

Del derecho penal No de Acto, sino de la Comunicación, la Doctrina del Normativismo Purista y sus Hechizos Sociológicos

Por Germán Pabón Gómez

Con relación a la doctrina sistémico funcionalista del normativismo purista, hemos de expresar que:

Nuestras consideraciones no las plantearemos en ámbitos de discusiones jurídicas, toda vez que éstas son las que menos importan, habida razón que involucrarse en discusiones acerca de los aciertos o desaciertos de las categorías y re-definiciones del derecho penal y concepto de delito de las que se ha ocupado el normativismo purista, es intrascendente, pues ese ejercicio traduce discurrir alrededor de extremos lógico-formales contruidos, desde luego, en forma perfecta, claro está, perfectamente abstractos, lo cual implica que sobre abstracciones conceptuales puramente lógico-formales no es dable realizar ninguna clase de contrastaciones.

Con lo anterior significamos que efectuar discusiones acerca de discursos pseudo-jurídicos montados sobre socio-logismos irreales, creados en forma ideológica, socio-logismos abstractos, imaginarios, elaborados en los planos exclusivos de la lógica-formal, los cuales por asalto un día procedieron a atribuirse pretensiones ambiciosas, pero ilusorias acerca de la verdad y validez universal, en últimas constituye una discusión puramente lógico formal, la cual de asumirse constituiría incursionar en los senderos etéreos e insondables de la metafísica jurídica o del socio-logismo esotérico.

Consideramos que discurrir alrededor de los extremos estructurales de las re-definiciones conceptuales que acerca de los sentidos y horizontes del derecho penal se ha ocupado el funcionalismos sistémico y comunicacional del normativismo purista, traduciría invocando a Conny Méndez, autora de la obra *Metafísica 4 en 1*, como reflexionar en abstracto acerca del Socio-logismo de la Hermandad Blanca.

Por tanto, las confrontaciones que a nuestro juicio merecen plantearse contra esa doctrina, lo serán en un todo de carácter político, así:

1.- Desde los contenidos concretos-relativos de lo histórico-político y social, consideramos que pretender efectuar constructivismos ideológicos acerca de la definición, sentidos, contenidos del derecho penal y concepto de delito a partir del constructo imaginario de la sociología estructuralista de la globalización, de la sociedad mundial globalizada, entendida como “sistema totalizado igualitario” con correlativos “sub-sistemas igualitarios”[1], y a partir de esa fantasía efectuar constructos penales con pretensiones de verdad y validez universal, con los cuales sea dable ofrecer respuestas penales igualitarias a todos y cada uno de los complejos histórico-sociales, a todos los hombres que habitan este planeta, sin duda constituye ingenuidad sociológica, metafísica o espejismo sociológico, o de manera más clara una fantasía penal.

Esas pretensiones, desde lo histórico-político, histórico-social e histórico-individual, constituyen un imposible categorial.

En efecto, para el caso no de tan ambiciosa supra teoría, sino doctrina, dígase que constituye un imposible conceptual, la pretensión de introducir como por arte de magia en un solo saco sociológico imaginario a todas y cada una de las realidades sociales, culturales, multiculturales, étnicas, multiétnicas y cosmovisionales de las indistintas que existen en esta parcela de universo llamada Tierra.

En esa mirada, la ensoñación orientada a igualar las cosmovisiones generales, particulares y multiples-singulares de todos los pueblos, hombres, culturas de Europa, Asia, América (del Norte, Centro y Sur) y Oceanía, constituye un hechizo sociológico; propósito acerca del cual en abstracto y a manera de quimeras es dable regar ríos de tinta sobre el papel, como en efecto se realizado desde los Allás, por parte de quienes nos pretenden imponer a ultranza la doctrina de la globalización hegemónica del discurso del poder y la globalización del derecho

penal. Pero, de ahí, esto es, de lo abstracto a lo concreto y real, existen abismos insondables e imposibles categoriales.

Así mismo, la pretensión orientada a que la dogmática penal como instrumento de control de las acciones del hombre y como sub-sistema igualitario se halle en posibilidad y realidad de ofrecer respuestas igualitarias, sin distingo, a todas y cada una de las cosmovisiones sociales en indistintos lugares de la Tierra, constituye otro hechizo dogmático penal.

En efecto, no traduce ninguna novedad recordar que el derecho penal obedece a principios o fundamentos que irradian hacia todos los conceptos y categorías que integran su objeto de saber jurídico-social.

En igual sentido, ha menester recordar que las definiciones de los sentidos, horizontes del derecho y dogmática penal no se pueden construir a espaldas de lo histórico social e histórico individual, concreto y determinado del hombre y sus conductas, toda vez que la visión, misión y objetivos antropológicos del derecho penal apuntan concebirse como disciplina de saber social.

MARIO SALAZAR MARÍN, al respecto, con acierto, escribió:

“Aunque en efecto el hombre como individuo es un ser único, irrepetible y creador, donde quiera que exista el hombre habrá particularidad cultural, lo cual explica la complejidad del mundo social. Pero, como a la vez cada sujeto hace parte de contextos sociales y culturales concretos, esa particularidad cultural está inmersa en valores y símbolos compartidos e ingresa en el campo de la integración normativa”.

“Asimismo, no puede haber conceptos, valores y símbolos que signifiquen exactamente lo mismo en todas las culturas, cada una de ellas está informada por tradiciones, experiencias y evoluciones cognoscitivas diversas. No obstante, muchas culturas comparten formas y contenidos existenciales, sobre todo en materia de derechos fundamentales. Así, por ejemplo, la vida, la integridad personal, el honor, la paz, el derecho de petición, la libertad, derecho al trabajo, etc., son de contenido existencial análogo en todas partes. En esos tópicos puede ser válida la estandardización”.

“Y pese a que en las sociedades modernas ha alcanzado gran desarrollo el pluralismo como instrumento social de convivencia entre diversos sistemas de valores que coexisten, uno de cuyos instrumentos estructurales es la tolerancia, al lado de la coexistencia pacífica, la modernidad y –seguramente la posmodernidad– no podrán imponer el monopolio axiológico y de sentido a sociedades completas, y menos a una pretendida sociedad mundial globalizada, que vale en algunos aspectos, mas no en todos” (...)

“Pero dado que los diversos grupos sociales están ubicados en su propio espacio y tiempo, ambiente, historia y evolución, la pretendida globalización de la sociedad mundial, buscando superar las particularidades étnicas y culturales, resulta imposible, y sobre todo hegemónica y anti-democrática, en la medida en que ataca las diferencias y diversidades culturales de los pueblos”

Y, trae una cita del Profesor Alberto Restrepo G, quien al respecto del tema afirma: “Todo intento de supraculturalidad acaba convertido en un supra-sistema de poder (...) que impide la pluralidad y constituye una forma nueva de colonialismo. Uno de los grandes dramas de nuestros días es el del hegemonismo neo-colonial, disfrazado de universalismo supracultural”[2].

De conformidad con las puntuales reflexiones de Salazar Marín, es dable plantear que un esquema discursivista penal, como el normativismo purista el cual en su totalidad se ha construido en el aire, sin referentes epistemológicos, ideologizado a partir de la sociología imaginaria de la globalización sistémica, y que con fantasías de verdad y validez universal se hubiera atribuido el potencial de otorgar respuestas dogmáticas-penales, supra-culturales e igualitarias, sin distinción de continente a continente, de país a países, de región a múltiples-regiones del mundo, de multi-complejos sociales, a multi-complejos culturales, y sin distinción de etnias, religiones, credos políticos, visiones filosóficas o multi-cosmovisionales: es un modelo-doctrina que en dialéctica de lo concreto y dialéctica de lo histórico social:

Está llamado y condenado de principio a fin a su fracaso, toda vez que detrás del disfraz del universalismo supra-cultural y universalismo cosmovisional, lo que, en efecto, se esconde es la absoluta des-antropologización del derecho penal; constituyendo ese esquema neo-imperialista y neo-colonialista un instrumento de poder, cuyo objetivo máximo apunta a negar al hombre histórico-social e individual concreto, en negar su cosmovisión histórico individual concreta. En otras palabras, el modelo del normativismo purista globalizado es políticamente regresivo, anti-histórico, anti-social, y anti-dialéctico.

La esencia, universalidades concretas, relativas, como las singularidades concretas-antropológicas del hombre[3] y sus cosmovisiones sociales particulares y singulares, no pueden llegar a ser objeto de residualización, negación, sepultación, ocultamiento o prescindencia por un discursivismo pseudo-penal que en últimas, desde lo político y regresivo a lo único y exclusivo a lo que apuesta es a tratar al hombre como una simple ficha o piñón del engranaje sistémico-social.

El hombre como maravilla cósmica, bio-psíquica, bio-social y bio-individual, merece el máximo respeto a su dignidad humana por la sola circunstancia de haber encarnado como hombre, y como maravilla universal no se lo puede degradar al punto y extremo de considerarlo como el hombre-masa, el hombre número-mas, como un elemento más, ni como una ficha abstracta de una red sistémica, puramente objetivista, funcionalista y abstracta-social, como lo pretenden los pregoneros del socio-logismo imaginario de la globalización, y en la forma como lo postulan los ideólogos penales del normativismo purista de JAKOBS.

Desde esta instancia de confrontación política, a los filósofos, sociólogos e inspiradores del sociologismo imaginario del universalismo supra cultural, como a los Profesores expansionistas de la doctrina del normativismo purista, de manera pacífica, pero con entusiasmos epistemológicos, bien les podemos manifestar:

Que en el aire ni en el vacío. Que sobre eteriedades sociológicas no es dable construir ninguna clase de complejos discursivos, toda vez que los desarrollos –

para el caso dogmático penales- que no posean apoyos o referentes en la realidad, sencillamente no dejarán de constituir discursivismos doctrinarios huecos, vacíos y abstractos, los cuales como imaginarios puros, etéreos, quizás podrán ubicarse en lo histórico-político, en lo que el viento se está llevando y en lo que el viento, más temprano que tarde: se llevará.

2.- Desde la discusión política, consideramos que efectuar constructos lógicos-formales acerca del derecho penal y el concepto de delito a partir de la exclusiva ecuación de las simples fidelidades o infidelidades objetivas a la norma penal, sin duda constituye poner a los conceptos de Estado y Nación por encima y en supremacía del hombre histórico-social.

En efecto, de esas supremacías la historia de la humanidad ha dado sobrada cuenta con los modelos de Estado de los regímenes del Nacional-Socialismo de la Alemania nazi y la Europa fascista.

De correspondencia, la circunstancia ciega o consciente de alinderarse ideológicamente tras los dictados de una doctrina cuyas máximas proclaman el defensismo a ultranza de la vigencia de las normas, por la simple vigencia de las normas, el defensismo de la fidelidad a las normas, por la simple fidelidad sistémica objetivista y funcionalista de las mismas, y alinderarse con la defensa objetiva y totalitaria del Estado o Nación, constituyen expresiones características de un derecho penal anti-democrático y totalitarista[4].

El discurso político que se esconde detrás de la doctrina del normativismo purista, constituye expresión inequívoca del neo-imperialismo y neo-colonialismo ideológico-penal, y constituye el nuevo discurso del poder por el poder, del Estado por el Estado, de la Nación por la Nación, y del poder de la norma por la norma.

El Profesor JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, con puntualidad, escribió:

“De otra parte, dado que del ser no se deriva el deber ser, después de admitir que son posibles o legítimos los delitos sin bien jurídico, o sea sin fin protectorio de

bienes jurídicos, la única categoría explicativa que queda es la del deber jurídico, de modo que en el fondo el derecho penal (de los funcionalistas) no protege los bienes del ciudadano sino los intereses del Estado autoritario o paternalista en la obediencia de los ciudadanos. Esto resulta axiológicamente dudoso y constitucionalmente problemático, pues da lugar, entre otras cosas, a una antijuridicidad como pura anti-normatividad subjetiva (contrariedad de la voluntad al mandato de la norma).

Y, agrega: “Por el contrario, una orientación autoritaria del derecho penal tendrá que concebir el delito fundamentalmente como violación de deberes jurídicos de obediencia al Estado o acatamiento al derecho positivo (teorías subjetivas del injusto y la tentativa) y por ende, simplemente como la manifestación de una voluntad o de una actitud jurídica rebelde, peligrosa o intolerable (concepción que a simple vista se percibe como demasiado cercana al peligro de criminalizar las opiniones disidentes y por tanto también la oposición crítica al sistema). De ello no debería en realidad requerirse más prueba que el régimen nacionalsocialista y su peculiar derecho penal (Escuela de Kiel)[5].

3.- Desde los ámbitos de la discusión política, consideramos que efectuar constructos popperianos como los realizados y mediante los cuales se proclama que:

“la legitimidad o no, y la validez o no de una determinada propuesta político criminal y su respectivo modelo dogmático-penal no depende de su coincidencia a priori con el modelo normativo constitucional al cual se le pretende aplicar, en la medida en que tal cosa es imposible de constatar con la sola confrontación de la propuesta con las normas del programa penal consagrado en la Constitución”, sino que, por el contrario “la legitimidad o no de una determinada teoría, así como su aceptación y validez, dependen de los rendimientos prácticos que esa teoría produzca en su labor de conceptualización y aplicación del sistema penal en la solución de los casos”, y que “esto solo puede hacerse si la teoría se pone a prueba”[6].

Desde la discusión política, lo que esas frases traducen es una convocatoria descarnada a favor del eficientismo resultadista de las estadísticas; eficientismo

que se consolida en los resultados del populismo punitivo de la eficacia estatal en procura de la instrumentalización expansiva e intensificada del aparato penal como *máxima ratio*, contra todas las formas de expresión que desde la perspectiva funcionalista se antepongan al Estado o a la Nación.

En ese horizonte regresivo, plantear que la legitimidad, validez y aceptación de un modelo penal depende de los efectos y rendimientos prácticos: traduce proceder a torcer e invertir desde la óptica de la derecha recalcitrante, los contenidos filosóficos y políticos de lo que desde la democracia se entiende por legitimidad jurídico política.

La legitimidad de cualquier modelo o proyecto de sistema dogmático jurídico que se pretenda insertar o que se hubiera integrado al derecho positivo, cualquiera fuere el área de saber jurídico de que se trate, depende de la materialización de las visiones, objetivos, fines y valores del Estado Constitucional, social y democrático de derecho; paradigma que como ser y deber ser, aspira a ser y seguir siendo el nuestro en su cotidianidad.

En efecto, ese ser y deber ser constituyen referentes jurídicos-políticos a los que corresponde obedecer, ajustarse e inscribirse *ex ante* y *ex pos*, todo el derecho, incluido el penal, no solo en cuanto a sus mandatos sustanciales y procesales, sino también sus idearios teóricos, prácticos y jurisprudenciales que se pretendan instrumentalizar como política criminal[7] o como derecho positivo.

En esa mirada, dígase que los conceptos y categorías, como los presupuestos teóricos y prácticos de un modelo –para el caso penal- y su correspondencia con derechos, principios y garantías fundamentales de incidencia sustancial y procesal, son dialécticas que perfectamente se pueden advertir y confrontar no solo a priori, sino también a posteriori.

Por tanto, plantear a todos los vientos que la legitimidad, validez y aceptación de un modelo penal dependen de los efectos y resultados, y que de ello no dependen consideraciones constitucionales a ex –ante, previas su presentación o postulación, sino a posteriori, y que ello “solo puede hacerse si la teoría se pone a prueba”, sin duda que esas frases de GROSSO GARCÍA, traducen plantarse en el eficientismo del autoritarismo de Estado, el cual efectúa evaluaciones de planes, programas y propuestas no a partir del respeto y materialización de derechos, principios y garantías fundamentales constitucionales, legales y de jerarquía internacional, sino a partir de los exclusivos medidores de los resultadismos, valga decir, en la mirada del populismo punitivo.

El Profesor JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, al respecto, nos dice:

“(...) la eficacia o eficiencia de la justicia penal no se mide por el número de detenciones o condenas, sino por el grado de su contribución a la realización de los valores jurídicos dentro de su campo, lo cual exige condenar sólo al culpable dentro de los límites de su culpabilidad y absolver tanto al inocente como al que no se sabe con certeza si es inocente o culpable” (...)

“Es que en realidad, el <principio de eficiencia> significa, de modo general, la obtención del máximo de beneficios con el mínimo de costos en el uso de un medio dado. En el contexto del derecho penal lo que esto significa es que los eficientistas no están dispuestos, en la lucha contra la criminalidad, a pagar el costo –para ellos muy elevado- que representa la preservación de los derechos fundamentales” (...)

“La Constitución, pues, prescribe que el funcionamiento democrático del poder estatal debe pagar el costo de la preservación de los derechos fundamentales de las personas, y esto implica la renuncia a cierto tipo de acciones que podrían ser más <eficaces> sin esos límites. Los eficientistas, por el contrario, miran los derechos fundamentales como estorbos en el camino hacia una lucha eficaz contra el crimen y generalmente no advierten que cometen un crimen cada vez que sacrifican un derecho fundamental para perseguir un delito ¿Cómo puede, entonces, pretenderse eficiente en la lucha contra el delito una actitud que multiplica la criminalidad so pretexto de combatirla?

De entrada, pues, el eficientismo, aparece como contrario a la carta de derechos. Pero su mayor fuerza proviene de la coincidencia de su formulación con las reglas

básicas del utilitarismo primitivo de Bentham: la regla principal es <la mayor felicidad del mayor número> y en los procedimientos para lograrlo los derechos naturales son <disparates en zancos>.

“La réplica del mismo movimiento utilitarista, para el caso, de Pareto: una decisión social es óptima y por tanto eficiente únicamente si no existe <otra situación diferente que se prefiera unánimemente>, de manera que eficiente y justo no siempre coinciden. Pero, de otra parte, no se ve la utilidad del mayor número en la negación o inadmisión de los derechos de todos.

Esta es una de las herencias de aquel movimiento, que además carga con el lastre del pragmatismo norteamericano, para el cual no hay más verdades que las que producen rendimiento o utilidad, de modo que lo verdadero depende del resultado utilitario que se quiere alcanzar. El pragmatismo sí que es verdad que no tiene moral y mucho menos principios que respetar”[8].

4.- Consideramos y ello no es novedad que nuestra Constitución no es un simple proyecto de deber ser, sino que por el contrario es una realidad político-institucional en cuanto a ser, esto es, en cuanto a lo que es, y debe ser.

Con lo anterior significamos que nuestra Carta magna, concebida bajo la égida del Estado Constitucional, social y democrático de derecho en lo que corresponde al derecho penal y concepto de delito, en el artículo 29, consagró al derecho penal de acto y conducta humana como el presupuesto esencial del injusto penal, característica en expresiones objetivas y subjetivas, a partir de la cual se han construido todos y cada uno de los conceptos y categorías penales que dicen relación adjetivada del injusto penal.

Como evidencia incontrastable solo basta una mirada a cada una de las normas en las que a partir del predicado 29 constitucional del acto que se imputa, de correlación en el código penal se regulan los conceptos de: conducta punible, conducta típica, antijurídica, conducta culpable, conducta dolosa, culposa, preterintencional, tiempo de realización de la conducta, conducta punible de autoría, de participación, etc.

En esa mirada, desde una perspectiva constitucional, y ello tampoco es novedad, la conducta humana constituye la esencia de la imputabilidad, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad. En igual sentido, otorga contenidos a los conceptos de autoría, coautoría, participación, complicidad, determinador, a las expresiones de dolo, culpa, a las agravantes, atenuantes, ausencias de responsabilidad, etc.

Como se observa, la conducta humana es una realidad político-constitucional y legal, la cual no se puede negar, ocultar, y de la cual no es dable prescindir en orden a excluirla de los conceptos y categorías normativas que regulan en manera general, particular y singular la misma, y que se recogen en el código penal.

Por tanto, si la conducta humana se consolida como realidad constitucional y legal, consideramos que pretender efectuar constructos acerca del derecho penal y concepto de delito como los que apuesta el normativismo purista, e introducir en el derecho positivo esa estela de re-definiciones lógico-abstractas mediante las cuales se prescinde por completo de toda referencia ontológica[9], constituye un atentado contra nuestra Constitución, máxime cuando se intenta sustituirla a plumazo doctrinario por el concepto de relación del sujeto sistémico con la norma funcional.

Sin duda, ello traduce instrumentalizar de hecho y de cara al resultadismo punitivo un modelo penal saturado de tratamientos y re-definiciones conceptuales concebidas en declarada contradicción con nuestra Constitución política, y además, para topes, contruidos en absoluta negación de convenios y tratados internacionales en los que se consagra el derecho penal de acto.

Por tanto, la pretensión de introducir por vía de asaltos discursivos al derecho positivo, constructos en cuyas redefiniciones se prescinde de toda referencia ontológica, constituye efectuar hechizos discursivos, hechizos normativos; razón superlativa por la que se torna intrascendente confrontar con planteamientos doctrinarios de los que se ocupa el normativismo purista, modelo que además de

haberse construido a partir de sociologismos huecos, para completar se erigen sobre las columnas de la contradicción y negación de valores constitucionales, en cuanto al derecho penal de acto se refiere.

En síntesis, la doctrina del normativismo purista, además de proyectarse a contraria a nuestra Constitución, Convenios y Tratados internacionales referidos al derecho penal de acto, no deja de ser un discursivismo imaginario, lógico-formal y abstracto, sobre el cual la historia del derecho penal, más temprano que tarde pasará a recordar como la metafísica jurídico penal que un día se fundó sobre el sociologismo imaginario de la nada, con el cual los constructores del universalismo supracultural y cosmovisional pretendieron imponer a costos del resultadismo, el eficientismo y populismo punitivo.

Se trata de discursivas defensistas de las hegemonías de los supra-poderes y megafonistas de la Escuela de Kiel y del autoritarismo de Estado.

5.- De otra parte, dígase que al pretender construir redefiniciones de categorías penales con prescindencia de toda referencia ontológica[10], se apuesta a concebir el delito a partir de la objetiva infidelidad del hombre sistémico al derecho, en puntos objetivos meramente atributistas de la simple contrariedad a la norma y al Estado.

Lo anterior, traduce concebir al delito a partir de la doctrina de la responsabilidad objetiva, engendro categorial que conforme al normativismo purista se la etiqueta como: teoría de la imputación objetiva[11].

En esa medida, conforme a dicho engendro doctrinario, lo único que se ha efectuado es construir una sofisticada Neo-doctrina de la responsabilidad objetiva, la cual se erige no a partir de la conducta humana, sino de la simple relación objetiva y comunicacional de la persona abstracta y sistémica frente a la norma y frente al sistema vigente.

Sin mayores desarrollos, hemos de afirmar que: si la doctrina de la imputación objetiva de Jakobs traduce en un todo la Nueva Doctrina de la Responsabilidad Objetiva, bien puede recordarse que esos engendros a más de negar nuestra Constitución, en lo que corresponde al derecho penal de acto, contrarían nuestro código penal (Ley 599 de 2000), en cuyo artículo 9º se consagró que: la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado; y de otra, en el artículo 12, se consagró: la erradicación de toda forma de responsabilidad objetiva.

Respecto a las construcciones anti-constitucionales, hemos de reiterar sin importar que ellas sean una voz solitaria, que se torna en un todo intrascendente involucrarnos en discusiones acerca de los presupuestos dogmáticos del normativismo purista, los cuales de entrada se visualizan contrarios a nuestra Constitución política.

Por tanto, mientras el derecho penal de acto (mas no el derecho penal de hecho, ni el derecho penal puramente fenomenológico, ni el derecho penal puramente y objetivamente efectualista, ni el derecho penal de obra objetiva del autor, ni el derecho penal pura y objetivamente imputativo, ni el derecho penal pura y objetivamente atributista) y la conducta humana se mantengan en nuestra Constitución como ser y como deber ser, y mientras la conducta humana siga siendo una realidad político constitucional y legal, mientras ello ocurra, como hasta ahora, en efecto, ocurre, nuestras reflexiones al normativismo purista son y seguirán siendo de carácter político, y las seguiremos planteando desde nuestra visión filosófica del materialismo dialéctico.

Y, desde dicha mirada cognoscitivista, continuaremos afirmando que las redefiniciones conceptuales y categoriales acerca del derecho penal y tratamiento del injusto penal de las que se ha ocupado el normativismo purista de JAKOBS, constituyen postulados doctrinarios que niegan, contrarían y desconocen nuestra Constitución, concebida bajo la égida del Estado Constitucional, social y

democrático de derecho, y además contrarían y desconocen convenios y tratados internacionales, en los que se recoge el postulado de derecho penal de acto.

germanpabon@hotmail.com

Popayán abril de 2014

El Portal de Shamballa

[1] En el plano sociológico, por otra parte, la teoría sistémica de JACOBS no añade nada a la teoría de la desviación de EMILE DURKHEIM, que había concebido en términos semejantes la pena como un factor de estabilización social <destinado sobre todo a actuar sobre las personas honestas> reafirmando sus sentimientos colectivos y cohesionando la solidaridad de los desviados. A diferencia de la teoría de DURKHEIM, que nunca ha pretendido ofrecer una justificación, sino sólo una explicación de la pena, esta doctrina es por el contrario –igual que las moralistas y denunciatorias de STEPHEN y de sus epígonos contemporáneos, sí como de la cínico-realista de TARDE –una ideología de legitimación apriorística tanto del derecho penal como de la pena. Parece claro, en efecto, que al reducir al individuo a <subsistema físico-psíquico> funcionalmente subordinado a las exigencias del sistema social general, dicha doctrina se acompaña inevitablemente de modelos de derecho penal máximo e ilimitado, programáticamente indiferentes a la tutela de los derechos de la persona. El punto de vista de la justificación externa desaparece también en este caso, quedando enteramente reducido al punto de vista interno, importando poco que éste, en vez de identificarse con el *ethos* del Estado o con cualquier pretendida moralidad interna del derecho, se haya convertido en la mera exigencia funcional de auto-conservación del sistema político” LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 1995, p. 275

[2] Mario Salazar Marín, Injusto penal y error, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, 1999, pp. 358, 359 y 360.

[3] “El hombre se aborda en la concepción antropocéntrica de la Carta Constitucional, en toda su dimensión integral, como ser natural e individual, como ser social y como un ser en relación con su medio, de allí que se reconocen como fundamentales e inviolables los derechos inherentes al hombre, se reconocen derechos sociales, colectivos, económicos y culturales, lo mismo que se protege el medio ambiente y los recursos naturales. El hombre digno de que habla la

Constitución colombiana, es un ser en sí mismo considerado pero necesariamente en su dimensión social y en relación con el medio, pues el respeto al hombre como ser digno implica indispensablemente la preservación y respeto de las condiciones necesarias de su existencia humana”. JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, Tratado de derecho penal, parte general, tomo I, Ediciones Doctrina y Ley, 2001, Bogotá, p. 542.

[4] “Desde luego, como este planteamiento desemboca en una idea preventivo general positiva de la pena y del derecho penal se torna en blanco de diversas críticas, pues conduce a una postura política autoritaria y a la erección de un modelo de derecho penal máximo de hondo calado despótico, irrespetuoso de los derechos fundamentales de la persona humana. Por ello, cuando se reduce al individuo a un <subsistema físico-psíquico> funcionalmente subordinado a las exigencias del sistema social en general; esta doctrina tiene que acompañarse de modelos de derecho penal máximo e ilimitado, programáticamente indiferentes a la tutela de los derechos de la persona; es más, estas concepciones no pueden justificarse desde un punto de vista externo, quedando reducidas a una mera justificación interna, importando poco que –en vez de identificarse con el ethos del Estado o en cualquier pretendida moralidad interna del derecho- se convierten en la mera exigencia funcional de auto-conservación del sistema político” FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, Parte general, Temis, Bogotá, 1997, p. 221.

[5] JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal liberal de hoy*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, 2002, p. 141.

[6] MANUEL SALVADOR GROSSO GARCÍA, *El concepto del delito en el nuevo código penal*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, 2003, pp. 277 y 278.

[7] “El título con que aparece enunciado el tema de mi intervención en este simposio “Política Criminal” desde los valores de la Constitución, insinúa muy variadas orientaciones en orden a establecer su ubicación en el marco general de estudio sobre el sentido y contenido del derecho penal de la globalización, el cual nos convoca”.

“Una primera idea sobre este enunciado, estaría haciendo alusión al deber de someterse al plexo axiológico contenido en la Carta Política, por quien define y pone en práctica la función de prohibir conductas por medio de la pena”

“La importancia del tema habría que verla así mismo en que al aludir a la política criminal desde los valores de la Constitución, se adopta postura no por cualquier política criminal, y menos una que use los preceptos constitucionales a manera de pretexto. Se trata de la política criminal como proyección de los valores y principios del proyecto constitucional, que a más de fundar el instrumento penal y fijarle contornos en sus posibilidades de aplicación, corresponda a la realización de ese proyecto, como predicado general a que ha de someterse toda política de Estado” (...)

“Lo que queremos expresar es que la política criminal desde los valores de la Constitución, en relación con los sentidos y contenidos de la globalización, de entrada nos sitúa en el debate acerca de las condicionantes que determinan la política criminal propia de la Nación-Estado, con centros de poder y soberanía tradicional; reflejo de la propia evolución de las ideas liberales y correspondiente a características bien definidas, entre las que se destaca la elaboración de una dogmática en grado avanzado de construcción, en oposición a la condicionantes que inspiran la política criminal de la globalización, con centros de poder en instancias supraestatales, reflejo de los saltos cualitativos experimentados por los procesos de internacionalización, con una dogmática en comparación con la de los Estados nacionales, en un nivel menor de desarrollo de construcción”. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL. Conferencia “*La Política Criminal derivada de los valores de la Constitución*”.

[8] JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Derecho penal liberal de hoy, ed. Cit., pl 248, 249 y 250.

[9] “Como ya se indicó, la otra alternativa propuesta por los cultores del derecho penal en cuanto al asunto que se discute, es la de desistir del concepto de conducta por entender que el elemento central de la teoría del delito es la tipicidad; se plantea, en otras palabras, la absorción de la acción jurídico-penal por esta última categoría. Esta postura no es ni mucho menos nueva y ha sido objeto de acogida por teóricos decepcionados de los escasos rendimientos reportados por la centenaria polémica en torno a la acción, quienes no vacilan en afirmar que el concepto de acción como elemento de la teoría del delito cumple solo una función negativa, y solo sirve para determinar cuando no hay acción”.

“Si se repara detenidamente en esta formulación, se puede concluir que desde el punto de vista lógico tampoco es descabellada y, por el contrario, parece solucionar muchas disputas estériles; además de brindar gran comodidad, no obstante, se le puede criticar el hecho de pretender resolver los problemas eludiéndolos y olvidar, así sea verdad que la suerte de la dogmática se decide desde la tipicidad, que es necesario un concepto de acción al cual puedan referirse los caracteres específicos del delito como rasgos suyos, y ello no sólo por razones gramático-constructivas. Incluso, así sea para concluir en un concepto que se pretende no comprometido con las partes en contienda, como aquel según el cual acción es comportamiento dominado por la voluntad” FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Manual de derecho penal, Temis, Bogotá, 2002, p. 240.

[10] “La principal característica de la acción como expresión de sentido que se mantiene como una constante en todos los autores que son partidarios del ideario de la moderna teoría de la imputación objetiva, es que no depende de una aceptación previa de la estructura ontológica de la acción humana. Esta nota se aprecia muy claramente en Jakobs. El hecho punible para Jakobs es considerado como una contribución comunicativa, como una expresión de sentido que se sitúa

frente a la identidad de la sociedad. Para determinar el hecho punible como una expresión de sentido se aparta Jakobs, por un lado, de la perspectiva de la teoría causal y su presupuesto, según el cual una conducta debe tener el significado de un hecho punible cuando la conducta es causal para el resultado. Por otra parte, señala este autor que aunque el finalismo añade una categoría posterior: la causalidad anticipada en el conocimiento, esta anticipación de la causalidad es un hecho psíquico y no social. Para Jakobs <el concepto de acción no se busca antes de la sociedad, sino dentro de la sociedad>, y además, la significación de una conducta está en su posición en el contexto social. Jakobs critica al finalismo la utilización de estructuras psíquicas que son expresión de la naturaleza para decir que la acción es expresión de sentido”. MARIA ÁNGELES RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Universidad Externado de Colombia, J.M. Bosch. Bogotá, 2002, p. 409.

[11] “La interpretación de los concretos elementos del tipo es un problema de la parte especial. Pero la tarea más importante que el tipo objetivo le plantea a la parte general consiste en elaborar los principios, no específicos de cada delito, que rigen para la acción típica en los delitos de resultado; es decir: en la parte general hay que aclarar qué características ha de tener la relación entre sujeto activo y resultado para que se le pueda imputar al sujeto activo el resultado como acción suya. Así, para seguir con el ejemplo del §303, para que se realice el tipo no basta con la concurrencia de una persona que actúe de un determinado modo y de una cosa dañada, sino que ha de comprobarse que el resultado es obra del autor. Para ello, en los delitos de comisivos ha de darse en primer lugar la causalidad entre la acción del autor y el resultado”. CLAUS ROXIN, *Derecho penal*, parte general, T.I. Civitas, 1997. P.304.

“De la concepción kantiana de la imputación expuesta se puede deducir: 1.- En primer lugar, que la imputación como juicio presupone, por un lado, un sujeto destinatario de la imputación, que es la persona, y por otro lado, un objeto imputado, que es el resultado o el suceso; 2.- En segundo lugar, el sujeto que recibe lo imputado y el objeto imputado tienen una existencia independiente; 3.- En tercer lugar, la imputación tiene como fin atribuir algo a un sujeto, en concreto atribuye la pertenencia de un resultado-suceso a una persona; 4.- En cuarto lugar, un juicio de carácter atributivo que persiga este fin no puede realizar valoraciones, porque se limita simplemente a determinar una relación de pertenencia entre un objeto destinatario de la imputación y un objeto imputado. Esto supone que los elementos en virtud de los cuales se constituye la relación de imputación, son independientes de los criterios rectores específicos de las posibles variaciones que pudieron proyectarse sobre el suceso que con posterioridad a la constatación de dicha relación de imputación que emerge de la misma estructura material del suceso. La imputación tiene, por tanto, una estructura y un carácter objetivo”. MARIA ÁNGELES RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Universidad Externado de Colombia, J.M. Bosch. Bogotá, 2002, p. 64.