

**Julio González Zapata
Julián Andrés Muñoz Tejada**

INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL

—♦—
Colección
CLAVES MAESTRAS
—♦—



CONTENIDO

NOTA ACLARATORIA	13
INTRODUCCIÓN	15
CAPÍTULO PRIMERO. EL SISTEMA PENAL	19
El derecho penal como mecanismo de control social	20
Algunas consideraciones sobre el control social.....	20
Los efectos del control social	24
Mecanismos de control social	24
Características del derecho penal como mecanismo de control social	27
Altamente formalizado	27
Selectivo	28
Discriminatorio	31
Desigual.....	32
El derecho penal como sistema normativo	33
Divisiones del derecho penal como sistema normativo	35
Derecho penal sustantivo	35
Derecho procesal penal	36
Derecho penal de ejecución.....	37
Derecho penal internacional	37
Derecho fundamental y complementario.....	40
Derecho penal común y derechos penales especiales	41
Características del derecho penal como sistema normativo	44
Público	44
Carácter judicial	48
Finalista o teleológico.....	49
Liberal.....	50
Garantizador.....	52
Valorativo y normativo	53
Monista.....	54

Independiente en sus efectos y dependiente en sus supuestos.....	56
Fragmentario	65
Preventivo-represivo.....	66
Relaciones entre el derecho penal y la moral.....	66
CAPÍTULO SEGUNDO. EL PODER PUNITIVO Y SUS LÍMITES.....	69
Estado, indefinición soberana, guerra y derecho:	
una contextualización necesaria	71
Indefinición y perturbaciones de la soberanía en Colombia.....	71
Guerra y derecho	74
Límites al poder punitivo	76
Límites materiales.....	78
Principio de necesidad	78
Principio del hecho.....	83
Principio de responsabilidad personal	84
Principio de culpabilidad	85
Principio de protección de bienes jurídicos	87
Principio de la dignidad humana.....	100
Límites formales: el principio de legalidad	103
Características del principio de legalidad en sentido estricto.....	104
Derecho procesal penal. El concepto de debido proceso	114
Derecho penal de ejecución.....	117
CAPÍTULO TERCERO. LA DOGMÁTICA PENAL: EVOLUCIÓN, OBJETO Y MÉTODO	120
Las ciencias del derecho penal.....	121
La dogmática penal	121
Características, ventajas y desventajas de la dogmática penal.....	122
La filosofía del derecho penal.....	123
La criminología	124
La política criminal.....	127
Relaciones de la política criminal con el derecho penal y con la criminología	128
Las ciencias auxiliares o la criminalística	131
Nacimiento y evolución de la dogmática penal.....	132
La dogmática: su sentido para la ciencia del derecho penal	134
Italia y la discusión sobre el objeto de la ciencia penal	136
La escuela clásica	136

Antecedentes de la escuela clásica	136
Postulados básicos de la escuela clásica italiana	143
La escuela positivista italiana	148
Momento filosófico y científico	150
La peligrosidad y las sanciones	152
La dirección técnico-jurídica	155
El método jurídico-penal según Arturo Rocco	156
Algunas consideraciones sobre el nacimiento de la dogmática penal	159
Una aproximación al concepto de dogmática	160
Alemania y la evolución del método dogmático	161
El positivismo alemán. Esquema clásico del delito (1870-1900)..	163
El positivismo normativista	163
El positivismo naturalista.....	164
El esquema clásico del delito	166
Lo histórico y lo lógico en los elementos del delito	167
El neokantismo o la escuela neoclásica alemana (1900-1930) ...	170
El ambiente filosófico-científico	170
Algunas premisas del neokantismo y su utilización en el derecho penal	172
Algunas críticas al esquema clásico del delito.....	172
Un paréntesis en la evolución de la dogmática alemana: el irracionalismo nacionalsocialista o la escuela de Kiel (1933-1945)	177
Finalismo (1945-1960).....	179
Subjetivización o etización del derecho penal por parte de Welzel	183
Breve evaluación del finalismo	185
El funcionalismo en el derecho penal actual	186
Proyecto alternativo.....	188
Responsabilidad.....	191
El funcionalismo radical	192
CAPÍTULO CUARTO. LA PENA: DOCTRINAS Y FINES; TEORÍAS Y FUNCIONES	202
Visiones formales de la pena	205
Doctrinas absolutas: la retribución con la pena	205
Retribucionismo ético (Kant)	207
Retribución jurídica (Hegel).....	208
El retribucionismo en Carrara.....	208

Doctrinas relativas: la prevención con la pena.....	209
Prevención general	209
Prevención general negativa	210
Prevención especial	213
Doctrinas mixtas o de la unión.....	216
Una referencia especial a Jakobs: la prevención general positiva	217
Sobre las funciones latentes de la pena	218
Algunas teorías materiales de la pena	219
Emile Durkheim.....	219
Rusche y Kirchheimer.....	221
Michel Foucault	223
Thomas Mathiesen	225
Louk Hulsman	226
Anotaciones sobre el problema de las penas en la legislación colombiana	229
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	233

NOTA ACLARATORIA

Estas notas para un *curso de introducción al derecho penal* han sido realizadas en un contexto muy determinado: pensando en los estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, con el fin de señalar, por un lado, los principales problemas del derecho penal, pero también para mantener una tradición de garantismo penal que proviene de las enseñanzas de grandes maestros, como Luis Eduardo Mesa Velásquez, Fernando Meza Morales y Nódier Agudelo Betancur. Estas notas son también un homenaje para ellos y un pequeño esfuerzo para mantener vivas sus enseñanzas, y pretenden continuar con ese sendero en medio de la gran disputa que abiertamente enfrenta el eficientismo penal con el garantismo, es decir, con el derecho penal liberal que ellos enseñaron con tanta lucidez y pasión en este claustro.

Hoy la disputa tiene matices muy complejos en un momento en el cual en el ámbito legislativo, también el jurisprudencial, y en una parte considerable de la doctrina, se asume que en la lucha contra la criminalidad la sociedad puede emplear todos sus recursos, con un respeto apenas formal y sumamente retórico por las garantías penales liberales.

Hoy podríamos decir que el campo penal se puede caracterizar por una preponderancia de la política criminal, el desprecio de la criminología y una instrumentalización de la dogmática penal.

De hecho, por ejemplo, la criminología se confunde con meras políticas de seguridad, y la dogmática apenas se usa en los procesos penales, pues se prefiere una negociación que ponga fin al proceso penal de manera rápida, antes que asumirlo en todas sus fases y todas sus exigencias.

Hoy tampoco podríamos hablar del derecho penal sin tener en cuenta ese actor gaseoso pero omnipresente que es la llamada co-

munidad internacional, cuya presencia va debilitando las garantías penales que hace apenas unos años parecían indiscutibles, como el *non bis in idem*, la estricta legalidad de los delitos, el reconocimiento de la prescripción de la acción penal, para no citar sino algunas de las más debilitadas.

Esta influencia de la comunidad internacional se aprecia con toda claridad en la justicia transicional, pero ha incidido —negativamente— en el derecho penal, a partir de fenómenos que ahora podríamos llamar “colonización” del derecho penal, al afirmarse, ya casi sin ninguna duda, que para el proceso penal son también válidos los objetivos de la justicia transicional: verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. Y, a su vez, se traslada, al menos en ciertos discursos y ciertas posturas políticas, la idea de que con la justicia transicional se pretende resolver una tensión entre justicia y paz y, por lo tanto, ella tiene que tener una dosis importante de justicia retributiva, como si fuera apenas una justicia penal atenuada.

Muchos de estos problemas (la conversión del derecho penal en un mero problema de seguridad, la influencia de la comunidad internacional en el derecho penal, hasta el punto de que este aparezca solo como un derecho subsidiario, las complicadas relaciones del derecho penal con la justicia transicional) apenas son tratados de manera tangencial aquí, porque el objetivo básico de las notas es que los alumnos puedan tener unas bases desde el derecho penal garantistas para comprender y situarse en este momento complejo y crítico para las garantías penales.

Estas notas están divididas en cuatro capítulos, que se ocupan de aquellos problemas más básicos del derecho penal. El primero está dedicado a una descripción del derecho penal como sistema normativo, distinguiéndolo del derecho penal como un saber o una ciencia, y también del derecho penal como un mecanismo de control social. El segundo aborda los límites del poder punitivo o, como suele denominarse, los principios del derecho penal. El tercero se ocupa del nacimiento de la dogmática penal, básicamente en Alemania pero sin olvidar los aportes que en Italia se hicieron por parte de la escuela clásica y la escuela positivista. En el cuarto y último capítulo se hacen algunas consideraciones sobre la pena desde un punto de vista normativo y material, señalando algunas aporías presentes en la reglamentación legal y su aplicación.

INTRODUCCIÓN

El derecho penal está en todas partes: los medios de comunicación, las campañas políticas, los programas gubernamentales, y obviamente donde siempre ha estado, esto es, las leyes penales, los organismos de investigación del Estado, las fiscalías, los juzgados, las clases en las facultades de derecho, los libros, las revistas, ahora circulando por internet y en casi todas las conversaciones de ciudadanos comunes y corrientes.

Es muy difícil encontrar alguna persona que no tenga una opinión sobre algunos de los problemas penales más importantes, como las penas —especialmente las más graves: la de muerte y la de prisión—, que no tome partido ante la avalancha de crímenes y criminales con los que diariamente es bombardeada la sociedad a través de los medios de comunicación, y que no crea tener una solución frente a estos problemas.

Cuando se le muestre la realidad de algunas de nuestras cárceles, es posible que el ciudadano corriente reaccione horrorizado; cuando se le hable de un anciano ciego, paralítico y diabético, próximo a ser ejecutado después de haber pasado interminables años en un pabellón de la muerte, es probable que sienta compasión; ante un niño terriblemente maltratado y ultrajado, puede que responda con un deseo de venganza irresistible. Y casi sin pudor, se pide y también se practica, a veces, el linchamiento de los criminales.

Cuando un joven atrevido es condenado a cuatro años de prisión por tocar las nalgas a una muchacha,¹ y a su vez la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) establece penas entre cinco y ocho

1 Según el Código Penal de Colombia (Ley 599 de 2000), podría tratarse de injuria por vías de hecho, si la conducta se comete contra una persona mayor de edad (art. 226), o de acto sexual abusivo, si el tocamiento se realiza en el cuerpo de un menor de edad (art. 209).

años de prisión para quienes se desmovilicen,² pudiendo haber cometido delitos tan graves como desaparición, secuestro, masacre, desplazamiento, entre otras atrocidades, ese ciudadano se queda sin entender qué está pasando, y con razón se pregunta dónde reside la justicia en medio de tantas medidas y decisiones, aparentemente tan contradictorias.

Aún más “inexplicable” para muchos ciudadanos resulta el sistema de justicia transicional creado con ocasión del Acuerdo de Paz suscrito entre el Gobierno nacional y la exguerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). Aunque la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) busca estabilizar lo acordado entre las partes y permitir el esclarecimiento de hechos victimizantes, establecer responsabilidades y reparar a las víctimas, es apenas comprensible, sobre todo en un país tan polarizado en torno a este proceso, que muchas personas no entiendan por qué a unos excombatientes se les dará un tratamiento punitivo privilegiado, mientras que, por otra parte, diversas instituciones estatales promueven incrementos punitivos y la criminalización de más conductas.

Este curso de *Introducción al derecho penal* pretende mostrarle al estudiante algunas herramientas que le permitan acercarse a ese maremágnum de perplejidades, contradicciones e incoherencias y, sobre todo, alejarlo de las respuestas de sentido común frente al fenómeno criminal, tan fáciles de articular,³ aunque obnubilen la mirada frente al problema social, político y personal que representa la cuestión criminal.

Con mayor razón que el ciudadano medio, el estudiante de derecho que inicia un curso de introducción al derecho penal está cargado de opiniones, juicios, valores y prejuicios sobre estos asuntos. No solo comparte como ciudadano esas intuiciones sobre la justicia penal, el delito, el castigo y el delincuente, sino que tiene que con-

-
- 2 Véanse algunos comentarios sobre esta ley en González Zapata (2005).
- 3 Al hablar aquí de sentido común, lo hacemos para llamar la atención sobre la necesidad de que se analicen los problemas políticos —y los problemas penales lo son— con base en criterios que vayan más allá de las simples opiniones. Se menciona esto para diferenciar nuestro planteamiento de lo que se discute en otros campos del conocimiento, como la epistemología, en la que hay un interesante debate sobre las relaciones entre el conocimiento del sentido común —o conocimiento de la cultura— y otro mucho más especializado, como sería el de la ciencia (Muñoz, 2019).

frontarlo con algunos conocimientos adquiridos previamente en otros cursos sobre el derecho, la justicia, la Constitución, los derechos fundamentales y la sociedad, por ejemplo. Y particularmente, en nuestro medio, el estudiante, porque lo aprendió del profesor, lleva en el alma un pequeño legislador, que le hace preguntar constantemente: ¿usted qué propone?, ¿cuál es la solución correcta?, ¿cómo debería establecerse la ley?, y un largo etcétera que a veces le quita la calma para ver los fenómenos, porque preferiría que ellos fueran como “deberían ser”.

Este curso es apenas una aproximación a algunos de los temas introductorios al derecho penal. Son unos apuntes que pretenden darle al estudiante que se inicia en esta área ciertas herramientas para orientarlo sobre algunas de las preguntas que se le pueden hacer a esa rama del derecho.

¿Qué hacer con los delincuentes? ¿Por qué deben ser castigadas ciertas conductas y no otras? ¿Cuál es la pena adecuada para determinado hecho? ¿Por qué algunos delitos producen tanta repugnancia y otros, en cambio, son casi aceptados socialmente? ¿Por qué algunos delincuentes despiertan cierta simpatía y otros son considerados monstruos? Son preguntas muy difíciles de responder, entre otras cosas porque en sus respuestas se involucran argumentos extrajurídicos y hasta irracionales.