cuello (1956, p. 281 y ss.), Stratenwerth (2008), entre otros.

con la naturaleza del bien jurídico en cuestión. Este criterio ha fracasado, pues, históricamente, se han tipificado como contravenciones penales conductas que afectan bienes jurídicos protegidos, también, a través de figuras delictivas. Por ejemplo, es el caso de las conductas que afectan el patrimonio económico.

Por el fracaso de los criterios cualitativos, se han propuesto los criterios cuantitativos para tratar de establecer la diferencia entre delitos y contravenciones, a partir de una diferencia de grado. Así las cosas, los delitos dan cuenta de conductas más graves que aquellas establecidas como contravenciones penales. Desde este punto de partida, las contravenciones penales son, se puede decir, delitos de menor entidad.

Ahora bien, con independencia de los criterios existentes para diferenciar delitos de contravenciones penales, debe decirse que, en el plano sustancial, ambas son conductas típicas, antijurídicas y culpables. Por ende, la diferencia solo se justifica por razones de índole procesal. Se debe tener claro que el legislador suele disponer procedimientos especiales para el caso de la pretensión punitiva propia de las contravenciones penales que, por lo general, suelen estar rodeados de menores garantías procesales, por cuanto exigen de menos formas para el discurrir de la causa penal.

Dicho lo anterior, resta por mencionar que, aun cuando en el artículo 19 del Código Penal colombiano se establece la clasificación de la conducta punible en delitos y contravenciones, no se consagró un Libro III destinado a regular las contravenciones penales. Esto se trae a colación, pues, como se vio, en el Libro II del Código Penal solo se regulan los delitos, a través del instrumento legal establecido para ello, esto es, a través de los tipos penales. Más aún, existiendo la clasificación del artículo 19, en la actualidad no existe una ley que regule lo relativo a las contravenciones penales, ni mucho menos que regule, para ellas, un procedimiento especial aplicable. Con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Penal del año 2000, existía un régimen contravencional. Este régimen fue derogado totalmente, haciendo que unas conductas punibles que otrora eran contravenciones penales quedasen tipificadas como delitos. Luego de la entrada en vigencia del Código Penal actual se ha intentado, en varias oportunidades, expedir un nuevo régimen contravencional, sin éxito hasta el momento. Si bien en la actualidad, a través de la Ley 1826 de 2017, se regula el llamado procedimiento penal abreviado, no es del todo acertado afirmar que esta regula-

ción constituye aquella propia para las contravenciones penales en Colombia, ya que, en términos generales, si bien los casos a los que alude esa ley son conductas punibles de “menor gravedad”, no en todos ellos es así. Es decir, en la lista de los casos que se pueden tramitar por el procedimiento abreviado quedaron consagradas ciertas conductas punibles que pueden revestir mucha gravedad y, pese a ello, el trámite del respectivo proceso podría adelantarse mediante el procedimiento abreviado.

Diferencia entre contravenciones penales y contravenciones administrativas

No se deben confundir las contravenciones penales con las faltas o contravenciones administrativas. Las contravenciones penales son conductas punibles, son conductas típicas, antijurídicas y culpables y, por lo mismo, del resorte del derecho penal. Por el contrario, las contravenciones o faltas administrativas no son conductas punibles y son del resorte del derecho administrativo sancionador.

Debe recordarse que el Estado ejerce su potestad sancionatoria no solo a través del derecho penal, sino que lo hace, también, a través del llamado derecho administrativo sancionador. El derecho administrativo sancionador se puede definir como aquel conjunto de normas jurídicas por vía de las cuales las autoridades administrativas o disciplinarias pueden imponer sanciones, bien a particulares, bien a servidores públicos. Este derecho, según la doctrina (Velásquez, 2009, pp. 202 y ss.), puede ser de dos clases:

- (i) *Derecho administrativo correctivo*: es aquel que se encuentra dirigido a todos los particulares. Serán fuentes de manifestación de este derecho, por ejemplo, el Código Nacional de Tránsito, regulado mediante la Ley 769 de 2002, o el Código Nacional de Policía y Convivencia, regulado mediante la Ley 1801 de 2016.
- (ii) *Derecho administrativo disciplinario*: es aquel que se encuentra dirigido a los funcionarios vinculados a la administración pública. La fuente de manifestación por excelencia de este derecho la constituye el llamado Código General Disciplinario, regulado mediante la Ley 1952 de 2019.

Históricamente, también ha habido esfuerzos por tratar de diferenciar entre las conductas punibles y las faltas o contravenciones administrativas. En ese sentido, sea valiéndose del criterio del bien jurídico protegido o sea valiéndose del criterio de la gravedad de la conducta, se ha tratado de diferenciar entre ambas instituciones.

Sin embargo, si bien lograr establecer la diferencia entre las unas de las otras tuvo una enorme importancia histórica, debe decirse que, en la actualidad, dicha importancia ha ido decayendo. Esto se debe, principalmente, a que esa diferenciación pretendía evitar la denominada huida hacia el derecho administrativo sancionador⁸⁰. Este fenómeno se presentaba toda vez que para el Estado era más simple ejercer su potestad sancionadora a través del derecho administrativo, como quiera que este no estaba rodeado por el riguroso sistema de límites, formales y materiales, que regulan el trámite de la pretensión punitiva y que suponen siempre una carga para el Estado. Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, perdió importancia, de alguna manera, establecer dicha diferenciación, en tanto su regulación contribuyó a evitar la denominada huida hacia el derecho administrativo. Así, pues, por un lado, la Constitución eliminó la potestad que detentaba la autoridad administrativa de privar de la libertad a una persona. Esa potestad solo la tiene hoy el juez, salvo que se trate de una situación de flagrancia⁸¹. Por otro lado, según lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución, el debido proceso debe aplicarse a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas. La Corte Constitucional ha hecho una interpretación extensiva a lo prescrito en ese enunciado normativo, afirmando que los límites al ejercicio del *ius puniendi* son aplicables, también, al ejercicio de toda potestad sancionatoria que ejerza el Estado, incluyéndose, allí, todo lo relativo a las contravenciones administrativas.

⁸⁰ Este fenómeno ha sido estudiado por parte de la doctrina bajo la denominación genérica de “administrativización del derecho penal”. Para un desarrollo de dicha institución, puede consultarse el texto de Feijóo (2007).

⁸¹ El artículo 302 del Código de Procedimiento Penal establece el procedimiento que debe seguirse en caso de flagrancia: “Cualquier persona podrá capturar a quien sea sorprendido en flagrancia. Cuando sea una autoridad la que realice la captura deberá conducir al aprehendido inmediatamente o a más tardar en el término de la distancia, ante la Fiscalía General de la Nación. Cuando sea un particular quien realiza la aprehensión deberá conducir al aprehendido en el término de la distancia ante cualquier autoridad de policía”.

3.3 Atendiendo al sujeto destinatario

En atención al sujeto destinatario del derecho penal en sentido objetivo, este se clasifica en derecho penal común y derechos penales especiales.

- a. Derecho penal común: es el conjunto de normas jurídico penales que está dirigido a las personas en general, esto es, sin atender a ciertas distinciones o características especiales de ellas.
- b. *Derechos penales especiales*: es el conjunto de normas jurídico penales que se encuentra dirigido a determinados grupos de personas que reúnen ciertas condiciones o características especiales. De esta manera, la existencia de derechos penales especiales es consecuencia del principio de igualdad, pues, como se sabe, de conformidad con dicho principio, lo igual debe ser tratado como igual y lo desigual como desigual. Dentro de estos derechos se encuentran, por ejemplo, el derecho penal militar, el derecho penal de menores, el derecho penal indígena y el derecho penal en el marco de los procesos de justicia transicional.

Son derechos penales especiales los siguientes:

- (i) *Derecho penal militar*: es el conjunto de normas jurídicas que regula todo relativo a la responsabilidad penal en la que pueden incurrir los miembros de la fuerza pública que, estando en servicio activo, cometan delitos relacionados con el servicio. Este derecho penal es un desarrollo del artículo 221 de la Constitución, en el que se consagra el fuero penal militar. Vale anotar, además, que, de conformidad con el artículo 213 de la Constitución, en ningún caso, ni siquiera en los estados de excepción, los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar. Afirmado el reconocimiento constitucional para la existencia de un régimen penal especial para los miembros de fuerza pública, debe decirse, adicionalmente, que en la actualidad coexisten, en parte, dos códigos penales militares: el anterior Código, regulado en la Ley 522 de 1999⁸², y el vigente Código Penal Militar, re-

⁸² Ley derogada por la Ley 1407 de 2010, la cual rige para los delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero de 2010, conforme al régimen de implementación. Los procesos en curso continuarán su trámite por la Ley 522 de 1999 y las normas que lo modifiquen.

gulado en la Ley 1407 de 2010. En los primeros artículos de esos códigos se regula el llamado fuero militar, que aplica a todos los miembros de la fuerza pública. En tanto la redacción que se ha venido utilizando para determinar el ámbito de aplicación del fuero penal militar no ha sido del todo clara, con frecuencia suelen presentarse casos en los que se discute la jurisdicción aplicable para el trámite y juzgamiento de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en relación con el servicio⁸³.

- (ii) *Derecho penal de menores*: es el conjunto de normas jurídicas que se ocupa de regular todo lo relativo a la responsabilidad penal en la que pueden incurrir los menores de edad infractores de la ley penal.

Según el artículo 33 del Código Penal, los menores de 18 años estarán sometidos al sistema de responsabilidad penal juvenil. En nuestra legislación, dicho sistema, también conocido como Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, se encuentra regulado en el Código de Infancia y Adolescencia, contenido en la Ley 1098 de 2006. Para efectos de la emisión del juicio de responsabilidad sobre el menor infractor de la ley penal, este Código establece una importante diferencia entre los menores de edad. Por una parte, los menores de 14 años no son sujetos de responsabilidad penal. Al no poder ser enjuiciados o juzgados, respecto de ellos solo proceden medidas administrativas o medidas de restablecimiento de derechos que habrá de imponer el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Es de anotar que en estos casos el componente sancionador o represivo de la medida estará dirigido, principalmente, a los padres o encargados de la conducta del menor⁸⁴.

⁸³ De conformidad con lo establecido por el Acto Legislativo 02 de 2015, que modificó, entre otros enunciados, el previsto en el artículo 241 de la Constitución, le corresponde a la Corte Constitucional dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones. Cabe anotar que, hasta la expedición del mencionado Acto Legislativo, los conflictos de competencias entre las jurisdicciones penal militar y penal ordinaria eran resueltos por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

⁸⁴ Al respecto, establece el artículo 142 de la Ley 1098 del 2006, lo siguiente: “Sin perjuicio de la responsabilidad civil de los padres o representantes legales, así como la responsabilidad penal consagrada en el numeral 2 del artículo 25 del

Por otra parte, los menores cuya edad esté comprendida entre los 14 y los 18 años sí pueden ser sujetos de responsabilidad penal en los términos propios del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Este sistema, es importante aclarar, no tipifica conductas delictivas especiales para los menores, por lo que estos pueden cometer las mismas conductas punibles establecidas en el Código Penal para los mayores de edad. Por otro lado, el Código traza unas especificidades al procedimiento ordinario para todos los casos en los cuales deba investigarse y procesarse un menor de edad; y, por último, se consagran unas *particulares* sanciones o consecuencias penales en las que pueden incurrir los menores por la realización de conductas punibles⁸⁵. Estas sanciones guardan una cercana semejanza con las medidas de seguridad, que, como se sabe, son las consecuencias jurídicas establecidas para los inimputables. Esta situación es problemática, pues los menores de edad, por el solo hecho de serlo, no son sujetos inimputables. Por lo menos, la Ley 1098 del 2006 no lo establece así.

(iii) *Derecho penal indígena*: es el conjunto de normas jurídicas, habitualmente de orden consuetudinario, que regula todo lo relativo a la responsabilidad penal que pueden atribuir las autoridades de los pueblos indígenas. Así, es de recordar, que, de conformidad con el artículo 246 de la Constitución Política, en Colombia se reconoce la autonomía

Código Penal, las personas menores de catorce (14) años, no serán juzgadas ni declaradas responsables penalmente, privadas de libertad, bajo denuncia o sindicación de haber cometido una conducta punible. La persona menor de catorce (14) años deberá ser entregada inmediatamente por la policía de infancia y adolescencia ante la autoridad competente para la verificación de la garantía de sus derechos de acuerdo con lo establecido en esta ley. La policía procederá a su identificación y a la recolección de los datos de la conducta punible. Tampoco serán juzgadas, declaradas penalmente responsables ni sometidas a sanciones penales las personas mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años con discapacidad psíquico o mental, pero se les aplicará la respectiva medida de seguridad. Estas situaciones deben probarse debidamente en el proceso, siempre y cuando la conducta punible guarde relación con la discapacidad”.

⁸⁵ Al respecto, establece el artículo 177 lo siguiente: “Son sanciones aplicables a los adolescentes a quienes se les haya declarado su responsabilidad penal: la amonestación, imposición de reglas de conducta, la prestación de servicios a la comunidad, la libertad asistida, la internación en medio semicerrado, la privación de libertad en centro de atención especializado”.

de la jurisdicción especial indígena. Por regla general, el derecho penal indígena es aplicable a aquellas personas titulares del denominado fuero indígena de acuerdo con los criterios personal, territorial, institucional y objetivo (Sentencia T-617 de 2010).

(iv) *Derecho penal en el marco de los procesos de justicia transicional*: es el conjunto de normas jurídicas que regula todo lo relativo a la responsabilidad penal de actores que hayan hecho parte de procesos de justicia transicional. Con rigor, de acuerdo con Arrieta (2015), la justicia transicional no es un tipo especial de justicia, sino, más bien, una forma a través de la cual la justicia ordinaria afronta las transiciones políticas, y en la cual se conjugan distintas dimensiones de legitimidad: La justicia ordinaria en períodos de transición: sin justicia retributiva, es impunidad, pero, con sólo justicia retributiva, es venganza; sin justicia correctiva, es revanchismo garantizado a futuro, pero, con sólo justicia correctiva, es regreso al statu quo; sin justicia distributiva, es repetición de los hechos, pero, con sólo justicia distributiva, es palabrería; sin justicia restaurativa, es olvido, pero con sólo justicia restaurativa, es contrato (Arrieta, 2015, p. 317).

Es de anotar que, en todo caso, la justicia transicional no se agota en normas de carácter penal. De acuerdo con el contexto, la responsabilidad penal puede recaer en integrantes de grupos que hayan hecho parte de un conflicto armado o en miembros de regímenes totalitarios. En Colombia, la Ley 975 de 2005, el Acto Legislativo 01 de 2017, entre otros fundamentos normativos, desarrollan esta especial regulación que tiene incidencia en el campo punitivo.

4. Fuentes del derecho penal en sentido objetivo

El entendimiento de las fuentes del derecho penal en sentido objetivo requiere, de una forma previa, el entendimiento del concepto de fuente del derecho. Este último propósito ha sido ya emprendido por Solano (2016):

Suele decir la doctrina que las fuentes del derecho son la ley, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina e, incluso, los principios generales del derecho. Pues bien, comencemos por afirmar que la expresión “fuente” alude al

origen de algo; la expresión “fuentes del derecho”, “fuentes de las normas jurídicas” alude al origen del derecho, al origen de las normas jurídicas.

Ahora bien, la expresión “fuentes del derecho” es una expresión equívoca, pues puede ser entendida en varios sentidos; si se desconocen esos sentidos, no puede hacerse un análisis riguroso de este tema. La expresión “fuentes del derecho” puede ser usada, en primer lugar, para aludir a los procesos de creación de las normas jurídicas (García, 1995, p. 51). En este sentido, para evitar equívocos, es preferible hablar de fuentes formales del derecho.

En segundo lugar, se utiliza la expresión “fuentes del derecho”, también, para referirse a los hechos (económicos, políticos, naturales, culturales, etc.) que determinan la creación de las normas jurídicas y, por ende, determinan sus contenidos; para evitar equívocos, debe hablarse, en este sentido, de fuentes materiales del derecho (García, 1995, p. 51).

En tercer lugar, se habla de “fuentes del derecho” para referirse a la autoridad creadora del derecho, esto es, al sujeto creador de la norma; en este sentido, ha de utilizarse la expresión fuentes de producción del derecho.

En cuarto lugar, se habla, también, de “fuentes del derecho” para referirse a los signos, lingüísticos o no, a través de los cuales el derecho se expresa, se hace visible; al efecto, ha de hablarse de fuentes de manifestación del derecho.

Con todo, debe precisarse que, al hablar de fuentes formales del derecho, de fuentes materiales del derecho, de fuentes de producción del derecho y de fuentes de manifestación del derecho, la expresión “derecho” se está empleando en sentido objetivo; el derecho entendido como conjunto de normas (Solano, 2016, p. 145).

De conformidad con lo dicho, puede expresarse, entonces, que, en materia penal, por virtud del principio de legalidad de los delitos y de las penas, la fuente formal por excelencia es el proceso legislativo, proceso este que, según lo ha expresado la Corte Constitucional (Sentencia C-193 de 2005), ha de discurrir siguiendo el rito propio de las leyes ordinarias y no el de las leyes estatutarias.

Así, en el ordenamiento jurídico colombiano la fuente de producción de las normas jurídico penales generales y abstractas es el Congreso de la Re-

pública, y la fuente de manifestación son las leyes penales fundamentales y complementarias.

De igual manera, de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, podría afirmarse que, solo por excepción, la costumbre es fuente del derecho penal. Esta excepción tiene que ver con lo relativo al derecho penal indígena, el cual, por esencia, es derecho consuetudinario.

En relación con la jurisprudencia, se parte de que la misma es fuente del derecho en Colombia, especialmente a partir de haberse acogido, por parte de la Corte Constitucional, la teoría de la obligatoriedad del precedente judicial (Sentencia C-836 de 2001). Esto es, la jurisprudencia no es fuente solo de una norma particular y concreta, sino que es fuente también de normas generales y abstractas aplicables a litigios similares al litigio decidido. Precisamente, esa norma general y abstracta es lo que hoy suele llamarse precedente judicial obligatorio, cuyo fundamento radica en el principio de confianza legítima.

En este punto, por último, es importante hacer una observación adicional sobre la jurisprudencia. Por virtud del principio de legalidad de los delitos y de las penas, la jurisprudencia no puede ser fuente de figuras delictivas y de penas aplicables a ellas o, dicho de otra manera, no puede ser fuente de normas penales generales y abstractas por vía de las cuales se creen nuevas figuras delictivas y se señalen las respectivas penas aplicables. Por tanto, la jurisprudencia podrá crear normas generales y abstractas, pero solo en materia de permisiones, mas no de prohibiciones o mandatos. En este sentido, por ejemplo, como históricamente ha ocurrido, la jurisprudencia podrá crear nuevas causales de justificación por analogía a las expresamente previstas en el ordenamiento jurídico.

5. Teoría de la norma penal

El derecho penal objetivo o derecho penal en sentido objetivo, llamado también *ius poenale*, es, se ha dicho ya, un conjunto de normas jurídicas. Por esta razón, se debe dedicar este acápite al estudio de la norma penal; al estudio de su naturaleza y de su estructura, específicamente. Este tema, desde luego, remite a una cuestión más amplia que no es propia de la dogmá-

tica jurídico penal, sino que lo es de la teoría general del derecho: la teoría de la norma (Solano, 2016, pp. 74 y ss.). Desde la perspectiva del derecho penal, es importante mencionar lo siguiente:

Las normas penales, según John Austin (2002, pp. 33 y ss.), son órdenes respaldados por amenazas, son mandatos psicologizados. Si se parte de la propuesta de Hans Kelsen, las normas penales son pensamientos imperativos objetivados, mandatos despsicologizados. Por su parte, para H. L. Hart (1998) hay que diferenciar las normas penales que conforman el derecho penal sustantivo o material, que para él son reglas primarias, de las normas penales que integran el derecho procesal penal, que son reglas secundarias, específicamente, reglas de adjudicación. Lo mismo ocurre, siguiendo su propuesta, con las normas que comprenden al derecho de ejecución penal, en lo relativo, específicamente, a la atribución de competencias y al señalamiento de los cauces por los que ha de discurrir el ejercicio de las potestades.

Para Alf Ross (1997, pp. 58 y ss.), las normas que integran el derecho penal sustantivo o material son normas de conducta y las normas del derecho procesal penal, que atribuyen potestades y trazan procedimientos, son normas de competencia. Asimismo, las normas del derecho de ejecución penal, que atribuyen potestades y trazan los respectivos cauces, son normas de competencia. Sin embargo, hay que aclarar que lo dicho no significa que en el derecho procesal penal y en el derecho de ejecución penal no existan, en el lenguaje de H. L. Hart, reglas primarias, esto es, reglas que imponen deberes u obligaciones, y en el lenguaje de Ross, normas de conducta. Así, por ejemplo, la norma procesal que prescribe a los sujetos del proceso el comportarse de buena fe, esto es, el comportarse con lealtad procesal.

Según Riccardo Guastini (2011, pp. 99 y ss.), las normas que integran el derecho penal sustantivo o material son normas teleológicas (prohibitivas, mandatorias o permisivas) y las normas que integran el derecho procesal penal, en lo relativo a la atribución de potestades y al señalamiento de los cauces, son normas instrumentales, como lo son, también, en ese sentido, las normas del derecho de ejecución penal. Sin embargo, como anteriormente ya se aclaró, lo dicho no significa que en el derecho procesal penal y en el derecho de ejecución penal no existan normas teleológicas. Partiendo de esta clasificación propuesta por Guastini (2011) se puede afirmar que, en materia penal, a los tipos comisivos subyacen normas prohibitivas, ya que describen la acción prohibida, a los tipos omisivos subyacen

normas mandatorias, puesto que describen la acción ordenada y a las causales de justificación (llamadas por algunos tipos permisivos) subyacen normas permisivas.

Las causales de justificación se encuentran reguladas en normas permisivas por vía de las causales el ordenamiento jurídico autoriza, en determinadas circunstancias, a desatender los deberes jurídicos, específicamente, a afectar un bien jurídico con miras a salvaguardar otro bien jurídico al que el ordenamiento le ha conferido preponderancia.

Ahora bien, algunos penalistas han propuesto sus propias teorías sobre la naturaleza de las normas penales. Se mencionan, en términos generales, las siguientes, por ser las que suele traer a colación la doctrina:

5.1 *La teoría de las normas propuesta por Karl Binding*

Karl Binding fue uno de los más ilustres y representativos penalistas de la época del positivismo en Alemania a finales del siglo XIX (Mir, 2005). Según la teoría de las normas propuesta por Binding (1977), deben diferenciarse dos conceptos: el de norma penal y el de ley penal. En esta distinción, consideran algunos, hay una intuición sobre la diferencia que existe entre una norma y un enunciado normativo. Pues bien, según él, la norma penal tiene una naturaleza prescriptiva y se encuentra dirigida a los particulares. Es la norma penal la que contiene el deber jurídico, siendo de derecho público y antecedente lógico de la ley penal. De esta forma, el delincuente, con su conducta, no infringe la ley penal, sino la norma penal. Respecto de la ley penal, plantea Binding (1977), su naturaleza es descriptiva y se encuentra dirigida al juez. La ley penal es la que describe la sanción que el juez ha de imponer y el delincuente, con su conducta, hace lo que describe la ley penal. Para él, el Código Penal contiene la ley penal y no la norma penal. Así, por ejemplo, mientras que la ley penal describe que “el que matare a otro será sancionado con pena de prisión de 4 a 8 años”, la norma penal, en ese caso, prescribe “no debes matar a otro”.

5.2 *La teoría de las normas de cultura de Max Ernst Mayer*

Max Ernst Mayer fue un destacado penalista que hizo parte del neokantismo en Alemania a comienzos del siglo XX. Su teoría de las normas de

cultura fue expuesta en su obra *Rechtsnormen und Kulturnormen* (1903), traducida al español como *Normas jurídicas y normas de cultura* (2000). Mayer, en esta teoría, va a mantener la distinción hecha por Binding entre ley penal y norma penal, pero, según él, la norma penal no es una norma de derecho positivo, por lo que no es una norma que ha de encontrarse en el derecho público, sino que se trata de una norma de cultura. La ley penal, según Mayer, está dirigida al juez y, por ello, ha de estar redactada en términos técnicos. De lo contrario, si la ley penal estuviese dirigida a los particulares, sería imposible su construcción o su redacción para hacerla asequible a las personas en general. Esta es la razón por la cual, para Mayer, la promulgación de la ley penal no tiene por finalidad dar a conocer las prescripciones legales a los particulares, contrario a lo que suele decirse. Para Mayer, la finalidad de la promulgación radica, simplemente, en dotar de un sello de autenticidad al texto legal, de tal manera que el juez pueda identificar el derecho vigente. Siendo ello así, se pregunta Mayer ¿de dónde deriva la legitimidad de la obligatoriedad de las prescripciones legales? o, si se quiere, ¿cómo es posible que sea legítimo exigirles a los particulares que adecúen sus conductas a las prescripciones legales si la promulgación no tiene por finalidad dar a conocer tales prescripciones? Mayer sostiene, en ese sentido, que dicha legitimidad únicamente es predicable si la ley penal se encuentra soportada en una norma de cultura. Así, por ejemplo, el particular no se abstiene de matar a otro porque sepa que el artículo 103 de la Ley 599 de 2000 dice lo que dice, sino porque matar a otro resulta ser culturalmente reprochable.

5.3 La teoría dualista de las normas penales

Esta teoría, hay que dejar claro de entrada, se opone, según la doctrina, a la teoría monista de las normas penales (Velásquez, 2009, pp. 236-237). Asimismo, no es posible afirmar que exista un autor al que, en forma exclusiva, se le pueda atribuir el planteamiento de ninguna de ellas. Estas dos teorías tienen la particularidad de que congloban múltiples pensamientos, diversas posturas y variados autores. En lo que tiene que ver con la teoría dualista de las normas penales, se destacan nombres como los de Franz von Liszt (positivista) y Edmund Mezger (neokantiano). La diferencia esencial entre ambas teorías, se puede decir, radica en que para una teoría monista de las normas penales estas son solo normas subjetivas de determinación, toda vez que las normas penales cumplen con una función motivadora o de motivación que consiste en que por vía de tales normas se motiva a

los destinatarios a que adecúen sus conductas a lo por ellas prescrito. Si se parte de esta teoría, el delito se concibe, únicamente, como la infracción de un deber, con independencia de cuál sea el contenido de dicho deber. La teoría monista de las normas penales es, entonces, una teoría formalista de la norma penal.

Una teoría dualista de las normas penales, por su parte, entiende que las normas penales tienen una doble naturaleza: son normas subjetivas de determinación y normas objetivas de valoración. Son normas subjetivas de determinación porque cumplen con esa función motivadora ya señalada, pero son, además, normas objetivas de valoración en tanto que cumplen con una función protectora, consistente en que toda norma penal se crea con miras a proteger uno o más bienes jurídicos.

Esta teoría, por tanto, reconoce un contenido axiológico, un contenido valorativo en toda norma jurídico penal, por lo que, si se parte de esta premisa, el delito será no solo la lesión o desatención de un deber, sino, además, la lesión o afectación real o potencial de uno o más bienes jurídicos.

5.4 Algunas consecuencias de la relación entre la naturaleza de la norma penal y las teorías del delito y de la pena

Como ya se dijo, el delito o conducta punible, hipotéticamente considerado, constituye el supuesto de hecho de la norma penal y la pena o la medida de seguridad constituye la consecuencia jurídica de la misma. Es por esta razón que la teoría que se sostenga sobre la naturaleza de la norma penal va a tener unas profundas consecuencias tanto en la teoría del delito como la teoría de la pena. Así las cosas, corresponde ocuparse ahora de algunas de las consecuencias más importantes que produce la teoría dualista de las normas penales en la teoría del delito y en la teoría de la pena.

En primer lugar, entonces, respecto de algunas de las consecuencias más importantes de la teoría dualista de las normas penales en la teoría del delito, hay que tener claro que esta se construye sobre dos grandes pilares: el injusto penal y la culpabilidad. La teoría del injusto penal, a su vez, se encuentra construida a partir de entender la norma penal, en forma preferente, como norma objetiva de valoración.

En ese sentido, el injusto penal es una conducta doblemente disvalorada por el ordenamiento jurídico, esto es, es una conducta típica y antijurídica. La tipicidad y la antijuridicidad, como categorías dogmáticas del delito, constituyen predicados de la conducta o, lo que es lo mismo, juicios de disvalor que recaen sobre esta. Al disvalor que se concreta en la tipicidad lo llama la dogmática penal “disvalor de acción”. Al disvalor que se materializa en la antijuridicidad lo llama la dogmática penal “disvalor de resultado”.

Que una conducta sea típica significa, formalmente, que ella se adecua a un tipo penal y, materialmente, que sobre ella recae un disvalor de acción. Ahora bien, sobre una conducta recae un disvalor de acción si esa conducta es de aquellas que el legislador, desde una perspectiva *ex ante*, en un tipo penal, en forma general y abstracta, ha previsto como capaz de poner en riesgo, de la forma más grave e intolerable, uno o más bienes jurídicos. Por otra parte, una conducta será antijurídica si sobre ella recae un disvalor de resultado. Recaerá un disvalor de resultado si, al ser analizada dicha conducta desde una perspectiva *ex post*, se concluye que ella lesionó o puso en peligro efectivo, sin justa causa, el bien jurídico tutelado por el respectivo tipo penal. Puede ocurrir, sin embargo, que haya conductas típicas que no sean antijurídicas y, asimismo, que haya conductas antijurídicas que no sean típicas.

Esto es consecuencia, desde luego, del carácter fragmentario del derecho penal, que, se recuerda, significa que a este solo le interesan aquellas conductas que, siendo antijurídicas, son además típicas, pues es el tipo penal el instrumento del que se vale el legislador para seleccionar aquellas conductas que le interesan al derecho penal, es decir, aquellas conductas que, al ser analizadas desde una perspectiva *ex ante*, se concluye que pueden afectar, de la forma más grave e intolerable, los bienes jurídicos. Así, pues, una conducta típica puede no ser antijurídica en dos eventos: bien porque la conducta típica, en la particular circunstancia en la que se incrustó, ni lesionó ni puso en peligro efectivo el bien jurídico tutelado a través del respectivo tipo penal; bien porque, habiéndolo afectado real o potencialmente, dicha afectación se encuentre justificada por el ordenamiento jurídico con miras a salvaguardar otro bien jurídico al que se le ha conferido prevalencia.

En este evento, la lesión o puesta en peligro efectiva al bien jurídico tutelado se realizaría con justa causa. Por último, debe precisarse que se dice “desde una perspectiva *ex ante*”, al referirse al disvalor de acción, porque el

legislador legisla para el futuro. Y se dice “desde una perspectiva *ex post*”, al referirse al disvalor de resultado, porque ha de analizarse si la conducta, una vez incrustada en el mundo, una vez incrustada en determinada circunstancia, afectó o no real o potencialmente, sin justa causa, el bien jurídico tutelado.

Que la norma penal, entonces, sea norma objetiva de valoración, se dijo, significa que ella tiene una función protectora o de protección. Sin embargo, no lo hace respecto de cualesquiera conductas, sino, únicamente, respecto de aquellas conductas que constituyen los atentados más graves e intolerables en contra de los bienes jurídicos. Ello, se repite, es consecuencia del carácter fragmentario del derecho penal que, a su turno, es consecuencia del principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Así las cosas, el centro de gravedad de la teoría del injusto penal, como se puede ver, es el concepto de bien jurídico.

Por su parte, la teoría de la culpabilidad se construye a partir de entender la norma penal, en forma preferente, como norma subjetiva de determinación. La culpabilidad es un juicio de disvalor que recae, no ya sobre la conducta, sino sobre el sujeto que la realizó, esto es, sobre el sujeto que realizó el injusto penal. La culpabilidad es un juicio de reproche que se fundamenta en un juicio de exigibilidad, que consiste en que a la persona que realizó el injusto se le reprocha el haberlo realizado, si le era exigible una conducta distinta de la que realizó. Ese juicio de exigibilidad depende del ámbito de libertad del sujeto. Y se habla de “ámbito” porque, como se sabe, la libertad del hombre es, siempre, una libertad limitada, circunstanciada, en tanto el hombre es un yo incrustado en una circunstancia.

Así las cosas, para que al hombre le sea exigible una conducta determinada, este ha de gozar de un ámbito de libertad que tenga cierta amplitud, por lo que hay casos en los cuales el ámbito de libertad del sujeto se encuentra a tal punto reducido que el derecho no puede exigirle una conducta distinta de la que realizó y, por lo mismo, no puede reprocharle su conducta.

Que la norma penal sea, entonces, norma subjetiva de determinación, se dijo, significa que ella tiene una función motivadora que consiste en que la norma se crea con miras a motivar a sus destinatarios para que estos adecuen sus conductas a lo por ella prescrito. Dicho esto, para que esa función pueda realizarse se requiere que el sujeto posea un ámbito de libertad de

tal manera que el sujeto sea motivable por lo prescrito por la norma. Y es que hay casos en los cuales el derecho no puede aspirar a que sus normas motiven a ciertas personas que por hallarse incrustadas en determinada circunstancia tienen un ámbito de libertad sumamente estrecho.

Es el caso, por ejemplo, de la famosa *tabla de Carneades*, esto es, de quien obra en un estado de necesidad exculpante. El derecho, en tales circunstancias, no puede exigirle al sujeto una conducta distinta de la que realizó, debido al estrecho ámbito de libertad que tenía el sujeto. Exigirle, en un caso así, una conducta distinta sería tanto como exigirle que se comportara como un héroe. Así las cosas, el centro de gravedad de la teoría de la culpabilidad, como se puede ver, lo constituye, más que la libertad, el ámbito de libertad del sujeto.

En segundo lugar, respecto de algunas de las consecuencias más importantes de la teoría dualista de las normas penales en la teoría de la pena hay que tener claro que, como se sabe, por virtud del principio de proporcionalidad en sentido estricto, la magnitud de la pena dependerá de la gravedad del delito cometido y, a su vez, la gravedad del delito dependerá del grado del injusto y del grado de la culpabilidad. Por su parte, el grado del injusto depende del mayor o menor disvalor de acción y del menor o mayor disvalor de resultado. Para determinar ese mayor o menor disvalor de acción, debe tenerse claro que hay conductas que, al ser analizadas desde una perspectiva *ex ante*, tienen una mayor potencialidad lesiva que otras.

Para determinar ese mayor o menor disvalor de resultado, debe tenerse claro que hay conductas que, en la particular circunstancia en las que se incrustan, afectan en mayor o en menor medida el bien jurídico tutelado, analizadas desde una perspectiva *ex post*. Ahora bien, el grado de culpabilidad depende de la mayor o menor amplitud del ámbito de libertad del sujeto: a mayor amplitud, más reprochable le será el haber obrado como lo hizo. Ello es así porque en tales circunstancias el sujeto, con un menor esfuerzo, pudo ajustar su conducta a lo que el derecho le prescribía.

A menor amplitud tenga el ámbito de libertad del sujeto, menor será el grado de exigibilidad y, por ende, menor será el grado del reproche, porque en tales casos el sujeto, si hubiese querido ajustar su conducta a lo que la norma le prescribía, hubiese tenido que realizar un mayor esfuerzo.

6. Estructura de la norma penal

Las normas jurídicas del derecho penal sustantivo o material tienen la siguiente estructura: el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. El supuesto de hecho de las normas jurídicas, se recuerda, es la conducta hipotéticamente considerada de cuya realización en el mundo fáctico depende el surgimiento de la consecuencia jurídica. Esta, a su vez, consiste en la producción de efectos jurídicos, esto es, en la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas de ventaja y de las correlativas situaciones jurídicas de desventaja.

Ahora bien, entre los penalistas se suele afirmar que el tipo penal constituye el supuesto de hecho de las normas penales⁸⁶. Esta afirmación, revisada con rigor, es incorrecta, por lo menos, por dos razones: la primera, porque el tipo penal no hace parte de la norma penal, sino del enunciado normativo; la segunda, porque del tipo penal, como ya se dijo, se obtiene, vía interpretación, apenas un fragmento del supuesto de hecho de la norma penal, que deberá ser integrado con los demás fragmentos de norma que se extraen, vía interpretación, de los enunciados normativos que integran la parte general del Código Penal. Así, a título de ejemplo, el supuesto de hecho de una norma penal sería el siguiente: “el que matare a otro, siempre y cuando lo mate en Colombia o por fuera de Colombia en ciertos casos, siempre y cuando lo mate dolosamente, siendo el dolo ..., siempre y cuando no concurren causales de justificación como una legítima defensa, siempre y cuando no concurren causales de exclusión de la culpabilidad, etc.”.

Tampoco se debe confundir el tipo penal con el delito. El delito es una conducta que se incrusta en el mundo; el tipo penal es la descripción legal de una conducta. Y, por último, no se debe confundir la conducta punible, llámese delito o contravención, con el supuesto de hecho de la norma penal. El supuesto de hecho de la norma penal es la conducta punible, pero hipotéticamente considerada, esto es, prevista como hipótesis normativa.

⁸⁶ Incluso, la traducción al español de la expresión alemana *Tatbestand* (en lo que consiste el hecho), empleada por la dogmática alemana para aludir al tipo penal, puede provocar la confusión mencionada.

Por su parte, en rigor, la consecuencia jurídica de la norma penal no es la pena o la medida de seguridad; en rigor, la consecuencia jurídica de la norma penal es el deber de imponer la pena, si trata de un imputable, o la medida de seguridad, si se trata de un inimputable.

7. Ámbitos de vigencia de las normas penales

Abordar el estudio de los llamados ámbitos de vigencia de las normas penales requiere, antes que nada, una precisión conceptual. En la doctrina, al referirse a este tema, se habla, en ocasiones, de “ámbitos de validez” o de “ámbitos de eficacia” de las normas penales. Como se verá, esta distinción confunde los conceptos de vigencia, validez y eficacia de las normas jurídicas (Solano, 2016, pp. 197 y ss.).

Así las cosas, predicar vigencia de una norma jurídica comporta un juicio de existencia o de pertenencia. Esto es, afirmar que una norma jurídica se encuentra vigente supone afirmar que la norma jurídica existe en un ordenamiento jurídico. De otro lado, predicar la validez de una norma jurídica comporta no ya un juicio de existencia o de pertenencia sino un juicio de conformidad. Esto es, una norma jurídica es válida si esta se encuentra conforme, formal (validez formal) y materialmente (validez material), con lo prescrito por las normas jurídicas de superior jerarquía. Así, una norma jurídica será formalmente válida si la misma fue creada por la autoridad señalada como competente para el efecto por las normas jurídicas de mayor jerarquía y si, además, su proceso de creación discurrió por el procedimiento señalado para el efecto por tales normas jurídicas. Una norma jurídica será materialmente válida si su contenido, esto es, si lo por ella prescrito (mandado, prohibido o permitido), se corresponde con lo prescrito por las normas jurídicas de mayor jerarquía.

Se debe tener claro, entonces, que, si bien la vigencia de una norma jurídica es condición necesaria, aun cuando no suficiente para predicar su validez (solo se puede predicar validez o invalidez respecto de aquello que existe), son conceptos que se refieren o aluden a situaciones distintas.

El concepto de eficacia, por su parte, supone confrontar no ya normas jurídicas entre sí, sino confrontar la norma jurídica con la conducta de sus destinatarios. De esta forma, se predica de una norma jurídica eficacia si la

conducta de sus destinatarios se adecua a lo por ella prescrito, con independencia de las motivaciones que el sujeto haya tenido para ello.

Hecha esta breve precisión, se debe concluir que la denominación adecuada para el asunto que nos ocupa es la de “ámbitos de vigencia de las normas penales”, toda vez que el tema está referido a los extremos de rigor de las normas jurídicas, pues estas no rigen en todo momento, sino que su vigencia tiene un comienzo y un fin. Tampoco rigen en todos los lugares ni por igual para todas las personas. Pues bien, dicho esto, los ámbitos de vigencia de las normas jurídico penales son (Muñoz y García, 2015).

7.1 Ámbito de vigencia temporal

El estudio del ámbito de vigencia temporal de las normas penales pretende responder a la pregunta: ¿desde cuándo y hasta cuándo rigen las normas penales? Así, las normas jurídico penales rigen desde el momento en el que se promulga la ley penal a través de la cual ellas se expresan, y una vez cumplido con el período de vacancia legal, y hasta que las mismas son derogadas tácita o expresamente o son declaradas inexequibles por la Corte Constitucional. Es de señalar que, según el régimen político y municipal, Ley 4 de 1913, el período de vacancia legal es de 2 meses contados a partir del momento de la promulgación de la ley (artículo 52), salvo que la misma ley disponga un plazo distinto para ello (artículo 53). Se puede preguntar, entonces, ¿qué ocurre si, por ejemplo, la ley no fija un plazo distinto, sino que, como es la regla general, prescinde del período de la vacancia legal? La respuesta a esa pregunta debe depender del sentido que se le atribuya a la promulgación de una ley: si se entiende que la promulgación de una ley tiene por finalidad dar a conocer las prescripciones legales a los particulares, la ley no podría prescindir del período de vacancia legal sin violentar el principio de razonabilidad, ya que ese período sería el mínimo idóneo para que los particulares se puedan enterar del contenido de las prescripciones legales.

Teniendo claros los extremos temporales dentro de los cuales rigen las normas penales, surgen, necesariamente, por lo menos, las siguientes preguntas:

¿Qué ocurre si la ley penal que había derogado otra ley penal es a su turno derogada?, ¿será que por ese simple hecho revive la primera ley? Según lo

dispuesto en el artículo 14 de la Ley 153 de 1887, dicha ley no recobra su vigencia por ese simple hecho.

¿Qué ocurre si la ley penal que derogó a otra ley penal es declarada inexecutable por la Corte Constitucional? ¿Revivirá, por ese hecho, la ley penal derogada? La Corte Constitucional se ha ocupado de ese problema y ha concluido lo siguiente: en tales casos, la ley penal derogada no revive, por regla general, salvo que la vigencia de dicha ley sea “necesaria para garantizar la integridad y supremacía de la constitución”. Con esto, en el fondo, lo que está diciendo la Corte Constitucional es lo siguiente: la ley penal derogada, en este caso, no revive, salvo que la misma Corte, en la sentencia que declara la inexecutable, diga que sí lo hace.

Así mismo, puede ocurrir que se presente lo que la doctrina ha denominado un conflicto de leyes en el tiempo (Velásquez, 2009, pp. 293 y ss.). Con la denominación de conflicto de leyes en el tiempo, se hace referencia a situaciones en las que varias leyes, que se suceden unas a otras, concurren, en principio, a gobernar un mismo hecho. Ello puede ocurrir, por ejemplo, porque una puede ser la ley vigente al momento del hecho y otra la ley vigente al momento del procesamiento o al momento de ejecutarse la respectiva condena. Pues bien, los conflictos de leyes en el tiempo se deben resolver de la siguiente manera: la regla general es que, por virtud del principio de legalidad, la ley penal que debe aplicarse es la ley vigente al momento del hecho, toda vez que, según este principio, la ley penal debe ser previa, esto es, debe ser preexistente al hecho que pretende gobernar. Del principio de legalidad, recordemos, surge el principio de la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal. Retroactividad, hay que tener claro, significa actividad hacia atrás, por tanto, por regla general, la ley penal no puede regir hechos que hayan tenido lugar con anterioridad a su entrada en vigencia. Ahora bien, el principio de legalidad de los delitos y de las penas y, por ende, el principio de la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes penales se excepciona por virtud del principio de favorabilidad, según el cual, si la ley posterior al hecho es más favorable para el reo, llámese este procesado o condenado, será esa ley la que deba aplicarse en forma retroactiva. Se habla en este caso de retroactividad, porque la ley penal va a regir un hecho que fue cometido con anterioridad a su entrada en vigencia.

Ejemplo: la ley penal vigente al momento del hecho señalaba para un hecho una pena de prisión de 4 a 6 años. La ley penal vigente al momento del

procesamiento señala, para ese mismo hecho, una pena de prisión de 2 a 4 años. En este caso la ley penal vigente al momento del procesamiento derogó la ley vigente al momento del hecho. La regla general indica, entonces, que, por virtud del principio de legalidad, la ley penal que debe aplicarse es la ley vigente al momento del hecho. Sin embargo, la excepción, como en este caso ocurre, indica que la ley penal que debe aplicarse es la ley penal posterior al hecho, en tanto dicha ley es más favorable para el procesado. Esa excepción, se dijo ya, se realiza por virtud del principio de favorabilidad.

El fundamento jurídico para la solución presentada se deduce, en el ordenamiento jurídico colombiano, por lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política, en el artículo 6 del Código Penal y en los artículos 43 y siguientes de la Ley 153 de 1887.

Algunas precisiones importantes sobre el tema:

En primer lugar, para resolver adecuadamente el llamado conflicto de leyes en el tiempo debemos tener claro que este se produce entre la ley penal vigente al momento del hecho y las leyes penales posteriores que hayan entrado en vigencia hasta antes de finalizarse la ejecución de la condena. Del conflicto de leyes en el tiempo, por tanto, quedan excluidas tanto las leyes que perdieron su vigencia antes de realizado el hecho como las que entren en vigencia después de finalizada la ejecución de la respectiva condena.

En segundo lugar, resulta sumamente importante establecer en qué momento se entiende realizada o cometida la conducta punible o delito y, al efecto, se hace necesario estudiar el denominado por la doctrina *tempus commissi delicti*, esto es, el tiempo o momento de comisión del delito. Así las cosas, para determinar ese momento ha propuesto la doctrina tres teorías: la teoría de la acción, según la cual la conducta punible se entiende realizada en el momento en el que se exteriorizó la voluntad criminal, en el momento en el que tuvo lugar la conducta; la teoría del resultado, según la cual la conducta punible se entiende realizada en el momento en el que se produjo el resultado consecuencia de la exteriorización de la voluntad; y la teoría mixta, según la cual la conducta punible se entiende realizada en el momento en el que se exteriorizó la voluntad criminal o en el momento en el que se produce el resultado consecuencia de dicha exteriorización de la voluntad.

El legislador colombiano, con razón, acoge, según lo dispuesto en el artículo 26 del Código Penal, la teoría de la acción. Y es que, desde una perspectiva político criminal esta teoría resulta ser la más adecuada, porque va a permitir que una ley abarque el hecho desde que se exterioriza la voluntad criminal, que, como se dijo, es el momento a partir del cual una conducta o, si se quiere, un hecho puede ser del interés del derecho penal. Lo anterior, desde luego, partiendo de un derecho penal de acto.

En un tercer momento, digamos que no siempre resulta fácil determinar si el contenido de una ley penal es más o menos favorable al reo. Bien puede ocurrir que el contenido de una ley penal en parte le sea más favorable y en parte le sea más desfavorable. La doctrina, consciente de ello, ha propuesto la siguiente clasificación de las leyes penales: las leyes penales simples, que son aquellas cuyo contenido es, en su totalidad, más favorable o más desfavorable al reo, y las leyes penales complejas, que son aquellas cuyo contenido es en parte más favorable o en parte más desfavorable para el reo. Las leyes penales complejas, según la doctrina, se clasifican, a su vez, en leyes penales complejas divisibles, que son aquellas respecto de las cuales es posible tomar lo más favorable de cada una de ellas, y leyes penales complejas indivisibles, que son aquellas que deben ser aplicadas en bloque, esto es, no puede tomarse lo más favorable de cada una de ellas, porque, de hacerlo, se estaría creando una *lex tertia*, se estaría creando una especie de tercera ley y, por tanto, el operador jurídico estaría fungiendo indebidamente de legislador.

Al efecto, el artículo 45 de la ley 53 de 1887 nos suministra un ejemplo: “si la ley nueva reduce el *máximo* de la pena y aumenta el *mínimo*, se aplicará de las dos leyes la que invoque el interesado”. Esto es, no puede tomarse el mínimo de la pena de una ley y el máximo de la pena de la otra. Así, por ejemplo, la ley penal vigente al momento del hecho señala para un hecho una pena de prisión de 2 a 6 años; se expide una nueva ley penal que deroga a aquella y esta nueva ley señala, para ese mismo hecho, una pena de prisión de 3 a 5 años. En este caso la nueva ley redujo el máximo, pero aumentó el mínimo.

Sin embargo, visto lo anterior, hay que concluir que esa clasificación propuesta por la doctrina en realidad no resuelve el problema, porque no suministra un criterio a efectos de determinar en qué casos se estaría creando

una *lex tertia*. Esa clasificación propuesta nos permite, simplemente, percartarnos de la existencia del problema.

En cuarto lugar, según el artículo 6 del Código Penal “la preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco”. La expresión “reenvío” se utiliza, porque el legislador, a través de los tipos penales en blanco, “envía” su contenido a la autoridad administrativa para que esta, una vez lo complementa, se lo “reenvíe” y con ello completar el tipo penal en blanco. Ahora bien, lo dispuesto en ese inciso segundo del artículo 6 significa que tanto el tipo penal en blanco como la regulación administrativa que lo complementa ha de ser previa al hecho que pretende regular. Así mismo, si se expide posteriormente una regulación administrativa más favorable para el reo, ella podrá aplicarse en forma retroactiva, por virtud del principio de favorabilidad.

Una quinta precisión es la siguiente: algún sector de la doctrina colombiana se refiere a un tema que se ha denominado el fenómeno de la ultractividad. Este consiste, supuestamente, en que, por virtud del principio de legalidad, la ley penal ha de ser previa a los hechos que pretende gobernar y del principio de legalidad surge el principio de la prohibición de la aplicación extra activa de la ley penal. Extra-actividad significa actividad por fuera de, esto es, actividad por fuera de los límites de vigencia. Según estos, la excepción a la aplicación de este principio se presenta por virtud del principio de favorabilidad y esto se manifiesta en dos fenómenos: la retroactividad y la ultractividad. Si la ley posterior al hecho es más favorable, dicha ley se aplicará en forma retroactiva, como ya se vio, pero si en el conflicto de leyes en tiempo la ley penal más favorable es la ley vigente al momento del hecho y no la ley vigente al momento del procesamiento se aplicará la ley vigente al momento del hecho, dicen, en forma ultractiva. Se habla de ultractividad refiriéndose a actividad hacia delante. Se dice, entonces, que se aplica en forma ultractiva, porque al momento de ser aplicada la ley penal ya esta no se encuentra vigente.

Sin embargo, en rigor, la ultractividad no existe en materia sustancial, porque si la ley penal que ha de aplicarse es la ley penal vigente al momento del hecho y no la ley posterior, dicha ley no está “extra actuando”, esto es, actuando por fuera de sus límites de vigencia; esa ley se aplicará no por virtud del principio de favorabilidad sino por virtud del principio de legalidad, que, como se sabe, constituye la regla general en esta materia. Esa ley

penal, debe quedar claro, no está extra actuando, sino que esa ley penal está actuando dentro de sus límites de vigencia. Cosa distinta es que el juez, al momento de dictar la sentencia, deba “desempolvar” el Código Penal que estaba vigente al momento del hecho.

Adicionalmente, vale la pena precisar que el fenómeno de las llamadas leyes penales intermedias se refiere a leyes penales que entran en vigencia después de ocurrido el hecho y que pierden su vigencia antes de haberse terminado de ejecutar la respectiva pena. En estos casos, también, si la ley penal intermedia es más favorable para el reo, será esta la que deba aplicarse en forma retroactiva; en forma retroactiva, porque va a regir un hecho cometido con anterioridad a su entrada en vigencia.

Resulta muy importante tener claro que la norma sustancial gobierna el hecho sustancial, el hecho delictivo, la conducta punible. La norma procesal, por su parte, gobierna el hecho procesal, gobierna el proceso. Por lo anterior, en materia sustancial el momento determinante para saber si una ley penal actúa o extra actúa es el momento del hecho sustancial y no el momento del hecho procesal.

Ejemplo de una ley penal intermedia más favorable: la ley penal vigente al momento del hecho es ley X; la ley Y derogó la ley X; la ley Z (vigente al momento de dictarse la sentencia) derogó la ley Y. En este caso la ley Y es una ley penal intermedia. La ley X señalaba para el hecho una pena de prisión de 3 a 5 años, la ley Y señalaba para el hecho una pena de prisión de 2 a 4 años y, la ley Z señala para el hecho una pena de prisión de 4 a 6 años. En el caso, la ley penal que debe aplicarse, por ser más favorable para el reo, es la ley Y (la ley penal intermedia) y se aplicará en forma retroactiva, porque va a aplicarse a un hecho cometido con anterioridad a su entrada en vigencia.

Según algún sector de la doctrina colombiana, en su lenguaje, en el caso propuesto se presentaría una aplicación tanto retroactiva como ultractiva de la ley penal; retroactiva, porque la ley penal va a regir un hecho cometido con anterioridad a su entrada en vigencia y ultractiva, porque al momento de dictarse sentencia la ley penal ya no estaba vigente (actividad hacia delante).

Es claro, con el ejemplo, que para hablar de esa supuesta “ultractividad”, quienes sostienen esta postura, ya no tiene como referente el momento del hecho sustancial sino el momento del proceso, el momento del hecho pro-

cesal, y ello resulta equivocado, porque el derecho sustancial regula el hecho sustancial no el hecho procesal.

Se pregunta: ¿qué ocurre con la ley penal posterior al hecho, más favorable para el reo, que es declarada inexecutable por la Corte Constitucional? Para responder adecuadamente a esa pregunta es necesario preguntarse, primero, por cuáles son los efectos que produce una declaratoria de inexecutable, específicamente, es necesario preguntarse por si la declaratoria de inexecutable produce efectos *ex nunc* (“desde ahora”) o *ex tunc* (“desde entonces”). La doctrina emplea la expresión *ex nunc* para afirmar que se producen efectos solo hacia el futuro y utiliza la expresión *ex tunc* para afirmar que se producen efectos también hacia el pasado.

De esta forma, si los efectos de la declaratoria de inexecutable de una norma son *ex nunc*, ello significa que la declaratoria de inexecutable no borró la vigencia que ya tuvo la norma, sino que, simplemente, la norma dejará de regir hacia el futuro. De ser ello es así, la ley penal posterior declarada inexecutable más favorable podrá ser aplicada en forma retroactiva. En tal caso, no hay diferencia alguna con el evento en el que una norma sea derogada, simplemente, la norma deja de regir hacia el futuro. Ahora bien, si los efectos de declaratoria de inexecutable de una norma son *ex tunc*, ello significa que la declaratoria de inexecutable de la norma borra la vigencia que ya tuvo la norma y, por tanto, ya no solo la norma no va a regir hacia el futuro, sino que, además, se finge que la norma nunca existió. De ser ello así, la ley penal posterior más favorable declarada inexecutable no podrá ser aplicada en forma retroactiva. Según la Corte Constitucional la declaratoria de inexecutable de una norma, por regla general, produce efectos *ex nunc*. Sin embargo, la propia Corte tiene la posibilidad de modular los efectos de sus sentencias, por lo que, de considerarlo conveniente, puede afirmar, en su sentencia, que la declaratoria de inexecutable produce efectos *ex tunc*.

En el caso de la llamada legislación excepcional, esto es, con aquella legislación que se expide en los estados de excepción por parte del ejecutivo por vía de los llamados decretos legislativos, debemos tener claro que, en materia penal, la potestad que tiene el ejecutivo para legislar en los estados de excepción es sumamente reducida en lo relativo a la creación de nuevas figuras delictivas, al aumento de penas y, en general, a la disminución de garantías. La razón de ser de esto radica en que en los estados de excepción

están previstos en la Constitución Política con miras a superar situaciones excepcionales, situaciones extraordinarias y, por ende, transitorias. Recordemos que uno de los cambios que trajo la Constitución Política de 1991 fue el de someter dichos estados a unos plazos perentorios, a unos exigentes requisitos. Así las cosas, como una vez superado el estado de excepción vuelve a regir la legislación ordinaria, y será esta la que en materia penal debe aplicarse por virtud del principio de favorabilidad, no resulta compatible con el principio de razonabilidad el que el ejecutivo, en dichos estados, pueda legislar en materia penal creando nuevas figuras delictivas, aumentando penas o disminuyendo garantías. No obstante, lo que suele ocurrir es que las medidas adoptadas por el ejecutivo en los estados de excepción terminan convirtiéndose en legislación ordinaria o permanente; suele ocurrir que el ejecutivo adopta las medidas extraordinarias y, en el entretanto, el legislador va tramitando la respectiva ley para incorporar tales medidas a la legislación ordinaria. Si ello ocurre se produce lo que en el derecho público llaman una “desviación de poder” que es, al derecho público, lo que el abuso del derecho es al derecho privado. Y ello es así, toda vez que, para el caso, se ejerce una potestad pública dentro de los límites formales, dentro de los límites objetivos, pero con una finalidad antijurídica, pero con una finalidad distinta de aquella para la cual el ordenamiento confirió la potestad.

La favorabilidad en materia penal, a la que nos hemos referido, no alude únicamente a asuntos relativos a la pena. Así, por ejemplo, el artículo 45 de la Ley 153 de 1887 dispone que “la nueva ley que quita explícita o implícitamente el carácter de delito a un hecho que antes lo tenía envuelve indulto y rehabilitación”. El indulto, se debe tener claro, es un acto de perdón estatal de carácter particular y los penalistas suelen diferenciarlo de la amnistía. La amnistía, entienden, es un acto de perdón estatal de carácter general. El indulto se refiere a un delito en particular, mientras que la amnistía se refiere a un número indeterminado, pero determinable de delitos cometidos en determinado tiempo. La “rehabilitación”, por su parte, es la recuperación de los derechos que se habían privado o restringido con la pena. Un ejemplo, en la realidad, de lo que allí se dispone fue lo ocurrido con la entrada en vigencia del Código Penal vigente, la Ley 599 de 2000, respecto de la criminalización de la bigamia. La bigamia, con la entrada en vigencia de dicho Código Penal dejó de estar tipificada, no es ahora delito.

Por último, si se produce un conflicto de leyes penales en el tiempo y la persona ya está condenada y la condena está en firme, el funcionario competente para hacer los pronunciamientos pertinentes, por ejemplo, para readecuar la pena, es el juez de ejecución de penas y de medidas de seguridad.

7.2 *Ámbito de vigencia espacial*

El estudio del ámbito de vigencia espacial de las normas penales pretende responder a la pregunta: ¿dónde rigen las normas penales? (Velásquez, 2009, pp. 304 y ss.) Así, pues, para responder en forma adecuada este interrogante se debe tener claro que, por regla general, las normas penales de un Estado, en razón de su soberanía, rigen los hechos cometidos en el territorio de dicho Estado. Sin embargo, excepcionalmente, por razones de cooperación internacional, y siempre y cuando se cumplan unos requisitos exigentes, las normas penales de un Estado pueden regir hechos cometidos por fuera de su territorio. Por esta razón, resulta importante establecer en qué lugar se entiende cometida la conducta punible o delito y, al efecto, se hace necesario estudiar el denominado *locus commissi delicti*, esto es, el lugar de comisión del delito. Las distintas legislaciones, a efectos de regular lo relativo al *locus commissi delicti*, suelen acoger una de las siguientes tres teorías: la teoría de la acción, según la cual un conducta punible se entiende realizada en el lugar en el que se exteriorizó la voluntad criminal; la teoría del resultado, según la cual la conducta punible se entiende realizada en el lugar en el que se produjo el resultado típico; o la teoría mixta o de la ubicuidad, según la cual para que la conducta punible se entienda realizada en el territorio de un Estado, basta con que la acción o parte de ella o el resultado típico se haya producido en dicho territorio.

El legislador colombiano acoge, con razón, en el artículo 14 del Código Penal, la teoría mixta o de la ubicuidad. Y es que, desde una perspectiva político criminal, esta teoría resulta ser la más adecuada, toda vez que le permite al Estado que sus normas penales se apliquen al mayor número de hechos punibles. Así las cosas, para que una conducta punible se entienda realizada en el Estado colombiano basta con que la acción o parte de ella o el resultado se haya producido en el territorio colombiano.

Es importante, en lo relativo al ámbito de vigencia espacial de las normas penales, abordar el estudio de los postulados que rigen en esta materia (Muñoz y García, 2015). Estos postulados son el de territorialidad y el de

extraterritorialidad. Según el postulado de territorialidad, las normas penales de un Estado, para el caso nuestro, del Estado colombiano, se aplicarán a toda persona, nacional o extranjera, residente o transeúnte, que las haya infringido en el territorio de dicho Estado. A este postulado se refieren, en nuestra legislación, los artículos 14 y 15 del Código Penal. Surge entonces, necesariamente, una pregunta: ¿qué se entiende por territorio colombiano? Para responder a esa pregunta hay que remitirse, en primer lugar, al artículo 101 de la Constitución Política. El territorio colombiano es, pues, por una parte, esa porción del espacio a la que se refiere y delimita dicho artículo. Es importante, también, anotar, por alguna confusión infundada y difundida, que este artículo, desde luego, no menciona ni las sedes de las embajadas ni de los consulados que el Estado colombiano tiene acreditados en el exterior. Y ello es así, porque, según las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Relaciones Consulares, debidamente incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico a través de las Leyes 6 de 1972 y 17 de 1971, respectivamente, las sedes de las misiones diplomáticas o consulares hacen parte del Estado receptor. El problema, en estos casos, no es un problema de territorialidad, sino que se trata de un problema de inviolabilidad, como se verá más adelante. En segundo lugar, hay que remitirse al artículo 15 del Código Penal. Hacen parte del territorio colombiano, por otra parte, un conjunto de cosas que lo son por vía de ficción y únicamente para efectos penal. Esas cosas son, según ese artículo 15, las naves o aeronaves del Estado colombiano

Por virtud del postulado de extraterritorialidad, es posible que las normas penales de un Estado, para el caso nuestro el Estado colombiano, se apliquen a hechos cometidos por fuera de su territorio. Se trata, como ya se advirtió, de situaciones excepcionales, por razones de cooperación internacional y que deben cumplir con requisitos bastante exigentes. El postulado de extraterritorialidad está compuesto, a su vez, por tres sub postulados que son los que lo desarrollan: el postulado real, de la protección o de defensa, el postulado de la nacionalidad o de la personalidad y el postulado de la jurisdicción mundial o de la justicia universal. Según el postulado o sub postulado real, de la protección o de defensa, las normas penales de un Estado pueden ser aplicadas a hechos cometidos por fuera de su territorio si esos hechos afectan los intereses de dicho Estado. Según el postulado o sub postulado de la nacionalidad o de la personalidad, las normas penales de un Estado se le aplican a sus nacionales en donde quiera que estos estén. De esta forma, las normas penales de un Estado pueden ser aplicadas a

hechos cometidos por fuera de su territorio en los casos en los que el sujeto activo o el sujeto pasivo de la conducta punible sea nacional de dicho Estado. En los casos en los que se trata de un sujeto activo, se suele hablar del postulado de la nacionalidad o de la personalidad por vía activa; en los casos en los cuales se trata de un sujeto pasivo, se suele hablar, por su parte, del postulado de la nacionalidad o de la personalidad por vía pasiva. Por último, según el postulado o sub postulado de la jurisdicción mundial o de la justicia universal, las normas penales de un Estado se podrán aplicar, en forma excepcionalísima, cumpliendo con requisitos bastante exigentes, a hechos cometidos por fuera de su territorio, por un extranjero en contra de otro extranjero. La razón de ser de este postulado radica en que los Estados no tienen interés en que haya conductas punibles que queden impunes.

Todo lo anterior, esto es, lo relativo al postulado de la extraterritorialidad y los sub postulados que lo desarrollan, se encuentra regulado, en el ordenamiento jurídico colombiano, el artículo 16 del Código Penal. En los numerales 1, 2, 3 y 5 se desarrolla el postulado o sub postulado real, de protección o de defensa. En el numeral 4 se desarrolla el postulado o sub postulado de la nacionalidad o de la personalidad por vía pasiva. En el numeral 6 se desarrolla el postulado o sub postulado de la jurisdicción mundial o de la justicia universal.

Pues bien, como todos estos postulados, esto es, los de territorialidad y extraterritorialidad con sus respectivos sub postulados, suelen estar consagrados en las distintas legislaciones de los distintos Estados, bien puede ocurrir que las normas penales de distintos Estados concurren todas a gobernar un mismo hecho. Así las cosas, previendo esta situación, y con la finalidad de evitar que se atente contra el principio del *non bis in ídem*, contra el postulado de la prohibición de la doble incriminación, los Estados, así mismo, suelen reconocerle valor de cosa juzgada a los efectos de la sentencia proferida en el extranjero. El caso colombiano no es la excepción y regula este evento, en el artículo 17 del Código Penal, así: en el inciso primero se consagra el valor de cosa juzgada para los efectos de la sentencia, condenatoria o absolutoria, proferida en el extranjero y, por lo tanto, de una persona haber sido condenada o absuelta, en el extranjero, por esos mismos hechos, no podrá volver a ser procesada en Colombia; en el inciso segundo se excepciona lo consagrado en el inciso primero, estableciendo que no se reconocerá el valor de cosa juzgada ante la ley colombiana en los casos de sentencias, condenatorias o absolutorias, proferidas en el extran-

jero respecto de los delitos señalados en el artículo 15 (territorialidad por extensión) y 16, numerales 1 y 2, por lo que, en tales situaciones, la persona que fue procesada en el extranjero, absuelta o condenada por un determinado hecho, podrá volver a ser procesada en Colombia y ser absuelta o condenada por ese mismo hecho; en el inciso tercero, se refiere el legislador a aquellos casos en los cuales una persona que fue condenada en el extranjero es de nuevo procesada y condenada en Colombia, presentando, con ello, un solución que pretende aminorar la violación al postulado del *non bis in ídem*, según la cual la pena que la persona ya cumplió en el extranjero se le descontará de la pena impuesta en Colombia.

Respecto de la regulación contenida en el artículo 17 es necesario hacer dos comentarios: el primero, que no se menciona allí, curiosamente, el artículo 14 del Código Penal relativo a la territorialidad, esto es, se dejó por fuera lo obvio, quedando, entonces, por fuera de la excepción del inciso segundo del artículo 17 los hechos cometidos en territorio colombiano, procesados en el extranjero, con sentencia absolutoria o condenatoria. El segundo comentario consiste en que entre lo prescrito en el inciso segundo del artículo 15 y el inciso segundo del artículo 17 se produce una antinomia, ya que, según este, en los supuestos del artículo 15 se puede aplicar la ley penal colombiana, aun cuando la persona haya sido procesada en el exterior. Sin embargo, el inciso segundo del artículo 15 señala que, en los casos que regula, únicamente se podrá aplicar la ley penal colombiana si no se hubiere iniciado la acción penal en el exterior. Una propuesta para resolver esta antinomia es la siguiente: los fragmentos de norma que se obtienen de esos enunciados normativos tienen la misma jerarquía, entraron en vigencia en el mismo momento y tienen el mismo grado de generalidad, así las cosas, según lo dispuesto en el artículo 10 del Código Civil, esta antinomia debe resolverse dándole prevalencia al fragmento de norma expresada en el enunciado normativo posterior.

7.3 *Ámbito de vigencia personal*

El estudio del ámbito de vigencia personal de las normas penales pretende responder a la pregunta: ¿respecto de quién o quiénes rigen las normas penales? (Velásquez, 2009, pp. 319 y ss.). Así las cosas, por virtud del principio de igualdad, por regla general, las normas penales rigen por igual para todas las personas y, de la misma manera, esto es, por virtud del principio de igualdad, excepcionalmente, las normas penales consagran unas

inmunidades (inmunidades en el sentido en el que Hohfeld se refiere a esta expresión). Recuérdese que el principio de igualdad, en términos generales, prescribe que lo igual debe ser tratado como igual y lo desigual como desigual. Recuérdese, también, que según Hohfeld (2001) una inmunidad es un estado de no sujeción al ejercicio de una potestad. Para el caso, la potestad a la que se alude es la potestad de castigar radicada en cabeza del Estado, llamada también *ius puniendi*. Hay que tener claro, para comenzar a estudiar a estudiar esas inmunidades, que estas, en materia penal provienen unas del derecho interno y otras del derecho internacional. Las que provienen del derecho interno son llamadas por la doctrina penal fueros e indemnidades. Por su parte, las que provienen del derecho internacional son llamadas, por los estudiosos de la materia, inmunidades propiamente.

Se comienza, entonces, con el estudio de las inmunidades que provienen del derecho interno, esto es, con las indemnidades y los fueros:

7.3.1 *Las indemnidades*

Lo indemne, según el diccionario de la Real Academia Española, es aquello que se encuentra “libre o exento de daño”. Las indemnidades son, entonces, inmunidades que provienen del derecho sustancial y que consisten en estados de no sujeción al ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, que radican, específicamente, en que ciertas personas no son penalmente responsables por la realización de ciertos delitos. Son ejemplos de indemnidades consagradas en nuestro derecho interno la llamada inviolabilidad parlamentaria, consagrada en el artículo 185 de la Constitución Política, y la consagrada en el artículo 228 del Código Penal, relativa a las injurias que profieran, en sus escritos y discursos, los litigantes, apoderados o defensores, siempre que no se hagan públicas.

7.3.2 *Los fueros*

Los fueros son, también, inmunidades que provienen del derecho interno, son estados de no sujeción al ejercicio de una potestad pública, específicamente, al ejercicio de la potestad jurisdiccional. Ese estado de no sujeción consiste, entonces, en que de la investigación y/o del juzgamiento de determinadas personas no se ocupan los funcionarios ordinariamente señalados para el efecto, sino unos funcionarios especiales. Los fueros, entonces, a diferencia de las indemnidades, tienen una naturaleza puramente procesal y no comportan una indemnidad, de tal manera que la persona aforada sí

podrá ser declarada penalmente responsable, únicamente que de su investigación y/o juzgamiento no le corresponderá al funcionario ordinariamente señalado para el efecto. En materia penal existen varios fueros. Así, por ejemplo, está el fuero penal indígena, previsto en el artículo 46 de la Constitución Política; el fuero penal militar, al que ya se hizo referencia; existe, también, el fuero del que gozan los altos funcionarios del Estado, quienes, por regla general, son juzgados por la Corte Suprema de Justicia, específicamente, por su Sala de Casación Penal, según lo dispuesto en el artículo 235 de la Constitución Política.

7.3.3 Las inmunidades

Ahora, en lo relativo a las inmunidades que provienen del derecho internacional, esto es, las inmunidades propiamente dichas, se tratan, también, de estados de no sujeción al ejercicio de una potestad pública, para el caso, al ejercicio del *ius puniendi*. Específicamente, estas inmunidades consisten en que ciertas personas que obran en representación de un Estado no podrán ser ni investigadas ni juzgadas por las autoridades del Estado receptor. Sin embargo, esas personas sí podrán ser investigadas y juzgadas por las autoridades del Estado acreditante. Por esta razón, estas inmunidades tienen, como los fueros, una naturaleza estrictamente procesal y no sustancial, lo que hace que no sean indemnidades. Ejemplo de estas son las reguladas en las convenciones de Viena sobre relaciones diplomáticas y consulares. En el ordenamiento jurídico colombiano estas convenciones fueron incorporadas a través de la Ley 6 de 1972 y la Ley 17 de 1971, respectivamente. Ambas leyes tienen la particularidad de que consagran un artículo único para incorporar cada una de las convenciones, razón por la cual para conocer la regulación hay que ir directamente a las convenciones.

Como último tema en el ámbito de vigencia personal de las leyes penales, resulta pertinente formular el interrogante de si será posible o no renunciar a una indemnidad, a un fuero o a una inmunidad de aquellas que provienen del derecho internacional. A estas últimas, según lo dispuesto en los artículos 32 y 45 de las Convenciones de Viena sobre relaciones diplomáticas y sobre relaciones consulares, respectivamente, sí es posible. En estos casos, el Estado acreditante puede renunciar a la inmunidad, pues las mismas existen en razón a las relaciones entre los Estados. Respecto de los fueros y las indemnidades el asunto no se encuentra expresamente regulado. Una propuesta de solución es acudir a lo dispuesto en el artículo 15 del Código

Civil Colombiano, según el cual “podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia”. Lo mismo, se considera, aplica para toda situación jurídica de ventaja como es el caso de una inmunidad (fuero o indemnidad). Así las cosas, una inmunidad será renunciable siempre que su renuncia no esté prohibida y cuando el ordenamiento jurídico la haya conferido atendiendo únicamente al interés de quien renuncia. Es de señalar que, si bien la renuncia a las indemnidades y los fueros no se encuentra prohibida, estas inmunidades no suelen conferirse atendiendo únicamente al interés del titular. Así, por ejemplo, la llamada “inviolabilidad parlamentaria” se confiere con miras a garantizar el postulado de la separación de poderes, la independencia de la rama legislativa, del Congreso, y no el interés particular de los congresistas, por lo que, se concluye, no es renunciable.

7.4 Apéndice. Algunos apuntes sobre la extradición

La extradición se define como un mecanismo de cooperación internacional, en materia penal, que consiste en la entrega que un Estado hace de una persona determinada a otro Estado, con una de dos finalidades: bien para que dicha persona cumpla en ese Estado la pena que allí le fue impuesta, bien para que dicha persona sea procesada penalmente en ese Estado. Esta segunda finalidad tiene su razón de ser en que hay sistemas de procesamiento, como, por ejemplo, el norteamericano, en los que para que sea posible el juzgamiento se requiere de la presencia física del procesado. Esto, sin embargo, no ocurre en Colombia, en donde, por regla general, una persona puede ser procesada penalmente estando ausente, cumpliendo con ciertos requisitos.

Así mismo, la extradición se clasifica, entre otras, en extradición por vía activa y en extradición por vía pasiva, atendiendo a la perspectiva desde la cual se aprecie este mecanismo (Velásquez, 2009, pp. 322-323). La extradición será por vía activa si esta se analiza desde la perspectiva del Estado que la solicita, esto es, del Estado requirente y será por vía pasiva si se analiza desde la perspectiva del Estado que la ofrece o la concede. A aquella, en el ordenamiento jurídico colombiano se refieren los artículos 512 a 514 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, mientras que a esta se refieren los artículos 491 a 511 del mismo estatuto. Mencionemos, también, que tanto a la extradición por vía activa como a la extradición por vía pasiva se refiere el artículo 35 de la Constitución Política, el artículo 18 del

Código Penal y el artículo 490 del Código de Procedimiento Penal. Esos tres artículos, como se ve, contienen enunciados normativos tautológicos, esto es, contienen enunciados normativos que expresan una misma norma o un mismo fragmento de norma. El mayor número de artículos que nuestra legislación le otorga a la extradición por vía pasiva nos sugiere ya que en Colombia el mecanismo de la extradición suele ser apreciado, en mayor medida, entendiéndose a Colombia como el Estado que ofrece o concede la extradición y no como el Estado que la solicita. A su vez, la extradición por vía pasiva se clasifica, atendiendo al mecanismo utilizado para su concesión y específicamente, atendiendo a quién es el competente para concederla, en extradición gubernativa, si el competente para concederla es el gobierno nacional; extradición judicial, si el competente para concederla es un órgano de la jurisdicción, que suele ser alguna de las altas cortes; extradición mixta, si en su concesión intervienen tanto el gobierno nacional como un órgano de la jurisdicción.

En lo relativo al caso de Colombia, la extradición por vía pasiva es mixta, según lo dispuesto en los artículos 491 y 492 del Código de Procedimiento Penal. Allí se dispone que el competente para conceder la extradición es el gobierno, por medio del Ministerio del Interior, previo concepto favorable emitido por la Corte Suprema de Justicia. Por tanto, en Colombia, la concesión de una extradición tiene dos grandes etapas: una etapa estrictamente jurídica, que se adelanta ante la Corte Suprema de Justicia, y una etapa estrictamente política, que se adelanta ante el gobierno nacional.

Los aspectos más relevantes de estas dos etapas son los siguientes:

Respecto de la etapa estrictamente jurídica, esta se encuentra regulada en los artículos 492, 502 y 495 del Código de Procedimiento Penal, y, se repite, se adelanta ante la Corte Suprema de Justicia. Así, la Corte Suprema de Justicia ha de emitir un concepto que puede ser favorable o desfavorable a la extradición. Muy importante resulta aclarar que ese concepto que emite la Corte Suprema no ha de ser motivado por razones políticas, esto es, por razones de conveniencia, sino que se trata de un concepto estrictamente jurídico y de carácter puramente formal. Que se trate de un concepto de carácter puramente formal significa que no le es dado a la Corte entrar a valorar pruebas sobre la culpabilidad o la inocencia de la persona reclamada en extradición. Para emitir su concepto, la corte suprema de justicia ha de limitarse a verificar lo siguiente: (1) que esté plenamente identificada la

persona solicitada en extradición, (2) que en el Estado requirente se haya proferido una resolución de acusación o una providencia equivalente, (3) que se cumpla con los principios que rigen la materia, especialmente, con el principio de la doble incriminación y (4) que se haya acompañado la documentación válida que acredita todo lo anterior. Resulta de suma importancia para la comprensión de la figura de la extradición tener claro que este es un mecanismo de cooperación internacional y que, como tal, se haya fundado en la confianza recíproca entre los Estados. Así las cosas, a las autoridades judiciales del Estado que ha de conceder la extradición les basta con saber que las autoridades judiciales del Estado requirente reclaman a determinada persona, respecto de la cual existe, por lo menos, en el Estado requirente, un proceso penal ya avanzado, ya robustecido probatoriamente. No le es dado, por tanto, a las autoridades judiciales del Estado que ha de conceder la extradición valorar de fondo los hechos con miras a establecer si la persona que va a ser extraditada es inocente o culpable del delito por el cual se le está reclamando la extradición.

Respecto de la etapa estrictamente política, esta se encuentra regulada en los artículos 491, 494 y 501 del Código de Procedimiento Penal, y, se repite, se adelanta ante el gobierno nacional. Así las cosas, si la Corte Suprema de Justicia emitió un concepto desfavorable a la extradición, ese concepto obliga al gobierno nacional, esto es, en tal caso el gobierno no podrá conceder la extradición. Pero si el concepto fue favorable, ese concepto no obliga al gobierno nacional, esto es, en tal caso será ya el gobierno nacional el que, atendiendo a razones políticas, por razones de conveniencia nacional, determine si concede o no la extradición.

Entre esas razones políticas, entre esas razones de conveniencia nacional, el gobierno debe tener en la cuenta, por ejemplo, el que se esté cumpliendo con la reciprocidad exigible en las relaciones internacionales y el que en los casos de extradiciones anteriores el Estado que de nuevo solicita en extradición a una persona haya cumplido con ciertas exigencias, con ciertos condicionamientos de extradiciones pasadas.

En lo relativo a esto último, el gobierno debe verificar, por ejemplo, que el Estado requirente no haya juzgado a personas extraditadas por hechos distintos de los que motivaron la extradición o que a las personas extraditadas no se les hubiese ejecutado penas distintas de aquellas penas que motivaron

la extradición o que el Estado requirente no le hubiese impuesto la pena de muerte o la prisión perpetua a personas anteriormente extraditadas.

En materia de extradición, así mismo, rigen unos postulados, de los que a continuación se hará mención (Velásquez, 2009, pp. 324-325):

- a. *Postulado de legalidad.* En el ordenamiento jurídico colombiano, este postulado está consagrado en el artículo 35 de la Constitución Política, inciso 1, en el artículo 18 del Código Penal, inciso 1, y en el artículo 490 del Código de Procedimiento Penal, inciso 1. Por virtud de este postulado, la extradición debe solicitarse, concederse u ofrecerse de conformidad con lo previsto en los tratados internacionales vigentes debidamente ratificados y, en su defecto, de conformidad con lo prescrito por la legislación interna de los respectivos Estados que intervienen en el trámite de la extradición. Ello significa que toda esta normatividad a la que se ha aludido, específicamente, la expresada en el Código de Procedimiento Penal, artículos 490 y siguientes, es supletiva, esto es, rige en tanto no exista un tratado vigente sobre la materia, suscrito por los respectivos Estados que intervienen en el trámite de la extradición. Esto resulta particularmente importante saberlo en la actualidad, porque con Estados Unidos, por ejemplo, uno de los “socios” principales que tiene Colombia en materia de extradición, nuestro país tiene suscrito un tratado en materia de extradición, pero la ley que lo incorporó fue declarada inexecutable por vicios de forma. De esta forma, en las extradiciones en las que interviene el Estado colombiano y los Estados Unidos, rige la legislación interna de tales Estados en lo relativo a la solicitud, al ofrecimiento o a la concesión de una extradición.
- b. *Postulado de la doble incriminación.* En el ordenamiento jurídico colombiano, este postulado está consagrado en el artículo 493, numeral 1, del Código de Procedimiento Penal, así como en el artículo 35 de la Constitución Política, en el artículo 18 del Código Penal y en el artículo 490 del Código de Procedimiento Penal. Este postulado, se debe dejar claro, nada tiene que ver con el postulado de la prohibición de la doble incriminación ya estudiado. Por virtud del postulado de la doble incriminación, el hecho que motiva la extradición debe estar previsto como delito en la legislación interna tanto del Estado que solicita la extradición como del Estado que la ofrece o la concede. Esto es, debe haber lo que la doctrina llama “identidad normativa”, como quiera que el hecho

ha de estar tipificado tanto en la legislación del estado requirente como en la legislación del Estado que ofrece o concede la extradición.

- c. *Postulado de la especialidad.* Este postulado, en el ordenamiento jurídico colombiano, está consagrado en el artículo 494 del Código de Procedimiento Penal, inciso 2. Según este postulado, la persona extraditada, según el caso, solo debe ser juzgada en el Estado requirente por el hecho que motivó la extradición o solo puede, en el Estado requirente, ejecutarse la pena sobre la persona extraditada que motivó la extradición.
- d. *Postulado de la prohibición de la extradición por delitos políticos.* Este postulado, en el ordenamiento jurídico colombiano, está reconocido en el artículo 35 de la Constitución Política, en el artículo 18 del Código Penal y en el 490 del Código de Procedimiento Penal. Respecto de los delitos políticos, debe quedar claro, no procede la extradición, sino lo que constituye su cara inversa, esto es, el asilo político. El derecho de asilo está consagrado en el artículo 36 de la Constitución Política y hace parte de los derechos humanos.
- e. *Postulado de la prohibición de la extradición de los propios nacionales.* Este postulado está consagrado, en el ordenamiento jurídico colombiano, en el artículo 493, numeral 1, y en los artículos 35 de la Constitución Política, 18 del Código Penal y 490 del Código de Procedimiento Penal, inciso 2. Por regla general, los países reconocen el derecho a no ser extraditado del país de origen y lo hacen como derecho fundamental. En Colombia, la Constitución Política de 1991 en su original artículo 35 prohibió la extradición de colombianos por nacimiento. Las razones por las cuales la asamblea nacional constituyente aprobó dicha prohibición fueron, principalmente, dos: en primer lugar, una razón de orden filosófica, que consistió en que algunos constituyentes entendieron que el derecho a no ser extraditado del país de origen es un derecho fundamental; la segunda, una razón del orden de la política nacional, consistió en pactos con la mafia. Sin embargo, en el año de 1997, en el gobierno del presidente Samper, y debido a la presión del gobierno de los Estados Unidos para combatir a los carteles de la mafia, se modificó el artículo 35 de la Constitución por vía del acto legislativo 1 de ese mismo año y que entró a regir ese mismo 17 de diciembre. Es, entonces, a partir de ese acto legislativo, con la entrada en vigencia de dicho acto legislativo, que se autorizó, en Colombia, la extradición de colombianos por nacimiento, pero solo por delitos cometidos en el exterior, esto es, en Colombia procede la extra-

dición de colombianos por nacimiento por delitos cometidos en el exterior, a partir del 17 de diciembre de 1997, pues dicho acto legislativo no tuvo efectos retroactivos. Con esta modificación Colombia entró en la lista de países que extraditan a sus propios nacionales que, sin embargo, sigue siendo la excepción y no la regla.

f. *Postulado de la prohibición de la extradición por delitos de poca monta o delitos de bagatela.* Este postulado, en el ordenamiento jurídico colombiano, está consagrado en el artículo 493 del Código de Procedimiento Penal, numeral 1. La razón de ser de este postulado no es otra que el principio de proporcionalidad, específicamente, en el principio de proporcionalidad en sentido estricto, según el cual los sacrificios en materia de derecho y libertades deben corresponderse con las ventajas que con tales sacrificios se pretenden obtener.

La extradición, desde luego, es un mecanismo que comporta enormes sacrificios en materia de derechos y libertades, tanto de índole personales y familiares como patrimoniales. Así las cosas, en los casos de estos delitos de poca monta o de bagatela, todos esos sacrificios no se corresponden con las ventajas que con tales sacrificios se pretenden obtener.

g. *Postulado de la conmutación de la pena capital y de la pena de prisión perpetua o de cualquier otra pena cruel, inhumana o degradante.* Este postulado, en el ordenamiento jurídico colombiano, se encuentra consagrado en el artículo 494, inciso 3, del Código de Procedimiento Penal. Así las cosas, si el delito que motiva a la extradición, según la legislación del Estado requirente, acarrea la pena de muerte o la prisión perpetua o cualquier otra pena cruel, inhumana o degradante, la extradición únicamente se podrá conceder sometida a la condición de que dicha pena se sustituya o se conmute.

Referencias

- Adorno, T., y Horkheimer, M. (1969). *La sociedad. Lecciones de sociología*. Buenos Aires: Proteo.
- Aftalión, E. R., Vilanova, J., y Raffo, J. (1999). *Introducción al derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

- Alexy, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2001). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Althusser, L. (1976). *Idéologie et appareils idéologiques d'État (Notes pour une recherche)*. En L. Althusser, *Positions (1964-1975)* (pp. 67-125). Paris: Les Éditions sociales.
- Alvear, J. (2013). *La libertad moderna de conciencia y religión*. Madrid: Marcial Pons.
- Aristóteles. (1967). *Política. Obras completas*. Madrid: Aguilar.
- Aristóteles. (2007). *Ética Nicomaquea*. México D.F.: Porrúa.
- Arrieta, E. (2015). Justicias alternativas e injusticias alternas: crítica de la justicia ordinaria en períodos de transición. En A. Duque, *Perspectivas y retos del proceso penal* (pp. 287-328). Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Arrieta, E. (2016a). Psicología y derecho en Colombia: una relación reflexiva. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 171-206.
- Arrieta, E. (2016b). Ciudadanías en transición: las víctimas del entretanto. En E. Arrieta, *Conflicto armado, justicia y memoria Tomo 2. Derecho y transiciones hacia la paz* (pp. 57-114). Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Arrieta, E. (2017). El sistema penitenciario y carcelario en Colombia: continuidades y discontinuidades foucaultianas. En A. Ruiz, y D. Rincón, *Michel Foucault: discurso y poder* (pp. 197-234). Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Arrieta, E., y Duque, A. (2018). Una crítica a la crítica en contra del funcionalismo penal sistémico. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 13-47.
- Austin, J. (2002). *El objeto de la jurisprudencia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Baratta, A. (2004). *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Bauman, Z., y May, T. (2001). *Thinking Sociologically*. Malden: Blackwell Publishing.
- Beccaria, C. (1797). *Dei delitti e delle pene dizione novissima in quattro tomi*. Tomo primo. Bassano: A spese Remondini di Venezia.
- Becker, G. (1968). Crime and punishment: an economic approachy. *Journal of Political Economy*, 169-217.

- Becker, H. (1997). *Outsiders: Studies In The Sociology Of Deviance*. New York: The Free Press.
- Bernal, J., y Montealegre, E. (2004). *El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio. Tomo I*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, C. (2005a). *El derecho de los derechos. Escritos sobre aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, C. (2005b). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bernal, C. (2002). El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. En J. Vega, y E. Corzo, *Instrumentos de tutela y justicia constitucional* (pp. 51-74). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bettioli, G. (1965). *Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Temis.
- Beuchot, M. (2000). *Tratado de hermenéutica analógica. Hacia un nuevo modelo de interpretación* (2a ed.). México: Universidad Nacional Autónoma de México/Itaca.
- Binding, K. (1977). *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*. Buenos Aires: Depalma.
- Birnbaum, J. (2010). Sobre la necesidad de una *lesión de derechos para el concepto de delito*. Buenos Aires: B de F.
- Bix, B. (2009). *Diccionario de teoría jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Borges, J. L. (1999). *Cartas del fervor: correspondencia con Maurice Abramowicz*. Barcelona: Galaxia Gutemberg.
- Bourdieu, P. (1986). La force du droit: Eléments pour une sociologie du champ juridique. *Actes de la recherche en sciences sociales*. (64), 3-19.
- Bunge, M. (2004). *La investigación científica. su estrategia y su filosofía*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Bustos, J. (1984). *Manual de derecho penal español. Parte general*. Barcelona: Ariel.
- Bustos, J. (1997). *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Trotta.
- Bustos, J. (2008). *Derecho penal. Tomo I. Fundamentos del Derecho Penal y de la teoría el delito y el sujeto responsable*. Bogotá: Leyer.
- Bustos, J. (2012). *Control social y sistema penal*. Bogotá: Temis.
- Carnelutti, F. (2000). *La prueba civil*. Buenos Aires: Depalma.
- Carnelutti, F. (2008). *Teoría general del delito*. Madrid: Reus.
- Carnelutti, F. S. (2004). *Sistema de derecho procesal civil*. Tomo I. Buenos Aires: UTEHA.
- Cerezo, J. (2008). *Derecho Penal. Parte General*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF.
- Coing, H. (1982). *Historia del derecho y dogmática jurídica*. *Revista Chilena de Derecho*, 245-257.
- Compte-Sponville, A. (2005). *Pequeño tratado de las grandes virtudes*. Barcelona: Paidós.
- Cotterrell, R. (1991). *Introducción a la sociología del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Courtis, C. (2006). El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática. En C. Courtis, y M. Atienza, *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* (pp. 105-156). Madrid: Trotta.
- Creus, C. (1992). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Astrea.
- Cuello, E. (1956). *Derecho penal*. Barcelona: Bosch.
- Dahn, G., y Schaffstein, F. (2011). ¿Derecho penal liberal o derecho penal autoritario? Buenos Aires: Ediar.
- Del Vecchio, G. (1971). *Los principios generales del derecho*. Barcelona: Bosch.
- Díez, L. (1993). *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Duque, A. (2015). Delitos de peligro y proceso penal: condicionamientos dogmáticos en las formas jurídico penales. En A. Duque, y R. Molina, *Perspectivas y retos del proceso penal* (pp. 82-101). Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Fattah, E. (2000). Victimology: Past, Present and Future. *Criminologie*, 17-46.
- Feijóo, B. (2007). Sobre la “administrativización” del derecho penal en la “sociedad del riesgo”. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI. *Derecho penal contemporáneo*, 101-152.
- Fernández, J. (2011). *Derecho penal, parte general. Principios y categorías dogmáticas*. Bogotá: Ibáñez.
- Ferrajoli, L. (1995a). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (1995b). El derecho penal mínimo. En J. Bustos, *Prevención y teoría de la pena*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur.
- Ferrajoli, L. (2001). Derechos fundamentales. En L. Ferrajoli et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (pp. 19-139). Madrid: Trotta.

- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Ferri, E. (2004). *Sociología criminal, Tomo I*. Madrid: Centro Editorial de Góngora.
- Feuerbach, J. (1989). *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Fiandaca, G., y Musco, E. (2006). *Derecho Penal. Parte general*. Bogotá: Temis.
- Foucault, M. (1975). *Surveiller et Punir: Naissance de la prison*. Paris: Gallimard.
- Foucault, M. (2001). Le sujet et le pouvoir. En M. Foucault, *Dits et Écrits 1954 - 1988. II 1970 - 1975* (pp. 1041-1062). Paris: Gallimard.
- Foucault, M. (2013). *La société punitive. Cours au Collège de France. 1972 - 1973*. Paris: EHESS/Gallimard/Seuil.
- Foucault, M. (2015). *Théories et institutions pénales. Cours au Collège de France. 1971 - 1972*. Paris: EHESS/Gallimard/Seuil.
- García, E. (1995). *Introducción al estudio del derecho*. México D.F: Porrúa.
- Garland, D. (2001). *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*. New York: Oxford University Press.
- Gascón, M., y García, A. (2005). *La argumentación en el derecho*. Lima: Palestra.
- Gaviria, M. (2012). *Aproximaciones a la historia del derecho en Colombia*. Historia y Sociedad, 131-156.
- Giddens, A. (2006). *Sociology*. Cambridge: Polity Press.
- Gimbernát, E. (1990). *Estudios de derecho penal. ¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?* Madrid: Tecnos.
- Gimbernát, E. (2009). *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*. Madrid: Tecnos.
- Gimbernát, O. (2007). Presentación. En R. Hefendehl, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamentos de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons.
- Goldman, D. (2017). Análisis económico del derecho penal y derecho penal liberal: confluencias y bifurcaciones. *Revista Derecho Penal y Criminología*, 13-74.
- Gómez, N. (2002). *Escolios a un texto implícito. Selección*. Bogotá: Villegas Editores.
- Grondin, J. (2006). *L'herméneutique*. Paris: Presses Universitaires de France.
- Guastini, R. (2011). *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Hart, H. (1998). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Hassemer, W. (1999). *Persona, mundo y responsabilidad*. Bogotá: Temis.
- Heidegger, M. (1999). *Ontología. Hermenéutica de la facticidad*. Madrid: Alianza.
- Hohfeld, W. (2001). *Conceptos jurídicos fundamentales*. México D. F.: Fontamara.
- Hume, D. (1896). *A Treatise of Human Nature, III*. Oxford: Clarendon Press.
- Ihering, R. (1880). *L'esprit du Droit Romain dans les diverses phases de son développement, Tome III*. Paris: A. Marescq, Ainé.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal. Parte general* (Segunda ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Jakobs, G. (1998). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Madrid: Civitas.
- Jakobs, G. (2003). ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? En E. Montealegre Lynett, *El funcionalismo en derecho penal* (pp. 39-57). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, G. (2007). La pena estatal: significado y finalidad. En E. Montealegre, *Derecho penal y sociedad* (Vol. Tomo I, pp. 13-62). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, G. (2016). Culpabilidad jurídico- penal y "libre albedrío". En K. Ambos, J. Zuluaga, y M. Böhm, *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania* (pp. 83-93). Göttingen: Göttingen University Press.
- Jescheck, H., y Weigend, T. (2002). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Granada: Comares.
- Jiménez, L. (1945). *La ley y el delito*. Caracas: Andrés Bello.
- Jiménez, L. (1957). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Losada.
- Kant, I. (1996). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Barcelona: Ariel.
- Kant, I. (2007). *Crítica de la razón pura*. Buenos Aires: Losada.
- Kaufmann, A. (1997). *Filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Kelsen, H. (1995a). *Teoría general del derecho y del Estado*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kelsen, H. (1995b). *Teoría pura del derecho*. México: Porrúa.
- Larrauri, E. (2018). *Introducción a la criminología y al sistema penal*. Madrid: Trotta.
- Lombroso, C. (1897). *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia alla giurisprudenza ed alla psichiatria*. Torino: Fratelli Bocca.
- López, H. (2004). *Procedimiento civil, parte especial*. Bogotá: Dupre Editorios.
- Maggiore, G. (2000). *Derecho penal*. Bogotá: Temis.

- Márquez, Á. (2011). La victimología como estudio. Redescubrimiento de la víctima para el proceso penal. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, 27-42.
- Maurach, R., y Zipf, H. (1994). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Astrea.
- Mayer, M. (2000). *Normas jurídicas y normas de cultura*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Mezger, E. (1985). *Derecho Penal*. México: Cardenas Editor.
- Mir, S. (2005). *Derecho Penal. Parte General*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF.
- Molina, F. (2002). *Responsabilidad jurídica y libertad. Una investigación sobre el fundamento material de la culpabilidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Molina, R. (2012). *La conformidad en el proceso penal*. Bogotá: Universidad de los Andes, Grupo Editorial Ibáñez, Universidad Pontificia Bolivariana.
- Moya, M. (2017). Fundamentos de la semiótica jurídica. Hacia una semiótica del Derecho penal. *Revista Derecho Penal y Criminología*, 179-206.
- Muñoz, F., y García, M. (2015). *Derecho penal parte general*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Nietzsche, F. (2003). *El viajero y su sombra*. En *Obras inmortales*, Tomo I.
- Noguera, R. (2005). *Elementos de filosofía del derecho*. Bogotá D.C: Universidad Sergio Arboleda.
- Ortega y Gasset, J. (1983a). El hombre y la gente. En *Obras completas, Tomo VII* (pp. 69-272). Madrid: Alianza-Revista de Occidente.
- Ortega y Gasset, J. (1983b). Historia como sistema. En *Obras completas, Tomo VI* (pp. 11-50). Madrid: Alianza.
- Ortega y Gasset, J. (1998a). El espectador II. En *Obras completas, Tomo II* (pp. 127-223). Madrid: Alianza.
- Ortega y Gasset, J. (1998b). A una edición de sus obras. En *Obras completas, Tomo VI* (pp. 342-354). Madrid: Alianza.
- Ortega y Gasset, J. (2004). ¿Qué es filosofía? México: Porrúa.
- Ortega y Gasset, J. (2005). El tema de nuestro tiempo. En J. Ortega y Gasset, *Obras completas. Tomo III* (1917 - 1928) (pp. 561-565). Madrid: Taurus.
- Peñaranda, E. (2000). Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito. *Doxa*, 289-322.
- Perelman, C. (1964). *De la justicia*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Prieto, R. (2005). *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid: Trotta.

- Reale, M. (1993a). *Introducción al derecho*. Madrid: Pirámide.
- Reale, M. (1993b). *Teoría tridimensional del derecho*. Madrid: Tecnos.
- Reyes, A. (2017). *Derecho penal*. Bogotá: Temis.
- Ross, A. (1997). *Sobre el concepto de derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- Roxin, C. (2000). *Política criminal y sistema del derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Roxin, C. (2001). *Derecho penal, parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas.
- Roxin, C. (2006). *Derecho penal. Parte General*. Madrid: Civitas.
- Roxin, C. (2012). El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. *Indret*, 1-25.
- Ruiz, A. (2013). Hacia una justicia sin derecho: la justicia de la memoria. *Cuadernos de Filosofía Latinoamericana*, 39-64.
- Sancinetti, M. (2004). *Teoría del delito y disvalor de acción*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Schünemann, B. (1996). *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Silva, J. (1999). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas.
- Silva, J. (2012). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF.
- Solano, H. (2008). Nociones introductorias a un curso de Derecho Penal - Parte general. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 38(109), 323-363.
- Solano, H. (2012a). *Pulimento raciovitalista del concepto de derecho*. Medellín: Díké.
- Solano, H. (2012b). El ius puniendi desde la perspectiva de los conceptos jurídicos fundamentales. En R. L. Molina López, *Lecciones de Derecho Penal, Procedimiento Criminal y Política Criminal* (pp. 183-205). Bogotá: Biblioteca Jurídica Díké.
- Solano, H. (2016). *Introducción al estudio del derecho*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Solano, H. (2018). La estafa en los negocios jurídicos con objeto ilícito. Un pretexto para una propuesta metodológica. En A. F. Duque Pedroza, y R. Molina López, *Temas de Derecho penal económico y patrimonial* (pp. 13-63). Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.

- Soria, M., Garrido, E., Rodríguez, R., y Tejedor, D. (2006). *Psicología jurídica: un enfoque criminológico*. Madrid: Delta.
- Sotomayor, J., y Gallego, G. (1999). Las circunstancias agravantes del homicidio imprudente en el Código Penal Colombiano. *Nuevo Foro Penal*, 35-57.
- Stratenwerth, G. (2008). *Derecho Penal. Parte General I*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Supiot, A. (2005). *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*. Paris: Seuil.
- Vargas, A. (1991). *Estructura básica del proceso penal colombiano*. Medellín: Señal Editora.
- Velásquez, F. (2007). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Medellín: Comlibros.
- Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal. Parte General*. Medellín: Comlibros.
- Velásquez, F. (2017). *Fundamentos de derecho penal parte general*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda y Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Von-Liszt, F. (1999). *Tratado de Derecho Penal* (Vol. 1). Madrid: Reus.
- Wacquant, L. (2010). *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Barcelona: Gedisa.
- Welzel, H. (1956). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Depalma.
- Welzel, H. (2002). *Derecho penal alemán*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Widow, F. (2015). La ley de Hume en Hume: la discusión de la interpretación analítica de Treatise III, 1, i. *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, 415-434.
- Wróblewski, J. (2001). *Sentido y hecho en el derecho*. México: Fontamara.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A., y Slokar, A. (2002). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A., y Slokar, A. (2005). *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Temis.

 Universidad Pontificia Bolivariana	SU OPINIÓN	
<p>Para la Editorial UPB es muy importante ofrecerle un excelente producto. La información que nos suministre acerca de la calidad de nuestras publicaciones será muy valiosa en el proceso de mejoramiento que realizamos. Para darnos su opinión, comuníquese a través de la línea (57)(4) 354 4565 o vía e-mail a editorial@upb.edu.co. Por favor adjunte datos como el título y la fecha de publicación, su nombre, e-mail y número telefónico.</p>		

Esta obra se publicó en archivo digital
en el mes de septiembre de 2019.

Este texto, *Temas de derecho penal. Teoría general del derecho penal*, —que se encuentra dirigido tanto a quienes se aproximan por vez primera al mundo jurídico penal, como a quienes se han enfrentado ya a un análisis riguroso del mismo— se ocupa, en primer lugar, de los saberes y las perspectivas penales; en segundo lugar, del derecho penal en sentido subjetivo; y, en tercer y último lugar, del derecho penal en sentido objetivo. Constituye, pues, un texto en el que se abordan cuestiones relativas a una introducción a la parte general del derecho penal.



ISBN: 978-958-764-724-2
<https://repository.upb.edu.co/>