

JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA

Doctor h.c. en Derecho, Universidad de Medellín

CONCEPTO Y LÍMITES DEL DERECHO PENAL

INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL ACTUAL
Y NOCIONES SOBRE JUSTICIA TRANSICIONAL,
PERDÓN Y RECONCILIACIÓN

*Tercera edición,
completamente revisada y actualizada*



EDITORIAL TEMIS S. A.

Bogotá - Colombia
2014

ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
Prefacio	VII
Compendio axiológico y político criminal de la obra.....	XI

CAPÍTULO 0

NO HAY DERECHO PENAL SIN DERECHO

(Nullum crimen nulla poena sine ius)

1

CAPÍTULO I

LAS CIENCIAS PENALES

1. Visión panorámica. El método. El derecho penal en sentido formal y material.....	25
2. Dogmática penal y política criminal en el momento actual	33
3. Valores superiores y valoraciones subyacentes del ordenamiento	43
4. Derecho penal en sentido material y sus recursos. Defensa de la comunidad y de los derechos fundamentales	49

CAPÍTULO II

LAS DISCIPLINAS DEL SABER PENAL

EN PARTICULAR

1. Disciplinas del “ser” o causal-explicativas	61
2. Disciplinas sociales o culturales	66
3. Disciplinas jurídicas propiamente dichas	69
4. Disciplinas críticas.....	72
5. Derecho penal objetivo o “ius poenale”. Las normas jurídicas y jurídico-penales.....	79
6. Derecho penal subjetivo o “ius puniendi”. Neokantismo y funcionalismo ...	93
7. Derecho penal científico, ciencia del derecho penal o dogmática jurídico-penal	112
8. La criminología	127
9. La política criminal.....	140

CAPÍTULO III

RELACIONES DEL DERECHO PENAL CON LA MORAL
Y LA JUSTICIA. JUSTICIA RESTAURATIVA Y TRANSICIONAL
Y NOCIONES SOBRE PERDÓN Y RECONCILIACIÓN

	PÁG.
1. Derecho penal, política, moral y justicia	149
2. Justicia restaurativa y transicional y nociones sobre el perdón y la reconciliación	162

CAPÍTULO IV

RELACIONES DEL DERECHO PENAL CON OTRAS RAMAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. SUBSIDIARIEDAD Y ACCESORIEDAD	205
---	-----

CAPÍTULO V

CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL. SUS CONTORNOS
POLÍTICOS, JURÍDICOS Y DEMOCRÁTICOS

1. Público. La pena criminal es exclusivamente pena estatal.....	215
2. Teleológico. El bien jurídico	218
3. Justicial. Pena justa, retribución y proporcionalidad.....	226
4. Liberal. La persona y sus atributos esenciales y derechos inalienables. Derecho penal de acto y culpabilidad	228
5. Fragmentario. No todo lo jurídicamente prohibido está penalmente amenazado.....	238
6. Normativo y valorativo.....	240
7. Preventivo-represivo. Prevención general y especial y retribución	245
8. Binario. Penas y medidas de seguridad	247
a) Sistema binario acumulativo	248
b) Sistema binario alternativo.....	248
c) Sistema vicarial	250
9. Subsidiario.....	251
1) Subsidiariedad formal o jurídica.....	252
2) Subsidiariedad material o socio-política.....	253
10. Sancionatorio o accesorio.....	254

CAPÍTULO VI

DIVISIONES DEL DERECHO PENAL

1. Derecho penal y procesal penal.....	257
--	-----

2. Derecho penal fundamental y complementario	259
3. Derecho penal común y especial	261
4. Derecho penal administrativo	261
5. Derecho penal internacional e internacional penal.....	264

CAPÍTULO VII

LA ESTRICTA LEGALIDAD PENAL

1. Origen, fundamentos y formulaciones	267
2. Análisis del principio.....	269

CAPÍTULO VIII

LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

277

CAPÍTULO IX

PRINCIPIOS DE ACTO Y CULPABILIDAD

1. Principio del acto. Personas naturales y jurídicas. Actuar en lugar de otro ...	291
2. Principio de culpabilidad.....	297

CAPÍTULO X

EL DERECHO PENAL PERSONALISTA, HUMANITARIO
Y DEMOCRÁTICO QUE DE TODO ELLO RESULTA

305

Bibliografía	309
Índice de autores	321

CAPÍTULO II

LAS DISCIPLINAS DEL SABER PENAL EN PARTICULAR

El cuadro de las ciencias criminales puede presentarse del siguiente modo, sin pretensiones exhaustivas: disciplinas causal-explicativas, disciplinas jurídicas en sentido estricto, disciplinas sociales o culturales y disciplinas críticas. Representativas son al respecto la criminología tradicional, el derecho penal propiamente dicho, la política criminal y la criminología crítica.

1. DISCIPLINAS DEL “SER” O CAUSAL-EXPLICATIVAS

Se trata de enfoques del delito, el delincuente y la pena como *hechos* de carácter individual o social, normal o patológico, pero al fin y al cabo como “hechos perceptibles”, fenómenos empíricos del “ser” o del mundo externo regidos por el encadenamiento de causas y efectos (principio de causalidad). Como se sabe, este es el punto de vista de las ciencias naturales, de modo que todo estudio de los fenómenos criminales desde esta perspectiva entraña la reducción del delito (y de la pena) a acontecimientos del mundo físico, que es la llamada “falacia naturalista”. No cabe duda de que se trata de una falacia reduccionista porque los fenómenos criminales acontecen en el mundo humano y son por tanto de carácter cultural, por lo que ostentan una estructura más compleja que los fenómenos del mundo físico.

Si la historia y la cultura no operan con independencia del mundo causal, al menos habría que reconocer que le agregan algo a ese mundo y tienen un modo en cierta forma y medida distinto del puro acontecer físico. Los llamados “objetos culturales” poseen sin duda un sustrato que pertenece al mundo real y se rige por las leyes de la causalidad, pero el sentido de ese sustrato consiste en valores que son aportados por la presencia activa del hombre. El problema del determinismo o indeterminismo de la conducta humana, y específicamente de los actos de conocimiento y voluntad, no puede darse por establecido científicamente en ninguno de sus sentidos. El problema continúa abierto¹.

¹ Puede verse, por todos, MERCEDES PÉREZ MANZANO, “El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: bases para una reflexión sobre neurociencia y responsabilidad penal”, en DIEGO ARAQUE, *Estudios...*, págs. 567 y ss.

Reconocemos de inmediato, entre las disciplinas penales que utilizan el método causal-explicativo, que consiste en explicar los fenómenos por su incrustación en la serie indefinida de causas y efectos, la *criminología tradicional* o positivista, la *criminalística* o conjunto de ciencias de la investigación penal y de la policía científica², y las llamadas *ciencias auxiliares del derecho penal* (medicina legal y psiquiatría forense, principalmente). En algún momento histórico, el positivismo penal y criminológico tomó al propio derecho penal como un conjunto de fenómenos empíricos de carácter individual o social que podían ser estudiados y tratados de esta manera, siguiendo el modelo positivista de ciencia, que en el primer caso se aplicaba como psicología, psicopatología y psiquiatría criminales — y a veces como “antropología criminal” en la medida en que, como LOMBROSO, se partiera de la base de concebir al hombre delincuente como un especial tipo humano—, y en el segundo como sociología criminal (FERRI). En los enfoques antropológicos priva el acento de lo individual, en tanto que el destaque de los aspectos ambientales corresponde a la sociología criminal³.

Importa destacar que, aunque se trate de investigaciones que enfatizan el uso de los métodos causal-explicativos, en ningún momento alcanzan el rango de “ciencias exactas” porque tampoco ellas pueden descartar que su objeto, los fenómenos criminales, son de suyo también normativos, esto es, que están jurídicamente regulados y son inseparables de las valoraciones culturales y legales que los constituyen. Lo que esto significa es que los fenómenos criminales no se agotan en su perfil fáctico, mirados en el encadenamiento indefinido de las causas y los efectos en el mundo físico, sino que en ellos existe siempre un *plus* con respecto a su materialidad, *plus* que se refiere al conjunto de valoraciones éticas, sociales, culturales, políticas y jurídicas que pertenecen de modo igualmente original a su esencia. Dicho en otras palabras, siempre hay que tomar en consideración que los fenómenos criminales, propios de lo que puede denominarse “derecho penal en acción” o dinámica del derecho penal

² No existe acuerdo acerca de si la criminalística forma o no parte de la criminología, pero en todo caso en ambas se manejan métodos empíricos frente al delito, si bien la primera trata únicamente de la investigación criminal (tanto en sede policíaca como en sede fiscal o judicial). A veces se anuncia la división de la criminalística en “táctica criminal” (investigación técnica adecuada de las conductas delictivas y de sus autores) y “técnica criminal” (manejo técnico apropiado de los medios de prueba), lo cual es tanto o tan poco como dividirla en una parte general y otra especial. Parece acertado adjudicar la aplicación al proceso penal de las técnicas científicas a la llamada “técnica criminal”, siendo en esto en lo que consisten las denominadas “ciencias auxiliares del derecho penal” (que, sin embargo, pueden servir también a la investigación criminológica propiamente dicha).

³ La *sociología criminal* es un estudio causal-explicativo de la criminalidad como fenómeno social, en tanto que la *sociología penal* dirige su atención a los orígenes y efectos sociales de las penas criminales. En un sentido más amplio, también es posible hacer *sociología del derecho penal*, cuyas investigaciones comprenderían todas las instituciones y también todos los actores del drama penal.

(delito, pena, delincuente, proceso, pruebas, jueces, etc.), son al mismo tiempo, original y esencialmente, fenómenos del ser y del valor. Al fin de cuentas, lo que el hombre hace no se reduce a fenómenos del mundo físico sino que posee al mismo tiempo, originariamente, un determinado sentido en el mundo histórico-social, en el que naturaleza y libertad conviven. Lo axiológico pertenece a la ontología del hombre y también a la del Derecho.

Al juicio anterior parecen escapar únicamente los estudios criminalísticos, pues ellos atienden al rastro material de los hechos sucedidos (investigación rigurosa de las huellas del delito por medio de la aplicación de cualquier conocimiento científico-natural), pero presuponen las valoraciones del derecho penal. Esto mismo es predicable de las “disciplinas auxiliares” que, al tenérselas que haber con la conducta humana, están sujetas al mismo carácter meramente indicativo o a lo sumo aproximativo de las ciencias culturales cuando quiera que hayan de entroncar con facticidades y, sobre todo, con la conducta futura.

En cualquier caso, lo característico de todos estos enfoques es el tomar los fenómenos criminales como hechos naturales, de suyo materiales y perceptibles y a la vez explicables completamente a la luz del principio de causalidad (que, como se sabe, solo es propiamente tal en el campo de la física). Según este punto de vista, el crimen sería un hecho natural de tipo individual (telúrico, biológico, psicológico o psicopatológico) o social que responde siempre a causas físicamente identificables y mecánicamente tratables o contrarrestables. La pena misma sería entonces una contra-causa que actúa también mecánicamente sobre las causas del crimen en el individuo o en la sociedad. Pero si en el delito todo se explica por la concatenación de causas y efectos naturales, ¿qué lugar quedaría para la libertad y por tanto para la responsabilidad penal con fundamento culpabilista? Lo peor del positivismo naturalista y del determinismo de la conducta en general es precisamente que, al tener que negar las categorías de la libertad y la responsabilidad del hombre como persona —que dicho modo de pensar convierte en “peligrosidad” social o criminal⁴—, se ve forzado a tratarlo como un objeto cualquiera, privándolo de su dignidad característica.

⁴ El positivismo naturalista o criminológico, representado sobre todo por la escuela positiva italiana, habla de “peligrosidad social” frente a sujetos que por su modo de ser o de vivir se supone que se encuentran en permanente trance de delincuencia. Frente a tales individuos, verdaderos “tipos criminológicos de autor”, como vagos, maleantes, rateros, prostitutas, proxenetas, mendigos, etc., la escuela positivista admitió la posibilidad de aplicación de *medidas de seguridad predelictuales*; dado el carácter inexorable de la causalidad, no había que esperar a que el sujeto delinquiera para surtir contra él la intervención penal preventiva. Tal tipo de medidas, que existe todavía en unos pocos países, desapareció del ordenamiento colombiano desde 1970. La misma escuela habla de “peligrosidad criminal” frente a sujetos que ya han delinquido y que por este medio demuestran precisamente la probabilidad de reincidencia. A estos últimos sujetos se les aplican, con criterios estrictos de prevención especial, *medidas de seguridad postdelictuales* o penas puramente preventivas, sistema que en buena parte rigió en el ordenamiento nacional hasta la aparición del Código Penal de 1980.