

# EL DERECHO PENAL EN LATINOAMÉRICA

*José Fernando Botero Bernal*

En Latinoamérica se está dando el fenómeno creciente de la adopción de un Derecho Penal carente de sustrato democrático y altamente arbitrario. Para enfrentar lo anterior —a juicio de este docente de la Universidad de Medellín, Colombia— es menester que la persona de la calle sea partícipe en la conformación de un sistema más racional, que tenga como finalidades no sólo el limitar ese ejercicio punitivo, sino también garantizar un ámbito creciente de libertades para el propio ciudadano.

## I. INTRODUCCIÓN

Las sociedades contemporáneas de centro y sur de América,<sup>1</sup> por lo menos sus ciudades centrales,<sup>2</sup> se caracterizan por un crecimiento desmesurado y desorganizado, en donde las relaciones entre las personas pasaron de ser directas y conocidas a ser indirectas

<sup>1</sup> En adelante se habrá de referirse a ellas como sociedades de la periferia. Dejando en claro que no son las únicas que admiten ese calificativo; por ejemplo, las sociedades africanas, incluso algunas asiáticas pueden llamarse así. La locución periferia significa aquellas sociedades que reciben —léase se les impone— del centro —sociedades desarrolladas—, de un lado una determinada forma de percibir y comprender la realidad —conocimiento en un sentido muy amplio—, y de otro un determinado sistema económico y político. Debe destacarse que en la actualidad el sistema económico determina tanto esa forma de percibir y comprender la realidad como el sistema político.

<sup>2</sup> Las ciudades centrales de la periferia son ciudades que pueden ser calificadas de acopia, ello es, son urbes que se caracterizan por recibir personas de otras regiones, de manera definitiva, temporal o de tránsito. Situación que aumenta lo que se habrá de llamar contactos anónimos.

y anónimas.<sup>3</sup> Es decir, otrora las relaciones al interior de las sociedades eran entre personas que se reconocían como tales en los demás, de manera que ellas sabían qué esperar de cada uno o, con otras palabras, era previsible, en cierto grado, el actuar entre ellas. Por el contrario, hoy las relaciones entre las personas son anónimas, lo que conduce a que éstas sustituyan ese conocimiento directo de los demás por el hecho de ver en éstos ya no a personas<sup>4</sup> sino a anónimos seres portadores de un determinado papel, del cual se deriva, normativamente, una determinada conducta.<sup>5</sup>

Asimismo, esas sociedades de la periferia<sup>6</sup> además de presentar “contactos anónimos”, se caracterizan por la “exclusión”<sup>7</sup> entre y de sus miembros. Ello es a partir de una homogeneización simbólica de intereses<sup>8</sup> mediante la utilización de ese medio central de conocimiento y protección llamado Derecho, que excluye a todos aquellos que no participen de esos intereses supuestamente comunes a una sociedad, conformándose así “nuevos ghettos o áreas de exclusión y marginalidad, junto a los barrios cerrados o urbanizaciones custodiadas”<sup>9</sup>. Y quienes habitan esos sectores se convertirán en la “clientela”

<sup>3</sup> “La sociedad posibilita cada vez más los contactos relativamente anónimos, es decir, aquellos en los que el alcance del deber de los participantes verdaderamente está determinado por su rol...” (Jakobs, Günther. *La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente*, (trad. Teresa Manso Porto), Bogotá, Externado de Colombia, 2000, p. 10, *infra*).

<sup>4</sup> En adelante cuando se habrá de tratar como sinónimos persona, ser humano, individuo, ello debido al fundamento filosófico sobre el cual descansa el presente escrito: personalismo ontológico.

<sup>5</sup> Convirtiendo al Ser humano —hombre o persona o individuo- en un ser determinado normativamente, es decir, carente de libertad.

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

<sup>7</sup> Tema que sirve de nombre a una corriente criminológica contemporánea: *El paradigma de la sociedad excluyente* (Zygmunt Bauman y Linebaugh). Sobre ello, véase un corto y conciso resumen en Pérez Pinzón, Álvaro Orlando y Pérez Castro, Brenda Johanna, *Panorama de las ideas criminológicas de la actualidad*, en Reyes Alvarado, Alfonso *et al.*, *Dogmática y Criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo*, Bogotá, Legis, 2005, pp. 472 *supra* a 476.

<sup>8</sup> Luhmann, Niklas, *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica* (trad. Ignacio de Otto Pardo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 45, numeral 1.

<sup>9</sup> Bergalli, Roberto, “Libertad y seguridad: un equilibrio extraviado en la modernidad tardía”, en Losano, Mario y Muñoz Conde, Francisco (coords.), *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*. “Cedant arma togae”. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 70.

del sistema penal. Debe llamar la atención cómo las sociedades de la periferia se presentan sectorizadas en atención a sus intereses que vienen condicionados por su formación intelectual, por su forma de concebir la vida o incluso por sus antecesores. Uno de esos sectores, el hegemónico, propende por esa homogeneización de intereses.<sup>10</sup>

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

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

<sup>11</sup> Definición realista de ese concepto vago llamado terrorismo, el cual es utilizado por el poder, en especial el punitivo, para incrementar su vigilancia y castigo. Tal definición es brindada por el penalista argentino, Magistrado de la Corte Suprema de la Nación Argentina, profesor Zaffaroni, Eugenio Raúl, *La legitimación del control penal de “extraños”*, en Reyes Alvarado, *op. cit.*, p. 626.

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

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

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

Para la funcionalidad de las ya aludidas formas de respuesta estatal a la realidad de las sociedades de la periferia, respuestas que pueden combinarse entre sí, es menester hacer comprensible a la noción “persona” como protagonista de los problemas sociales. Noción que, al menos en la región jurídico-penal, admite dos concepciones opuestas entre sí: de un lado, aquella que comprende a la persona como todo ser humano real o simplemente como persona real<sup>14</sup> de carne y hueso condicionada cultural, social y económicamente, es decir, una concepción naturalística; y del otro lado, como un ser normativamente configurado, ello es, una concepción normativista.<sup>15</sup> Postura ésta para la cual las relaciones<sup>16</sup> en las sociedades de hoy vienen estableci-

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

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

<sup>16</sup> Dado el influjo dominante hoy en día en las sociedades, tanto del centro como de la periferia, se ha venido reemplazando cualquier terminología que aluda a las per-

das normativamente, convirtiéndose la norma en el medio más expedito tanto de conocimiento como de protección de y frente a los demás, así como la manera de imponer una serie de “contenidos éticos”<sup>17</sup> que posibilitan esa homogeneización simbólica de intereses.

De cara a lo expuesto hasta el momento, se habrán de tratar dos puntos dependientes entre sí: (a) el relativo a las formas de respuesta estatal a los problemas sociales, y (b) el atinente a la noción de persona, en tanto que protagonista de la realidad de las sociedades de la periferia, o lo que es lo mismo como protagonista de los problemas sociales para luego proceder a establecer a la persona real que la respuesta estatal privilegia, y cómo se configuraría el saber penal desde ella para brindar respuestas a la realidad de las sociedades de la periferia.

## II. MODELOS DE RESPUESTAS ESTATALES A LOS PROBLEMAS SOCIALES

### 1. *Introito*

Como ya se anotó, al interior de las sociedades de la periferia, e incluso las centrales, quienes las componen, las personas reales de carne y hueso, expresan intencionalidades que entran en conflicto entre sí, generando conflictos sociales,<sup>18</sup> lo cual es de frecuente ocurrencia en las sociedades pluralistas.<sup>19</sup>

sonas reales —concretas, de carne y hueso— por otras que favorecen el anonimato, es por ello que se habla de *contactos* y no de *relaciones*, de *expectativas normativas* y no de *comportamiento que se esperan de personas reales*, etcétera.

<sup>17</sup> Ello posibilita esa “universalización impositiva de contenidos éticos a través del Derecho” (João Mauricio Adeodato). Sobre el tema véase Adeodato, João Mauricio, *La pretensión de universalización del Derecho como ambiente ético común*, en Losano y Muñoz Conde, *op. cit.*, pp. 99-108.

<sup>18</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl y Pierangeli, José Enrique, *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral, Revista dos tribunais*, São Paulo, 2004, pp. 60 *infra* y ss. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, México, Cárdenas ed., 1986, p. 22. Zaffaroni *et al.*, *Manual de DP. Parte General, op. cit.*, p. 277. Así también, desde una postura legitimante del Derecho Penal: Muñoz Conde, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1975, p. 11. Se debe acotar que se parte, en el presente escrito, de un modelo de sociedad conflictiva: un grupo de personas que coexisten en libertad de acción e interactúan estableciendo así relaciones de conflicto y de cooperación.

<sup>19</sup> No es menester que ese pluralismo sea reconocido por el Estado —por ejemplo artículo 11 de la Constitución Política colombiana, artículo 1 de la Constitución

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

Los problemas sociales deben generar una respuesta tanto de las personas como del Estado.<sup>20</sup> En cuanto hace a aquéllas, la respuesta será informal, sea negativa —rechazo social— o positiva —la aceptación—. Y en lo que hace a éste, la respuesta será formal (o de coerción jurídica). Esa respuesta formal puede asumir dos formas excluyentes entre sí pero que admiten ser conjugadas, a saber: (a) una de conciliación, reparación y/o restitución, y (b) otra punitiva.

## 2. Modelo punitivo

El modelo punitivo (pena), que de suyo es violento,<sup>21</sup> se ejerce por medio del sistema penal.<sup>22</sup> Por consiguiente, éste se presenta como un

Federal de Brasil—, basta que las personas que componen la sociedad tengan y expresen individualidades diferentes, es decir, intereses disímiles entre sí.

<sup>20</sup> Por ejemplo, Ambos, Kai. *Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional*, en Ambos, Kai, *Estudios de Derecho Penal Internacional*, Bogotá, Leyer, 2005, p. 74.

<sup>21</sup> Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal y control social*, Jerez, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 14. Dicho texto tiene una segunda edición: Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal y control social*, col. *Monografías Jurídicas* 98, Bogotá, Temis, 1999, p. 4. Realmente lo violento no es tanto el Derecho Penal como el poder punitivo. Ahora, una asimilación entre poder punitivo y Derecho Penal debe conducir a la aseveración que éste es violento.

<sup>22</sup> Ese sistema, de cara a la realidad que vive América Latina, es ilegítimo en tanto que “reproduce la violencia, es ilegítimo porque actúa selectivamente, que funciona dejando en la impunidad la mayoría de los comportamientos que le son encargados o aquellos que pese a su gravedad no forman parte del sistema; en fin, que administra —petrifica en el tiempo— los ilegalismos, pero no los combate”. Martínez Sánchez, Mauricio, *Política Criminal, Justicia Penal y Constitución Política de 1991. La violación de los principios rectores y de los derechos fundamentales*, Bogotá, Temis,

programa punitivo configurado por el Estado<sup>23</sup> y cuya creación, aplicación y ejecución comporta un ejercicio real del poder punitivo.

Ahora el plurimencionado sistema penal, en tanto que conjunto de ideas sobre un mismo ente:<sup>24</sup> la pena, aparece en lo que respecta a su idea principal, en varios momentos:<sup>25</sup> (a) cuando es creada, hablándose entonces de una “criminalización primaria”; luego (b) con su aplicación, en donde se alude a una “criminalización secundaria” y, por último, (c) con su ejecución, originándose una “criminalización terciaria”. O dicho de otro modo, cuando se hace referencia a la criminalización primaria se entiende la creación de leyes punitivas que se suelen denominar penales —formal y materialmente punitivas—, o que sin serlo tienen un contenido punitivo (penal) —materialmente punitivas—, cuya función es la criminalización de un grupo de personas encubierta por la criminalización de conductas. Asimismo, por criminalización secundaria se comprende la función punitiva que recae sobre unas personas determinadas y por criminalización terciaria se alude a la ya mencionada función punitiva que se ejerce, desde la ejecución de la pena, sobre unas personas concretas.

Esos momentos como su desarrollo —ejercicio del poder punitivo— han sido enmarcados bajo el nombre de sistema punitivo, y la

1999, p. 2. El comentario entre líneas no propio del texto original. Asimismo, de manera más general, Baratta, Alessandro. *Derechos Humanos: Entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos*, en Baratta, Alessandro, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, Buenos Aires, B de F, 2004, p. 340 *infra* a 348, artículo éste que se halla publicado en *Nuevo Foro Penal* 46 (octubre a diciembre 1989); pp. 447-452.

<sup>23</sup> Así, Busto Ramírez, Juan y Hormazábal Malarée, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal*, v. I, Madrid, Trotta, 1997, p. 29. Busto Ramírez, Juan J. y Hormazábal Malarée, Hernán. *Nuevo sistema de Derecho Penal*, Madrid, Trotta, 2004, p. 25. Zaffaroni *et al.*, *op. cit.*, pp. 5-7. Tales modelos son configurados por personas reales en ejercicio del poder —*el poder y con él el punitivo no se tiene se ejerce*. Entre esos modelos, el punitivo, por ser un hecho irracional, de un lado, carece de autolimitantes reales, concretos, y de otro lado no admite limitantes externos; el poder punitivo es un poder fáctico. Por lo tanto la tarea frente a él es contenerlo y reducirlo y en la medida en que se avance en esa contención y reducción los principios limitantes —el de acto, el de lesividad— se irán desarrollando en plenitud.

<sup>24</sup> Kant, Immanuel, *Crítica de la Razón Pura*, t. II, (trad. José Rovira Armengol), Bogotá, Universales, 1987, p. 397, en donde define al sistema como “la unidad de diversos conocimientos bajo una idea”.

<sup>25</sup> Por todos para América latina, Sandoval Huertas, Emiro, *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Temis, 1989, p. 5 *infra* a 6 *supra*.

funcionalidad de éste reside en ser presentado tanto por quienes lo ejercen como por los medios de comunicación, como el método más eficaz para prevenir y controlar el delito, cuyo sustrato material vendría dado por esa serie de conflictos sociales, cuya operatividad exige de las personas que cedan parte de su intimidad —libertad— o, lo que es lo mismo, frente a la problemática social se debe recurrir necesariamente al “Derecho Penal”.<sup>26</sup>

Sin embargo, de un lado la afirmación realizada en precedencia se fundamenta en un sofisma: el poder punitivo crea esa noción llamada “delito”, la cual habrá de generar inseguridad en las personas y él mismo (o sea el Derecho Penal) se muestra, y lo muestran, como el medio más eficaz para prevenir y controlar lo que ha originado: es decir, al delito. Se presenta así un círculo vicioso donde lo único con existencia real es el ejercicio del poder punitivo. Este círculo asume una gran importancia en las sociedades de la periferia, donde la persecución del “delito” es de las pocas fuentes de legitimidad para la política partidista y, en consecuencia, para quienes la ejercen.<sup>27</sup>

Por consiguiente, esa inseguridad que legitima la intervención del sistema penal se deriva no tanto de los conflictos sociales como de la denominación de “delito” que a esos conflictos le ha brindado el poder punitivo. O dicho con otras palabras, a la persona real se le quiere mostrar como verdadero y único lo que simplemente es un método más para abordar los conflictos sociales. Se reitera, la respues-

<sup>26</sup> Léase el poder punitivo.

<sup>27</sup> Sobre el particular se ha aseverado: “Hoy en día, con un Estado debidamente debilitado, para la mayoría de los políticos, es casi un sueño no verse involucrados con la ley, particularmente con el Derecho Penal. La explicación probablemente resulte obvia en este punto: quedan muy pocos campos para el lucimiento a nivel nacional, para los políticos como figura política, y para la política de partido. Con la economía fuera de la política, sin el dinero de los impuestos para un reforma social, en una sociedad en la que el monopolio está sólidamente establecido y donde incluso las políticas extranjeras militares carecen de interés, debido a la culminación de la guerra fría, en dicho sistema el delito se convierte en el principal escenario para lo que queda de la política [...] Lo que se define como control del delito, llega, por lo tanto, a cobrar una abrumadora importancia. Los encargos de los estados debidamente debilitados demuestran su mérito. El delito se torna indispensable para imprimirle legitimidad a ese estado débil” (Christie, Nils, *El Derecho Penal y la sociedad civil peligrosas de la sobrecriminalización*, en AAVV *Memorias de XX jornadas internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 51-52 *supra*).

ta punitiva es un simple método para abordar los problemas sociales que se plantean en la realidad.<sup>28</sup>

Y de otro lado, lo expuesto en precedencia no quiere significar que se deba renunciar al Derecho Penal, correctamente entendido, sino que se debe proceder a su replanteamiento,<sup>29</sup> para que en vez de ser utilizado como legitimador de ese dato fáctico llamado poder punitivo, que como hecho no es posible abolirlo discursivamente y no admite, desde él, ningún límite, se convierta en un instrumento que posibilite la contención y reducción del ejercicio del tantas veces aludido poder punitivo.<sup>30</sup>

### 3. Modelo de reparación y/o restauración

Esta respuesta del Estado, a diferencia de la anterior cuya operatividad supone la exclusión real de quienes son los protagonistas del conflicto social, implica la presencia, igualmente real, de quienes intervinieron en el conflicto social para brindar una solución: sea ella la restitución y/o la reparación del daño generador de aquel conflicto. En ese sentido, ella privilegia a la persona real. En consecuencia, esta respuesta es racional y debe convertirse en la regla general para los problemas sociales, siendo la respuesta punitiva residual.

Si bien este modelo de respuesta es propio del Derecho Privado, en la región jurídico-penal se ha venido planteando “la justicia restaurativa”, la cual, evitando su utilización por el poder punitivo, sería un ejemplo de un modelo reparador.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> Husserl, Edmund, *Crisis de las ciencias europeas y la fenomenología trascendental*, Madrid, 1976, p. 52, donde afirma: “las vestiduras de las ideas es lo que nos lleva a tomar como verdadero lo que es un método”.

<sup>29</sup> En ello reside la importancia de la obra del profesor Zaffaroni, separar poder punitivo y Derecho Penal, configurando, desde la dimensión política, un Derecho Penal de contención y reductor del poder punitivo. Sobre el particular véase su obra más acabada: Zaffaroni, Eugenio Raúl *et al.*, *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000 —hay una segunda edición de 2002—, asimismo Zaffaroni *et al.*, *Manual de DP...*, *op. cit.*, 2005.

<sup>30</sup> Propuesta ésta que ya había sido formulada por Franz von Liszt, pero no de manera gratuita no fortuita hoy en día viene siendo alejada al exigir que la política criminal, entendida como poder punitivo, “oxigene” al Derecho Penal.

<sup>31</sup> Sobre el particular es muy didáctico Mojica Araque, Carlos Alberto y Molina López, Carlos Andrés, *Justicia restaurativa. Hacia una nueva visión de la justicia penal*,

#### 4. Colofón

De cara a lo señalado, el modelo punitivo, al contrario del reparador, es excluyente de quienes son los protagonistas del conflicto social. Exclusión que se realiza, muchas veces, por “la incapacidad del estatal para resolver su conflictividad social”<sup>32</sup>

El modelo punitivo opera dejando suspendido en el tiempo los conflictos sociales, para que sea aquél quien brinde la solución. En conclusión, el modelo punitivo no resuelve nada. Es la expresión de un simple método de suyo irracional, que se caracteriza por la verticalidad en la imposición de sus determinaciones —pena—. Determinaciones que nada solucionan, sino que simplemente legitiman el poder punitivo.

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

Sólo cuando las personas se ven mutuamente como persona reales, y no simplemente portadores de papeles de los cuales surgen una serie de obligaciones,<sup>33</sup> se iniciará el camino por una solución real y no simbólica de sus problemas. E igualmente se comenzará a poner fin a esa homogenización simbólica excluyente, y se le reemplazará por una aceptación de la diversidad en dialogo.

### III. NOCIONES PARA COMPRENDER A LA PERSONA

#### 1. Introducción

Como se acotara, los conflictos sociales tienen unos protagonistas: personas. Esa aseveración no genera, en principio, ningún problema. El mismo surge cuando se plantea la pregunta: ¿qué es la persona?<sup>34</sup>

Medellín, Universidad de Medellín, 2005, pp. 30 y ss. Lo que debe generar mucha atención y cuidado es el configurar la justicia restaurativa no para (re)legitimar el modelo punitivo —poder punitivo— sino para plantear un modelo reparador en materia penal.

<sup>32</sup> Zaffaroni *et al.*, *Manual...*, *op. cit.*, p. 7, §2, numeral 3 *infra*.

<sup>33</sup> En términos funcionalistas: generadores de expectativas sociales.

<sup>34</sup> Bien se ha afirmado que: “El conocimiento del hombre ha sido una preocupación incesante que transita por la páginas de la historia del pensamiento desde sus

La respuesta a esta interrogante comporta, de un lado, privilegiar una determinada respuesta estatal, y de otro asumir un punto de partida para reconfigurar lo que se debe entender por Derecho Penal.<sup>35</sup>

Buscando una respuesta a la fascinante y compleja interrogante: ¿qué es el hombre?, la Antropología filosófica ha brindado una serie de respuestas y, fundado en ellas, el saber penal ha procedido a configurar sistemáticas del delito. Tanto las respuestas provenientes de esta disciplina como las configuraciones del sistema penal, le han brindado preferencia o bien (a) al individuo,<sup>36</sup> apareciendo por lo tanto las posturas individualistas, acentuadas en la modernidad; o (b) a la sociedad, surgiendo las posturas colectivista —sistémicas—, en donde se destacan las corrientes sociológicas funcionalistas.

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

## 2. Posturas individualistas tradicionales y colectivistas. *Hacia el concepto de persona real*

Las posturas individualistas tradicionales presentaron a un hombre que se perdía en una idea abstracta y sumamente racionalista de él (una persona abstracta), es decir, a un “hombre (persona) del anonimamientos. Siempre le ha interesado al hombre saber quién es. Pero a diferencia de otra clase de conocimiento, el que busca de sí mismo se inscribe en un ámbito eminentemente práctico” (Lucas, Juan de Sahún, *Las dimensiones del hombre. Antropología filosófica*, Salamanca, Sígueme, 1996, p. 17).

<sup>35</sup> No gratuitamente, de un tiempo para acá se ha venido llamando la atención sobre la necesidad de cimentar el Derecho Penal sobre la noción de persona, sobre el qué se entiende por persona. De ahí el porqué cada una de las sistemáticas legitimantes del Derecho Penal —como expresión del poder punitivo— parten de un concepto funcional a su fin, e igualmente la sistemática que separa al Derecho Penal del poder punitivo asume otra. Aquí vale reiterar la afirmación según la cual: *Una teoría del Delito con consistencia interna, es decir, una teoría del autor y de su hecho, tiene que partir hoy en día y también en el futuro de los conceptos “personas” y “lesión jurídica”* (Jakobs, *op. cit.*, p. 16 *infra*).

<sup>36</sup> Se reitera el contenido de la nota número 6: aquí se comprende como sinónimos las locuciones: persona, hombre, individuo, ser humano, salvo que se indique cosa en contrario.

to nihilista<sup>37</sup> de la modernidad. Con base en ese concepto de persona, se configuró un Derecho Penal romántico,<sup>38</sup> en el cual se termina por relegitimar el poder punitivo en aras de proteger a una persona ajena a la realidad.

Para estas posturas, la legitimidad del Estado reside en la protección a la autonomía ética de la persona, debido a que “el Estado es un medio para asegurar el respeto de esta libertad negativa del individuo y su poder pierde legitimidad cuando sobrepasa las barreras inviolables de la autonomía individual”.<sup>39</sup>

Es entonces explicable porqué toda la postura individualista tradicional, en lo que respecta a la configuración del Estado, así como del Derecho Penal, hicieron ingentes esfuerzos en establecer límites al ejercicio del poder, incluido el punitivo. Pero dado su romanticismo, no advirtieron que ese poder es un dato fáctico que desborda cualquier limitante interno, por lo que, en última instancia, terminaron relegitimando el mencionado poder.

Las posturas colectivistas, donde deben ser destacadas las posturas sistémicas o funcionalistas, presentan a una persona anónima que o bien se esconde o es escondida en la alteridad —en la cara de los otros—, o es creada. Debe destacarse, por ejemplo: la propuesta de Günther Jakobs (1937), quien concibe a la persona, siguiendo a Georg Wilhelm Friederich Hegel (1770–1831) y adicionándole conceptos sociológicos propios de Niklas Luhmann (1919–1998), como “representación de una competencia socialmente comprensible”.<sup>40</sup> Es decir

<sup>37</sup> Lucas, *op. cit.*, p. 18.

<sup>38</sup> Aquí se ubica lo que se denomina “escuela” clásica italiana y las posturas alemanas que precedieron a la sistemática clásica alemana en donde se destaca Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach (1775-1833) y Karl Binding (1841-1920), es decir, a Franz von Liszt (1851-1919).

<sup>39</sup> Papacchini, Angelo, *Filosofía y Derechos Humanos*, Santiago de Cali, Universidad del Valle/Facultad de Humanidades, 1995, p. 69.

<sup>40</sup> Jakobs, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional* (trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez), Madrid, Civitas, 2000, p. 51. Sigue en tal punto, de un lado, a Niklas Luhmann, que entiende a la persona como “un sistema autorreferente que tiene en la conciencia y en el lenguaje su propio modo de operación autopoietica” (Luhmann, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, introducción de Ignacio Izuzquiza, (trad. Santiago López Petit y Odrote Schmitz), Barcelona, Paidós/Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1990, pp. 27-77 y ss.) y de otro, a Hegel, *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Claridad, 1968, p. 68 §36 y §38.

que se es persona cuando un ser humano<sup>41</sup> se reconoce y lo reconocen como titular de derechos y obligaciones, con un determinado papel que proviene de la norma.<sup>42</sup> Por lo tanto, persona no es “un resultado de procesos naturales”<sup>43</sup> que originan seres humanos,<sup>44</sup> sino un “producto social”:<sup>45</sup> centro de derechos y obligaciones.<sup>46</sup>

Las respuestas que brindaron y brindarán las posturas filosóficas a la tantas veces mencionada pregunta: ¿qué es el hombre?, fueron unilaterales, creando un dilema que en el fondo no existe, como ya se habrá de indicar y demostrar: es el hombre o es la sociedad. Dicho dilema ha conducido a presentar elaboraciones del sistema penal que, si bien son disímiles en sus postulados, tienen un punto en común: son sistemáticas penales que —en tanto que producto del sistema penal entendido como conjunto de ideas sobre un mismo ente:<sup>47</sup> Derecho Penal— se han realizado sin la persona real y para no personas reales.

En resumen: (a) desde las respuestas individualistas se han configurado sistemáticas del delito con clara preferencia de la persona que no es persona, puesto que a ella se le ha escondido en sí misma olvidando su alteridad y comunicación, configurándose un Derecho Penal desde y para quien no es persona por ausencia de la alteridad y comunicación. (b) Desde las respuestas colectivistas, se han elaborado propuestas donde exagerando la alteridad y comunicación de la persona, se termina por preferir la sociedad o el sistema social, en un sentido radical o moderado, en donde éste subsume a la persona, que es su

<sup>41</sup> El ser humano que aún no es persona es llamado, por Günther Jakobs, el *homo phaenomenon* de Immanuel Kant (1724–1804) [Jakobs, *La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal*, en Jakobs, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, (trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 16].

<sup>42</sup> El ser humano que es persona es denominado, por el autor citado en precedencia, el *homo noumenon* de I. Kant. (*Ibidem*, p. 16.).

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>44</sup> Que, según el autor en mención, serían individuos u *homo phaenomenon*.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>46</sup> Ampliando el tema y referido al Derecho Penal véase Botero Bernal, José Fernando. *Visión crítica de la metodología de las sistemáticas teleológicas en el Derecho Penal. Desde la persona real configuradora del Derecho Penal*, en Velásquez Velásquez, Fernando (coord.)/Ambos, Kai et al., *Derecho Penal liberal y dignidad humana. Libro Homenaje al doctor Hernando Londoño Jiménez*, Bogotá, Temis, 2005, pp.135 *infra*–161 *supra*.

<sup>47</sup> Kant, *op. cit.*, p. 397.

creación, finalizando por configurar un Derecho Penal para quien no es persona real.

En fin, desde cualquiera de las posturas enunciadas se ha configurado un Derecho Penal desde y para quien no es persona real, por omitir alguno de sus caracteres esenciales de ella, bien su alteridad y comunicación o bien su “mismidad” (X. Zubiri) —individualidad—.

### 3. *El concepto de persona real*

La persona real, como configuradora del saber penal, exige que se le plantee con todas sus notas esenciales y no desde el “sí mismo” —individualismo— o desde su alteridad y comunicación exagerada —exagerar esa “relación del yo con el tú, el entre”—.<sup>48</sup> Es decir, ese ámbito “más allá de lo subjetivo donde el yo y tú constituyen su encuentro”:<sup>49</sup> colectivismo.

Por lo tanto, persona real es una totalidad donde se expresa: (a) su individualidad, que se rige por una intencionalidad que orienta el proyecto de vida; (b) su alteridad, que alude a su apertura al mundo para encontrarse con otros “yo”, “llegar a ser con otros en el mundo”,<sup>50</sup> y darse una coexistencia —convivir—, orientada por las individualidades, cada una con una intencionalidad; (c) su comunicación, que hace referencia a la expresión de la individualidad en la alteridad; y (d) su libertad, puesto que la persona real es un ser autónomo que puede “dar norma y dirección a su vida”,<sup>51</sup> libertad que obviamente no puede comprenderse alejada de los condicionamientos culturales, sociales y económicos concretos de la persona real. Así entonces, la persona real tiene una libertad circunstanciada en concreto. Es ella quien configurará su comprensión y la del mundo, la realidad. Y en ese orden de ideas, la del Derecho y en especial la del Derecho Penal.

<sup>48</sup> Lucas, *op. cit.*, p. 117.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 117.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 174 *supra*.

<sup>51</sup> *Idem*.

#### IV. NOCIONES PARA COMPRENDER A LA PERSONA

##### 1. *Palabras previas*

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

En ese sentido, sus presupuestos normativos deben construirse de manera tal que no posibiliten que cualquier conducta —problema social— sea habilitada para que se ejerza sobre ella la irracionalidad del poder punitivo (pena). Así, los problemas sociales deberán ser reconducidos para que se les brinde otra forma de respuesta estatal diferente a la punitiva.

##### 2. *Presupuestos normativos: teoría del delito desde la persona real*

Los presupuestos normativos deben presentarse unidos de manera tal que conformen un sistema —programa— de comprensión activo<sup>52</sup> de la ley penal, en orden a servir de dique al ejercicio del poder punitivo —funcionalidad política del sistema—, así como para brindar: (a) previsibilidad a las decisiones judiciales, la cual surge de la coherencia del sistema; y (b) seguridad jurídica, la que surge no sólo de la coherencia del sistema —ausencia de contradicción— sino por la coherencia con la funcionalidad política: acotar y reducir el ejercicio del poder punitivo.

Así entonces ese sistema, con una clara función política y de fundamentación antropológica, busca de un lado que las decisiones judiciales sean previsibles, en la medida en que brinda una aplicación segura, calculable y racional de esa ley penal<sup>53</sup> o, dicho de otra mane-

<sup>52</sup> En tanto que debe asumir una postura de organización y de crítica frente al producto legislativo: la ley penal

<sup>53</sup> Gimbernat Ordeig, Enrique, *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?*, Bogotá, Temis, col. *Monografías Jurídicas* 29, 1983, p. 27. Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán. Parte General*, (trad. del alemán, Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez), Santiago, Jurídica de Chile, 1987, p. 11: *Como ciencia sistemática establece la base para una administración de justicia igualitaria y justa, ya que sólo la comprensión de las conexiones internas del Derecho liberan su aplicación del acoso y la arbitrariedad*. Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, v. I, (trad. y adiciones de

ra, evita que su aplicación se deje librada al azar, en pocas palabras, que sea una cuestión de lotería;<sup>54</sup> y por el otro lado, “que todo lo jurídico-penalmente relevante del hecho probado va ser objeto de un riguroso análisis”.<sup>55</sup> Pero ese sistema de comprensión activo no se queda con las dos funciones señaladas, sino además hace expresa su funcionalidad política,<sup>56</sup> y sólo así se puede brindar la seguridad jurídica.

Por lo tanto, un saber del Derecho Penal, con una funcionalidad acotante y reductora del ejercicio del poder punitivo, configurado desde la persona real, deberá ser siempre teleológico en contraposición a las sistemáticas clasificatorias,<sup>57</sup> por cuanto señala de manera expresa su funcionalidad política y social,<sup>58</sup> lo que de antemano hace saber cómo se habrán de estructurar cada uno de los presupuestos normativos que le conforman.

Ese sistema de comprensión activo de la ley penal<sup>59</sup> acotante y reductora del ejercicio del poder punitivo, no debe construirse de espaldas a la realidad “real” sino con un respeto a esa realidad, puesto que ese sistema se encuentra con entes que ya existen: la persona, la conducta, entre otros, por lo que él debe respetar sus “propiedades, características, estructuras y formas que son de los objetos en cuanto objetos”.<sup>60</sup>

Derecho español, Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde), Barcelona, Bosch, 1981, p. 264, §21, I, numeral 2, en donde afirma: *Los elementos generales del concepto de delito reunidos en la teoría general del mismo, posibilitan, por el contrario, una Jurisprudencia racional, objetiva e igualitaria.*

<sup>54</sup> Gimbernat Ordeig, *op. cit.*, p. 27.

<sup>55</sup> Busto Ramírez y Hormazábal Malarée, *op. cit.*, p. 128.

<sup>56</sup> Por ello el sistema activo del saber penal configurado por y para la persona real es, como luego se afirmará, teleológico: cada uno de sus componentes normativos responde a un mismo fin, el cual desde un principio se señaló de manera expresa.

<sup>57</sup> En ellas se omite cualquier alusión expresa de su funcionalidad política limitándose a “ordenar, clasificar y jerarquizar elementos o componentes” de la ley penal (Zaffaroni *et al.*, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 82, §8, III, numeral 1).

<sup>58</sup> Zaffaroni *et al.*, *op. cit.*, pp. 81-82, §8, III, numeral 1. Jakobs, Günther, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, (trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 184, nota 14. Jescheck, *op. cit.*, p. 266, §21, II, numeral 2: “el concepto de delito debe, de otro lado, concordar con el fin y los medios del Derecho Penal”.

<sup>59</sup> En adelante se entenderá como sinónimos saber penal y sistema de comprensión activo del producto legislativo: ley penal.

<sup>60</sup> García Morente, Manuel, *Lecciones preliminares de Filosofía*, Bogotá, Nacionales, 1984, p. 362. Es decir, la estructura óptica de los entes que pretende regular: problemas sociales.

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

También dicha seguridad jurídica presupone integrar datos sociales al sistema, para de esta manera, de un lado, responder a su funcionalidad política, y del otro, propiciar un estudio global del fenómeno penal —sistema penal— que no sólo se reduce a problemas intrasistemáticos.<sup>61</sup> Aquí es donde las valoraciones político criminales, así como los datos de la realidad provenientes de la Criminología y las Ciencias Sociales deben repercutir en la construcción que realice la dogmática penal —programación racional del poder de los juristas—. <sup>62</sup>

Los presupuestos normativos —no por ello contrarios a la realidad del mundo y/o carentes de datos sociales— que habrán de posibilitar el ejercicio del poder punitivo mediante la imposición de una sanción penal son denominados por la dogmática jurídico-penal desde 1906 como conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Estos presupuestos normativos exigen ser redelineados por parte de la persona real. Ella, de manera muy concreta por razones de espacio, sería así:

### 3. *Primer presupuesto normativo: la conducta*

Desde las Ciencias Sociales es claro que el poder punitivo —desde la criminalización primaria— más que conductas selecciona personas. Para impedir esta primera tosca irracionalidad del poder punitivo se debe exigir que éste pase el filtro normativo llamado “conducta”, “acto” o simplemente “acción”.<sup>63</sup> El presupuesto en comento tiene un carácter genérico, en la medida en que los demás deben predicarse de una conducta, acto o acción. Entonces, atendiendo a la funcionalidad

<sup>61</sup> Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *op. cit.*, pp. 61-64, muy especialmente la p. 63.

<sup>62</sup> Así Bacigalupo, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1984, pp. 20-24. Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *op. cit.*, p. 63.

<sup>63</sup> Inciso 2° del art. 29 de la Constitución Política, inciso 1° del art. 6 del Código Penal, inciso 1° del art. 25 del Código Penal.

política de este primer presupuesto, sólo la conducta en un sentido realista puede comenzar a habilitar el ejercicio del poder punitivo en un Estado constitucional de Derecho como debe aspirar a ser Colombia, en la medida en que se limite y reduzca el ejercicio de dicho poder.

Ahora, la conducta se comprende como esa expresión voluntaria de sentido.<sup>64</sup> En consecuencia, todo aquello (así haya generado un resultado) que no sea expresión voluntaria de un sentido —bien por ausencia de voluntad o por ser producto del azar— no podrá ser imputado como obra de la persona real. Es decir, no se podrá hablar que se está en presencia de una conducta, por lo que se inhabilita gracias a éste primer presupuesto normativo, el ejercicio del poder punitivo. Igualmente tampoco serán conducta aquellos sentidos que aun no ha sido expresados, es decir, manifestados de manera voluntaria en el mundo (*cogitationis poenam nemo patitur*).<sup>65</sup> En atención a lo ya señalado, se tiene que los eventos excluyentes de la conducta son básicamente tres: (a) la exclusión total de la voluntad; (b) el azar que hace imposible una dominabilidad del actuar, por lo que se hace imprevisible el resultado; y (c) cuando ese sentido no se ha manifestado en el mundo externo de manera voluntaria.

Así entonces cualquier circunstancia, sin importar su denominación, al menos desde una postura personalista/realista, que anule la voluntad (por ejemplo la fuerza irresistible,<sup>66</sup> los actos reflejos y los estados de plena inconsciencia) o que exprese el azar (caso fortuito),<sup>67</sup> habrá de excluir la conducta (acto, acción).<sup>68</sup> Tampoco será conducta un sentido aún no expresado en el mundo exterior (realidad). Y sin conducta se imposibilita que el ejercicio del poder punitivo continúe actuando sobre una determinada persona o, en otras palabras, *nullum crimen sine conducta*.

<sup>64</sup> Manifestación de la individualidad.

<sup>65</sup> No se pena el pensamiento.

<sup>66</sup> Art. 32 numeral 1°. En el Código Penal colombiano: fuerza mayor.

<sup>67</sup> Art. 32 numeral 1° CP.

<sup>68</sup> Inc. 2° del art. 29 CPol., inc. 1° del art. 6 CP, inc. 1° del art. 25 CP.

#### 4. *El segundo presupuesto normativo: la tipicidad*

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

El poder punitivo realiza esa selección de expresiones voluntarias de sentido conflictivas en abstracto, mediante una fórmula legal<sup>69</sup> que tiene una doble funcionalidad: de un lado, posibilitar formalmente el ejercicio del poder punitivo, y del otro, facilitar la labor de contención y reducción del ejercicio del poder punitivo. Esos tipos penales describen expresiones de sentido que generan conflictos sociales, es decir, más que contener prohibiciones o mandatos lo que realizan es describir (configurar políticamente) expresiones de individualidades que generan conflictos.

Ahora, no cualquier conducta, así formalmente presente las características exigidas por el tipo penal, puede subsumirse en él. Sólo aquellas que realmente revelen un conflicto pueden adecuarse al tipo. Esa adecuación se llama “tipicidad”, y la tarea de establecer si una conducta es o no conflictiva es denominada “juicio de tipicidad”. Por lo anterior este filtro tiene que ser eminente valorativo, ya que de lo contrario sería funcional a los intereses del poder punitivo, o sea, posibilitar el ingreso en la privacidad de las personas para vigilarlas y, de esta manera, ir configurando lo que él quiera.

De ahí se sigue que el tipo penal, si bien en abstracto describe conductas conflictivas, en realidad lo que hace es seleccionar personas por su actuar, real o no. Esto es, el tipo penal es una forma que utiliza el poder punitivo de interferir en esa libertad de acción en coexistencia, la mayoría de las veces no tanto por la conducta efectuada, sino porque quien la ejecutó tiene las características personales que él seleccionó con esa fórmula legal necesaria llamada “tipo”. En consecuencia la tipicidad, o sea la adecuación de una conducta a un tipo penal determinado, por cuanto ella genera el conflicto descrito de manera abstracta en él, se convierte en el tercer filtro normativo al ejercicio del poder punitivo: *nullum crimen sine tipo*.

<sup>69</sup> Esa fórmula legal se denomina tipo o supuesto de hecho —*tatbestand*—.

### 5. *Tercer presupuesto normativo: la antijuridicidad*

Hasta aquí sólo puede afirmarse que se está en presencia de una conducta típica, ello es, una conducta conflictiva en tanto que pugna con las prohibiciones de una normatividad determinada (antinormatividad). Pero puede suceder que ese conflicto haya sido resuelto jurídicamente, al establecerse una autorización para ese supuesto conflicto o, dicho de otra manera, el ordenamiento jurídico establece permisos<sup>70</sup> cuya función es la de resolver jurídicamente los conflictos que comportan las conductas típicas y, en consecuencia, infirman (niegan) ese conflicto que permitió que una determinada conducta fuera típica (antinormativa).

El anterior planteamiento, mayoritario en la doctrina y judicatura, puede ser reconstruido observando en las causales de justificación no autorizaciones, sino límites a la injerencia del ejercicio del poder punitivo en el ámbito de libertad de la persona real. Así, entonces, los tipos permisos guardarán plena armonía con la funcionalidad política del saber penal configurado por la persona real: limitar y reducir el ejercicio del poder punitivo.

Una conducta típica y antijurídica integra el llamado “injusto”, y él le brinda una racionalidad mínima al ejercicio del poder punitivo. Pero aún falta por ver si debe existir una posibilidad de respuesta —por razón de ese injusto— por parte del Estado. Es decir, si se debe ejercer el poder punitivo sobre quien ejecutó un determinado injusto. De la pregunta planteada se deduce que el injusto mira al hecho (conducta de quien realizó el injusto), teniendo en cuenta (cuando ello sea necesario) circunstancias propias del agente. En ese sentido es por lo que el injusto es personal, es decir, no sólo porque él es obra de una persona real, sino por cuanto para su construcción política se debe tener en cuenta circunstancias que le son propias.

### 6. *Cuarto presupuesto normativo: la culpabilidad*

La respuesta a la interrogante de si debe existir una posibilidad de respuesta, por razón de ese injusto, por parte del Estado, plantea el cuar-

<sup>70</sup> Art. 32, numerales 3, 4, 5, 6 y 7 CP.

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

La culpabilidad, en esencia, es un juicio de reproche que implica una valoración en concreto, es decir, es un juicio de reproche personalizado<sup>71</sup> (*nulla poena sine reproche*), que como tal habrá de tener en cuenta esas situaciones personales, culturales, económicas, sociales e históricas<sup>72</sup> que rodean y dan sentido al actuar del agente, de la persona real.

Ese reproche personalizado exige una serie de supuestos, a saber: (a) la capacidad de culpabilidad (imputabilidad), es decir, que el agente se halle en capacidad de brindar una respuesta compatible con la racionalidad imperante en el contexto social e histórico donde expresó ese sentido que constituye un injusto o, lo que es lo mismo, que comprenda, en términos razonables, la ilicitud de su conducta y pueda autodeterminarse conforme a esa valoración;<sup>73</sup> y (b) la capacidad real que debe haber en la persona para desplegar una conducta determinada, es decir, que el agente se halle en la situación concreta de efectuar una conducta compatible con los postulados normativos, lo que desde otras sistemáticas suele ser llamado la “no exigibilidad de otra conducta”.<sup>74</sup>

De esa valoración en concreto se derivará la emisión o no de ese juicio de reproche personal (*nulla poena sine reproche*). Si de ese juicio concreto (aquel que tiene en cuenta las situaciones personales e históricas que rodean y le dan sentido al actuar del agente) se deriva que razonablemente no le era exigible una conducta diferente a la llevada

<sup>71</sup> Zaffaroni *et al.*, *op. cit.*, p. 290, §90, numeral 6 *infra*.

<sup>72</sup> Idea que, quien escribe, la expuso inicialmente en Botero Bernal, José Fernando, *Estudio crítico a los delitos contra el Honor. Bases e iniciación de una teoría de la Parte Especial del Derecho Penal Inc. a la luz de la dogmática realista antropológica*, Bogotá, Leyer, 2002, p. 52, §67.

<sup>73</sup> Inc. 1º del art. 33 e inc. 2º del art. 32 CP.

<sup>74</sup> Art. 32 numeral 8, 9, 10 CP.

a cabo, no se debe posibilitar esa respuesta por parte del poder punitivo. Pero si por el contrario de esa valoración se deriva que sí le era exigible, en los términos compatibles con la realidad en que vive el agente, debe entonces habilitarse la pretensión punitiva del Estado y en qué grado.

En conclusión, los tres primeros presupuestos normativos que componen el injusto habrán de corroborar o no la existencia de un conflicto lesionador de bienes jurídicos; mientras que el presupuesto normativo de la culpabilidad, posibilitará o no una respuesta punitiva (pena), así como la intensidad de la misma por parte del Estado.

## V. COLOFÓN

De esta manera quedan sentadas las bases así como el concreto desarrollo para un Derecho Penal configurado desde y para la persona real, la cual está siendo constantemente seleccionada por el poder punitivo de forma arbitraria y, por lo tanto, irracional, para ejercitar sobre ella su poder de vigilancia y sancionador. Por lo tanto, es menester que esa persona real configure un sistema racional con el fin de limitar y reducir ese ejercicio para su propio bien y de quienes coexisten con ella, en procura de un pleno y real Estado constitucional de Derecho.

Así es como el Derecho Penal asume su verdadera, por no decir única, funcionalidad: la limitación y reducción del ejercicio del poder punitivo en bien de la persona real. Dicho de otro modo, a través de garantizar un cierto ámbito de coexistencia de acción en libertad.

En conclusión, un Derecho Penal con un valor (o si se prefiere con una corrección de verdad), configurado por la persona real, al menos la de las sociedades periféricas, que además de ser funcional a quien lo configura habrá de propender por el respeto a los derechos humanos dentro de esa realidad constante, que son los conflictos sociales. El fin del Derecho Penal que relegitima al poder punitivo es el principio del Derecho Penal.