

Funcionalismo Radical de Jakobs en Colombia



Afiliada a la Asociación Colombiana de Universidades "ASCUN"

Investigador Principal
JUAN CAMILO MESA VELÁSQUEZ

Co-Investigadores
ANDRÉS MAURICIO QUICENO ARENAS
JHON FABER QUINTERO OLAYA



Afiliada a la Asociación Colombiana de Universidades "ASCUN"

FUNCIONALISMO RADICAL DE JAKOBS EN COLOMBIA

Investigador Principal
JUAN CAMILO MESA VELÁSQUEZ

Co-Investigadores
ANDRÉS MAURICIO QUICENO ARENAS
JHON FABER QUINTERO OLAYA

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
Seccional Armenia

FUNCIONALISMO RADICAL DE JAKOBS EN COLOMBIA

Autores:

Investigador Principal

JUAN CAMILO MESA VELÁSQUEZ

Co-Investigadores

ANDRÉS MAURICIO QUICENO ARENAS

JHON FABER QUINTERO OLAYA

ISBN: 978-958-8510-04-0

Ejemplares: 100

©Todos los Derechos Reservados

Año 2008

Revisión de Estilo: Juan Manuel Acevedo Carvajal

Diseño Carátula: Optigraf

Diagramación: Optigraf

Impresión: Optigraf

HONORABLE CONSILIATURA

Germán Darío Ledesma López
Presidente

José Galat Noumer
Rector General

Carlos Alberto Pulido Barrantes
Secretario

Raúl Abril Cárdenas
Consiliario

Rafael Diazgranados Peñaranda
Consiliario

Eduardo Carvajalino Contreras
Consiliario

Roberto Herrera Soto
Consiliario

María Consuelo Castaño Triana
Consiliaria

Teodoro Gómez Gómez
Representante de los Profesores

Jeimy Cadena Duque
Representante de los Estudiantes

Myriam Luz Vargas
Revisora Fiscal

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA Armenia

AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

José Galat Noumer
Rector General

Jaime Bejarano Alzate
Rector delegatario

Bibiana Vélez Medina
Vicerrectora Académica

Jorge Alberto Quintero Pinilla
Vicerrector Administrativo y Financiero

Ana Milena Londoño Palacio
Secretaria General

FUNCIONALISMO RADICAL DE JAKOBS EN COLOMBIA

Investigador Principal

JUAN CAMILO MESA VELÁSQUEZ

Co-Investigadores

ANDRÉS MAURICIO QUICENO ARENAS

JHON FABER QUINTERO OLAYA

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	7
1. EVOLUCIÓN DEL PENSAMIENTO JURÍDICO-PENAL MODERNO	9
1.1 ESCUELA CAUSALISTA	9
1.1.1 Aspectos generales	9
1.1.2. Teoría del delito	9
1.2 ESCUELA FINALISTA	10
1.2.1 Teoría del delito	10
1.2.2 Cambios a la estructura causalista del delito.	11
2. DESCRIPCIÓN DE LA TEORÍA NORMATIVISTA RADICAL	12
2.1. CONCEPCIÓN RADICAL DEL DELITO	12
2.1.1 La Conducta	14
2.1.2. NIVELES REQUERIDOS PARA IMPUTAR SEGÚN JAKOBS	14
2.1.2. Posición de Garante	18
2.2 FINALIDAD DE LA PENA PARA JAKOBS	20
2.2.1 Pena desde el Iusnaturalismo	20
2.2.2 Castigo para Kant	21
2.2.3 La visión de Feuerbach	22
2.2.4 Las ideas de Hegel	23
2.2.5 La pena en el Funcionalismo Radical	24
2.3. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO	25
2.4. TRANSFORMACIONES MÁS IMPORTANTES DE JAKOBS A LA TEORÍA DEL DELITO	29
3. ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE ALEMANIA Y COLOMBIA: UNA SOCIEDAD SISTEMÁTICA Y UNA SOCIEDAD ASISTEMÁTICA	30
3.1 LA TEORÍA SISTÉMICA DESDE LA SOCIOLOGÍA	31
3.2. LOS CASOS CONCRETOS: ALEMANIA Y COLOMBIA	36

3.2.1 Historia	37
3.2.2 Cultura	44
3.2.3 Aspectos Sociales, Económicos y Políticos	47
3.3. ¿ES COLOMBIA UN SISTEMA?	
4. PERTINENCIA DE LA DOGMÁTICA FUNCIONALISTA EN COLOMBIA	53
5. CONCLUSIONES	65
BIBLIOGRAFÍA	67
TABLA DE GRÁFICAS	
Gráfica No. 1: Sistemas de la sociedad	32
Gráfica No. 2: Paralelo subsistemas, funciones y estructuras	34

INTRODUCCIÓN

El derecho penal es el instrumento de control social más importante con el que cuenta la institucionalidad de un Estado. En él se sintetizan los valores fundamentales de un determinado pueblo, así como los fines que se quieren conseguir con la vida armónica en comunidad. De allí que las normas jurídicas sean el producto de la soberanía popular, en ella se erige la legitimidad de las autoridades y la restricción de determinados derechos fundamentada en el interés general.

Pero para que el *ius puniendi* sea efectivo necesita estar soportado en conocimientos y teorías que faciliten la aplicación del derecho penal sustancial y el derecho penal adjetivo. Entonces se evidencia la relevancia de la dogmática jurídico-penal. Ella no sólo interpreta y estudia los conceptos que son acogidos por el legislador, sino que genera nuevas vías para que la ciencia jurídico-criminal evolucione, buscando alternativas de solución a los problemas más complejos en la praxis judicial.

Es la doctrina la encargada de establecer los criterios probatorios de cada uno de los elementos de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, así como su naturaleza, alcance e interpretación para la que las personas puedan ser juzgadas por la comisión de una conducta punible, sin que exista la menor duda de su responsabilidad. En otras palabras como lo define el profesor Fernando Velásquez Velásquez "La dogmática jurídico-penal-o dogmática del derecho penal- es el saber que estudia el derecho penal positivo, que averigua el contenido, los presupuestos y las consecuencias de las normas punitivas, las cuales explica en su conexión interna".

En consecuencia gracias a los trabajos académicos de los Tratadistas del Derecho se alimenta de saberes la política criminal que fija un Estado. Y es que la fuente del derecho ha sido precisamente ese devenir de ideas y argumentos que en algunas ocasiones son contradictorios y en otros complementarios. De ellos han nacido las escuelas de derecho penal, acompañados de una realidad histórica que ha dado vida a esas abstracciones producto del trabajo intelectual.

Así las cosas mencionar El Causalismo, El Finalismo o El Funcionalismo es reconocer la ardua labor de Franz Von Liszt, Hans Welzel o Günther Jakobs, entre tantos otros. Y sólo hacemos referencia a estas tres corrientes, toda vez que son las que inspiran la ley 599 de 2000.

No obstante, para efectos de esta ponencia nos centraremos en el desarrollo temático de la teoría funcionalista de doctor Gunter Jakobs y su posible aplicación al ordenamiento jurídico colombiano. Y la razón principal para ello es que esta propuesta doctrinal viene siendo acogida por muchos países y ahora se busca por parte de algunos estudiosos su implementación total en la legislación Colombiana. Desde la perspectiva de estos juristas los avances doctrinales del Normativismo radical son la forma más acertada para entender el delito en nuestro país, renormativizando consigo las instituciones jurídico-penales que gobiernan a los colombianos.

1. EVOLUCIÓN DEL PENSAMIENTO JURIDICO PENAL MODERNO

1.1. ESCUELA CAUSALISTA

1.1.1. Aspectos Generales

Durante mucho tiempo se ha buscado la forma de entender el delito como un sistema, con el fin de otorgarle confiabilidad al derecho penal. De este esfuerzo nace la teoría del delito y con ella la dogmática penal. Así, tenemos grandes autores que han dedicado sus vidas a entender el comportamiento humano y sus diferentes manifestaciones, tratando de buscar la forma más adecuada de corregir sus desmanes.

Es de esta forma como surgen las teorías Causalista y Finalista, llamadas a explicar el desarrollo de la actividad delictiva. La teoría Causalista, cuyo mayor exponente es el Alemán Franz Von Liszt, se erige sobre el apotegma que señala que la acción es el fenómeno causal natural del delito. Liszt recoge el pensamiento clásico y positivista para fundamentar su teoría, obteniendo un análisis naturalístico, en el cual la acción humana es fuente del delito.

1.1.2. Teoría del Delito

El Causalismo, como ya se ha señalado, toma la acción como modificación del mundo exterior físico, material y sensorialmente perceptible. De esta forma parte la tridivisión del delito, donde la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad constituyen los pasos para determinar la responsabilidad penal. Así vamos a ver las principales características de esta teoría.

La tipicidad se encuentra compuesta por factores meramente objetivos, como lo son: el sujeto, el objeto y la conducta. Sin embargo, da cabida a ingredientes subjetivos diferentes del dolo y la culpa, así como a elementos normativos y a dispositivos amplificadores del tipo como: la coparticipación y la tentativa. Es decir, la tipicidad en la teoría del delito Causalista se limita a encuadrar la conducta en el tipo.

Ahora, la antijuridicidad es un juicio desvalorativo, en el cual se analiza el daño causado por el comportamiento típico; en consecuencia, si hay ausencia de daño no hay responsabilidad penal. Todo ello significa que, la tipicidad es un indicio de la antijuridicidad.

De esta forma pasamos a la culpabilidad, donde se encuentra el dolo, la culpa y la preterintención. El dolo aquí, presupone una conciencia de tipicidad y antijuridicidad, se constituye en un dolo que involucra tanto el aspecto cognoscitivo como el volitivo del querer humano. Es decir, el autor del delito debe conocer la condición ilegal de su actuar, además de querer su realización. En este estadio de la teoría del delito se pueden presentar causales exculpantes y disculpantes que eliminarían la responsabilidad.

1.2. ESCUELA FINALISTA

1.2.1. Teoría del Delito

La teoría Finalista de la acción, del Maestro Hans Welzel, plantea una estructura del delito que recoge aspectos del causalismo. Empero plantea una estructura con cambios rotundos y definidos. Esencialmente Welzel propone una teoría donde "la causalidad por sí sola no baste para la imputación jurídica del resultado"¹. Así, el finalismo propone que *la acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por tanto, un acontecer "final y no meramente "causal".* Reiterando de la misma forma que *la causalidad es ciega y la finalidad es vidente.*

En consecuencia, el tipo en la teoría Finalista de la acción es mixto. Es decir, tiene una parte subjetiva y otra objetiva. Dentro de la objetiva encontramos: el sujeto, el objeto y la conducta, como también los ingredientes normativos y los dispositivos amplificadores del tipo; en la subjetiva encontramos el dolo en su parte volitiva, este último entendido como el querer de la realización de la descripción típica; de igual forma se encuentran allí los ingredientes subjetivos diferentes del dolo.

Asimismo presenta esta teoría el error; empero, lo divide en error de prohibición y error de tipo. El primero se divide en dos: error de prohibición directo, el cual recae sobre una causal de justificación; y error de prohibición indirecto, que se refiere a la incongruencia en el contenido de dichas causales. La antijuridicidad es el daño causado con la conducta típica, tanto a la norma como al bien jurídico tutelado por la ley penal.

¹ Código Penal, Art. 9

En lo atinente a la culpabilidad, ésta se degrada a un juicio de reproche en el cual se conmina al delincuente a responder el por qué pudiendo actuar de acuerdo a derecho no lo hizo. Así se conserva una parte del dolo, el cognoscitivo, puesto que se requiere que el autor conozca la ilicitud de su actuar.

1.2.2. Cambios a la Estructura Causalista del Delito

Estas dos teorías se presentan como una evolución consecuente de la dogmática penal, en donde el Finalismo recoge planteamientos causalistas, que a su vez se encuentran apoyados en las escuelas clásica y positivista. De esta forma se responde al dinamismo de la humanidad que exige cambios en la estructura del delito con miras a cumplir efectivamente la política criminal.

Así plantea el causalismo una estructura en la cual su parte objetiva comprende: La tipicidad y la antijuridicidad y en su parte subjetiva la culpabilidad donde reposan el dolo y la culpa. Todo ello no es librado al azar, corresponde a un fundamento dogmático donde la causa es un movimiento o ausencia del mismo, de forma voluntaria que produce cambios en el exterior.

Esto quiere decir que de la acción se expulsa por completo el factor subjetivo. Por tanto, ello se expresa al momento de ubicar el dolo y la culpa dentro de la teoría del delito causalista en la culpabilidad y dejando la tipicidad como un simple encuadramiento de la conducta en la descripción típica.

De esta forma el Maestro Welzel toma algunos elementos del Causalismo y los adapta a sus concepciones. En ellas expresa que la finalidad es vidente y la causalidad es ciega, es decir, El hombre al momento de modificar el mundo exterior es capaz de representarse en su mente las consecuencias a las cuales se llegará.

Todo ello implica que dentro de la conducta humana estudiada desde la estructura del delito, debe comprenderse una parte subjetiva en la cual el autor se represente el fin de su proceder. En consecuencia el Finalismo incorpora a la tipicidad el dolo en su parte volitiva y deja en la culpabilidad un juicio de reproche donde se analiza la parte cognoscitiva del mismo. Es decir, comprender la ilicitud de su acto y consecuentemente reprocharle por no haber ajustado su conducta a derecho.

2. DESCRIPCIÓN DE LA TEORÍA NORMATIVISTA RADICAL

2.1. CONCEPCIÓN RADICAL DEL DELITO

El Funcionalismo radical es una novedosa doctrina para comprender el delito creada por el profesor alemán Gunther Jakobs. Ella se basa en los postulados sociológicos de N. Luhmann y en la filosofía hegeliana. Se caracteriza por modificar los contenidos y las concepciones jurídico-penales establecidas por el Finalismo hacia una tendencia meramente objetiva y normativa. De ahí el reconocimiento de este tratadista como el hereje del Finalismo.

Con esta teoría deja de construirse la dogmática a partir de lo antropológico, lo óntico para volcarse hacia lo normativo, es decir el derecho propiamente dicho. Verbigracia el hombre deja de ser para Jakobs el centro del ordenamiento jurídico, siendo sustituido radicalmente por la norma. Al respecto el profesor Zaffaroni nos dice:

Invierte exactamente la premisa de Welzen, al afirmar que ningún concepto jurídico-penal - y no sólo la acción y la culpabilidad- está vinculada a datos prejurídicos, sino que todos se construyen en función de la tarea del derecho penal, o sea, que el derecho penal los construye a su medida conforme a los fines que se le asignan. Incluso el concepto mismo del sujeto al que se dirige el derecho se construye en función de la tarea asignada por el derecho penal².

Palmario es conforme a lo pretérito que el sujeto es tal en la medida de sus relaciones, comoquiera que existe para el derecho sólo como ser social. Igualmente los elementos que componen el delito no se miran exclusivamente desde el ordenamiento jurídico, sino desde su dinámica funcional. Todo alrededor de un "normo- centrismo" en el que "todas y cada una de las categorías se deben precisar en función de garantizar la identidad normativa de la sociedad".³

Así las cosas y teniendo como base que el derecho se hace en la medida de las necesidades y las finalidades del derecho penal se percibe una

² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual del Derecho Penal. Editorial Temis, Buenos Aires: 2006. P 304

³ VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. Manual del Derecho Penal Parte General, Librería Jurídica Comlibros, Medellín: 2007. P 227

normativización radical de la dogmática. La conducta punible se cimenta sobre la base de una defraudación **normativa** de las expectativas sociales. En consecuencia se castiga penalmente a un ciudadano cuando su comportamiento es contrario a derecho con el objeto de estabilizar la norma. Quien actúa contrario a la ley de una forma culpable es imputable y, por tanto merecedor de una pena.

De lo anterior se pueden extraer algunas apreciaciones relevantes para una cabal comprensión del Normativismo radical. En primera medida se infiere que para la tesis del doctor Jakobs la protección de bienes jurídicos no fundamente el derecho penal, por cuanto lo que se busca es la estabilidad de la norma y la fidelidad al derecho por parte de las personas.

En segunda medida se aprecia como para defraudar las expectativas sociales se tiene que desempeñar un rol en la sociedad. Siguiendo las ideas de Luhmann Jakobs concluye que toda persona por el hecho de ser asociada a una colectividad cumple con unas tareas conforme a un perfil, a ello se le denomina **posición de garante**. Es así como el médico desarrolla unas funciones específicas dentro del conglomerado, lo mismo el abogado, el zapatero o el celador. *De esta manera se formula un apotegma en el que toda persona para ser imputable tiene que estar en posición de garante.*

El tema será abordado a mayor profundidad posteriormente.

Lo anterior fue expuesto, toda vez que con ello se configuran los presupuestos básicos que Jakobs establece para la carga de una pena a un individuo. La imputación del injusto se da con el comportamiento ajurídico que cuestiona la vigencia de la norma y la imputación de la culpabilidad con la defraudación de expectativas derivadas de la posición de garante y del rol social. Ello "deja de ser una cuestión propia del ámbito del tipo objetivo para convertirse en un concepto que abarca todo el delito".⁴

Siguiendo ese orden de ideas nos parece pertinente a efectos del presente trabajo de investigación referir lo que entiende Jakobs por conducta entreatándose de derecho penal, toda vez que incluso para su Normativismo

⁴ VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. Manual del Derecho Penal Parte General, Librería Jurídica Comilibros, Medellín: 2007. P 228

el aparato jurisdiccional sólo se puede colocar en movimiento a la luz de una acción. Se respeta en su propuesta el principio de acto. También teniendo claridad sobre esa connotación procederemos a describir los niveles que según el funcionalismo radical se deben agotar para fundamentar una pena.

2.1.1. La Conducta

De forma general el derecho represor consagra que nadie puede ser encausado penalmente por sus pensamientos e ideas. El iter criminis comienza con la ejecución de una conducta relevante para el derecho, por cuanto contradice la norma y defrauda las expectativas sociales. Esta premisa es afirmada unánimemente por la doctrina, sin embargo, no existe consenso frente a lo que se debe entender por conducta. Por ello el funcionalismo radical en su entender del delito define la conducta como "la evitabilidad individual de la producción de un resultado".⁵

En principio Jakobs no distinguía entre acción y omisión, toda vez que ambas eran especies de una misma rama. La acción como producción evitable de un resultado, y de la omisión como falta de evitación evitable de un resultado eran dos brazos de un gran cuerpo haciendo parte de un solo concepto.

En una manifestación del año 1992 Jakobs yuxtapone ambas categorías (acción y omisión) en una nueva noción en la que literalmente expresa que conducta es: "el hacer responsable al culpable por una lesión a la validez de la norma".⁶

La pertinencia de este concepto será objeto de estudio en un capítulo posterior.

2.1.2 NIVELES REQUERIDOS PARA IMPUTAR SEGÚN JAKOBS

Según el funcionalismo radical para imputar la comisión de un delito el operador de justicia tiene que realizar un examen en el que garantice que se cumplen los siguientes requisitos: La causalidad entre la conducta y el resultado; la imputación objetiva del comportamiento y la imputación objetiva del resultado.

⁵ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual del Derecho Penal Parte General, Librería Jurídica Comlibros, Medellín: 2007. P 228l Derecho Penal Parte General, Librería Jurídica Comlibros, Medellín: 2007. P 248

⁶ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual del Derecho Penal Parte General, Librería Jurídica Comlibros, Medellín: 2007. P 248

CAUSALIDAD ENTRE CONDUCTA Y RESULTADO

Es el componente naturalístico de la imputación objetiva. Consiste en identificar que el resultado hallado corresponde a la acción iniciada. Ello es bastante lógico porque a un hombre no se le puede atribuir un comportamiento antijurídico cuando éste no ha sido por él ejecutado. Por consiguiente tiene que haber un nexo de causalidad entre acción y resultado. Ahora bien, para la certeza en la mencionada atribución existen algunas teorías que relataremos brevemente. Para tal fin seguiremos al Maestro Velásquez Velásquez.

Teoría de la equivalencia de las condiciones: Sostiene que las condiciones tienen idéntica y equivalente calidad causal.

Teoría de la causalidad adecuada o de la adecuación: No toda condición es causa, penalmente hablando, sino aquella que según la experiencia general habitualmente produce un resultado. El profesor Pedro Alfonso Pabón Parra complementa este planteamiento cuando asevera que "para que una conducta se considere como causa de un resultado es necesario que sea proporcionada, adecuada e idónea para su producción".

Teoría de la relevancia o de la causalidad jurídicamente relevante: No todas las causas intervinientes en la producción de un suceso son jurídicamente equivalentes, sino sólo las relevantes. Se exige aquí una causalidad natural seguida de una causalidad jurídica.

A eso queríamos llegar porque tal y como lo dice el artículo 9 de nuestro Estatuto Represor "la causalidad por si sola no basta para la configuración jurídica del resultado". Sólo es relevante para el derecho aquella conducta u omisión que supera los límites permitidos por el Legislador y consume conforme al principio de legalidad y taxatividad una descripción típica. En la misma línea el profesor Pabón Parra opina:

"La causalidad meramente natural no es suficiente para derivar responsabilidad penal, sino que ella debe ser coadyuvada por criterios jurídicos de imputación, con lo cual, de tiempo atrás, la causalidad adquiere connotación jurídica ubicable en forma inmanente dentro de la tipicidad objetiva, en los delitos de resultado."⁷

IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL COMPORTAMIENTO

Esa imputación según Jakobs se realiza siguiendo la teoría de la imputación objetiva. Particularmente verificando las siguientes reglas:

RIESGO PERMITIDO: El crear un riesgo penalmente relevante o aumentar el riesgo a un punto no tolerado es un requisito, a efectos de la imputación. Es de rememorar que existen ciertas conductas que aunque inmanentemente traen consigo diversos riesgos son esenciales al desarrollo de la civilización y, por ello permitida. Conducir, los reactores nucleares, el transporte aéreo, entre otros son muestra de ello. Se desprende, a su vez, que los casos en los que un riesgo se disminuye causando consigo una lesión menor tampoco es imputable. Tampoco las situaciones semejantes de falta de realización del peligro y falta de realización del riesgo objeto de la acción penal.

PRINCIPIO DE CONFIANZA: De acuerdo con este axioma toda persona que actúa en derecho puede y debe confiar que sus congéneres harán lo mismo. Ello "a no ser que de manera fundada se pueda suponer lo contrario".⁸ De acuerdo con Jakobs mientras un ciudadano cumpla con sus obligaciones y respete los derechos de los demás, puede exigir correlativamente el respeto de los suyos, conforme a la vigencia de la norma y las expectativas sociales. En otras palabras el principio de confianza existe con los contactos sociales y rige para el alcance de las expectativas funcionales del rol en cada individuo, como miembro de una organización o comunidad de riesgos, incluyendo las prescripciones normativas del sistema. Incluso con Durkheim se predica la "solidaridad orgánica".

PROHIBICIÓN DE REGRESO: Muy bien dijo Metzger que no todas las condiciones tienen un mismo valor causal, toda vez que es menester determinar cuál es el factor relevante para encartar a un sujeto con una pena por la comisión de un delito. Siempre el derecho tiene que partir de algún lado para la realización de sus fines. De lo contrario la cadena criminal seguiría

⁷ PABON PARRA, Pedro Alfonso. Manual del Derecho Penal Parte General. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá: 2005. P 144

⁸ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual del Derecho Penal Parte General. Librería Jurídica Comlibros, Medellín: 2007. P 290

un tracto retrospectivo tan grande que desembocaría en el origen de la vida con Adán y Eva. Allí nace la prohibición de regreso.

Ella prohíbe el regreso a ciertas circunstancias que precedieron un delito, las cuales son irrelevantes para un juzgamiento. Adempero cuando un sujeto mata a otro con un arma fabricada en 1987 por José Alvarado, es de escasa importancia para la investigación el nombre de quien creó el artefacto y el proceso que siguió ese objeto en el mercado hasta llegar a manos del homicida.

COMPETENCIA DE LA VICTIMA: Es un hecho que un delito se realiza cuando se vulnera la esfera de dominio de otra persona y se realiza el tipo penal. Pero cuando alguien atenta contra su propia integridad se encuentra amparado en su libre desarrollo de la personalidad y el derecho penal no puede entrar regular las exteriorizaciones del titular del derecho contra sí mismo. Ello sólo se realiza en Estados totalitarios donde los nacionales pertenecen a esa Persona Jurídica de Derecho Público.

Esa es una de las razones por las cuales no se penaliza el suicidio. En consecuencia no se puede responsabilizar a otro por el atentado propinado por la víctima contra su humanidad. Por ejemplo no se puede atribuir al conductor responsable la muerte de la mujer embriagada y desilusionada que se abalanza hacia su vehículo.

IMPUTACIÓN DEL RESULTADO: Este es el último nivel para legitimar más allá de toda duda una condena desde la presente perspectiva. Se aplica para los delitos de resultado y se entiende con él realizado el riesgo. Para llegar a él se tuvo que agotar a modo de escalera los pasos anteriores porque no se puede imputar un resultado sin un comportamiento que desvirtúa la norma y sin un nexo entre la acción y el resultado. Así mismo tampoco son punibles las conductas que tienen origen en el Principio de Confianza, Culpa exclusiva de la víctima, dentro del Riesgo Permitido o con valoraciones entronadas en la Prohibición de Regreso.

Una vez verificado se puede imputar jurídicamente la realización de una acción.

2.1.2 Posición de Garante

Se ubica en el nivel de imputación de la conducta y es vital para legitimar una condena. Según Jakobs nadie puede ser imputable, mientras no tenga posición de garante respecto de la fuente de peligro para la vulneración de la norma. Es decir, para que a una persona pueda ser endilgada la comisión de un delito tiene que existir un vínculo entre el riesgo y el sujeto.

Parte de la idea de Niklas Luhmann que todo individuo en la sociedad está destinado a comportarse de determinada forma por el rol que desempeña en la misma. De tal suerte que sólo le puede ser imputable por aquello que para él es evitable. Es de precisar que para Jakobs la conducta emana de la evitabilidad de la producción de un resultado.

En consecuencia la posición de garante parte del deber que tiene un individuo de custodiar, proteger y vigilar las fuentes de peligro que se derivan de su actividad para la comunidad.

Así, por ejemplo, la madre del recién nacido tiene obligación especial de alimentarlo para que no muera; el médico tiene obligación de atender al accidentado para salvarlo; el que maneja una sustancia explosiva tiene obligación de evitar que se produzca una explosión o un incendio.⁹

Esta es una figura jurídica que tiene como fuentes la Constitución y la ley. Del principio de solidaridad se desprende que todos somos garantes de todos. En Colombia es el artículo 25 de la ley 599 de 2000 la que contempla la posición de garante.

Con base en los numerales de ese artículo ubicado en la parte general de esa codificación sustancial la doctrina establece esa posición de garantía que se divide en unas sub-conceptualizaciones.

La primera es denominada *deberes de garantía* que se establece la relación directa entre el agente y las fuentes del peligro en su vigilancia, control, prevención y protección. De allí se extrae que existen garantes de protección

⁹ PABON PARRA, Pedro Alfonso. Ob. Cit. P 139

y garantes de vigilancia. Los primeros son aquellos que no crean un riesgo, pero tienen un deber de salvaguardia con la sociedad. Entretanto los segundos son quienes crean un peligro y, por consiguiente, tienen deber de vigilancia. Ambos por su condición o actuación aceptan voluntariamente la función protectora, como los salvavidas en las playas públicas.

Aquí mismo se ubican los riesgos creados por terceros que dependen materialmente del actor. Por tanto están en su ámbito de influencia, como en el caso de algunos servidores públicos respecto de sus subordinados.

En segundo lugar se sitúa la *vinculación natural del agente con la estrecha comunidad de vida*. Se refiere a las obligaciones derivadas de los cónyuges y la familia como las obligaciones alimentarias. Se incluye aquí "los deberes de socorro y ayuda generados por relaciones de convivencia análogas a la familiar".¹⁰

En tercera medida tenemos *la comunidad de peligros*. Aquí el vínculo emana de la solidaridad que se predica entre las personas que despliegan una determinada acción de peligro. A la postre debe haber una pluralidad subjetiva, puesto que para una comunidad esta conformada por múltiples individuos. En el alpinismo, por ejemplo tiene que haber una ayuda y socorro mutuo.

Por último la injerencia como la evitabilidad de un riesgo precedente es una especie de posición de garante. De esta manera quien tiene un león, vive en un conjunto cerrado debe ponerle el bozal, o el universitario que suministra licor a su amigo debe guardar de él, protegerlo. La injerencia emana de un comportamiento propio.

Por consiguiente el riesgo es inmanente a toda vida en sociedad, incluso a cada tarea o interacción simbólica. De allí emana la posición de garante asemejada por muchos juristas exclusivamente a los delitos de comisión por omisión, pero hoy también extendida por algunas doctrinas (Normativismo) a los punibles por acción, de los cuales se tenía certeza que podían impedir el resultado. Claudia López Díaz al respecto asegura que:

¹⁰ PABON PARRA, Pedro Alfonso. Ob. Cit. P 140

De esta manera logra Jakobs demostrar que la apariencia externa de la forma como se cometió la conducta punible -por acción u omisión-pasa a un segundo plano ya que lo determinante es establecer si ese autor tenía o no una posición de garante.¹¹

2.2. FINALIDAD DE LA PENA PARA JAKOBS

Como dice Platón, ningún hombre inteligente se castiga porque se ha cometido una infracción (quia peccatum est), sino para que no se vuelva a cometer (ne peccatur); no se puede eliminar lo que ha sucedido en el pasado; se evita lo que pueda suceder en el futuro.¹²

SÉNECA

Las penas pueden ser totalmente retributivas o preventivas. Las finalidades que se persiguen varían según el arquetipo que se adopte. De un lado está la materialización de la justicia por la vulneración de un derecho y en reverso la garantía social del aseguramiento de un peligro. Para ubicarnos en la pena en términos del Normativismo Radical es menester analizar algunas enunciaciones filosóficas sobre el tema que desde nuestro punto de vista sirven de soporte para la pena en Jakobs y establecer si es preventiva, retributiva o asilada de esa clasificación.

2.2.1. Pena desde el iusnaturalismo: Retributivamente para ellos se puede imponer un mal a la persona que ha vulnerado un derecho con su actuar. No obstante, se debe perseguir una finalidad social que legitime el mal y conserve la fraternidad entre los seres humanos. De ahí que Grocio diga que se deben prohibir las penas sin utilidad.

Hobbes anuente al mismo esquema distingue ente el estado natural y el de derecho expresando que en este último existen algunas reglas para salir adelante socialmente y su inobservancia tiene que conducir al fracaso del

¹¹ LOPEZ DÍAZ, Claudia. ACCIONES A PROPIO RIESGO EXCLUSIÓN DE LA TIPICIDAD POR RESPONSABILIDAD DE LA VÍCTIMA CON BASE EN UNA CONCEPCIÓN FUNCIONAL ESTRUCTURAL DE LA SOCIEDAD, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2006. P 244.

¹² JAKOBS, Gunther. LA PENA: SIGNIFICADO Y FINALIDAD en la obra DERECHO PENAL Y SOCIEDAD ESTUDIOS SOBRES LAS OBRAS DE GUNTHER JAKOBS Y CLAUS ROXIN, Y SOBRE LAS ESTRUCTURAS MODERNAS DE IMPUTACIÓN, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2007.P. 15

individuo. No se limita a la retribución porque para él la causación de un mal por otro mal sencillamente desemboca en la guerra.

Se demarca este paradigma de pensamiento por un temor a la pena para que simbólicamente el resto de la nación se mantenga inmersa en la disciplina y se haga efectiva la justicia. Wolff se pronuncia y denota:

Un ser humano que, llevado por la inclinación de sus sentidos y pasiones, ha cometido vilezas y fechorías y ha dejado totalmente de lado la razón que le vincula al bien... deber ser tratado igual que un perro rabioso que no puede servir más que para matarlo".¹³

Jakobs critica esta postura por cuanto carece de un contenido normativo. Es decir, no se nutre del derecho sino de la prudencia. En ella tienen más influencia la psicología y la sociología que la misma disciplina jurídica. De igual forma tampoco se identifica lo relacionado a la cuantía de la pena.

2.2.2 Castigo para Kant: Este filósofo alemán precisa que la ley penal es un imperativo categórico y que, en consecuencia, antes que cualquier utilidad primero se tiene que determinar la pena que el delincuente se merece y posteriormente aplicarla. Según Kant todo ciudadano posee una personalidad innata que le impide ser cosificado y tratado como objeto. De lo que se desprende que ninguna pena justa se permite por ponderaciones de prudencia, comoquiera que se confunde al agente con una cosa.

Por ende el merecimiento de la pena está estrechamente vinculado con la infracción a la ley y ello debe acarrear una pérdida de la felicidad. Emanada de su razón pura que "tanto el merecimiento de la felicidad y la felicidad como el merecimiento de la desdicha y la falta de felicidad se corresponden".¹⁴

A pesar de la proporcionalidad entre justicia y delito argüida por Kant él también coloca por encima al pueblo de cualquier castigo. Según él cuando se deba renunciar a la pena para garantizar la subsistencia de una sociedad civil tiene que hacerse. En lo que parece una contradicción este pensador cree que el castigo se

¹³ JAKOBS, Gunther. Ob. Cit. P 19

¹⁴ JAKOBS, Gunther. Ob. Cit. P 25

tiene que fundamentar en el principio general que ha transgredido el autor, toda vez que el daño individual no es semejante al social. Lo que significa que:

Con carácter general el daño social no puede ser determinado abstractamente mediante una simple observación sino que más bien depende de la fortaleza o debilidad de la estructura normativa de la sociedad: una sociedad segura de si misma castiga de forma más suave que otra que se encuentra amenazada de disolución.¹⁵

Son varios los vacíos y desacuerdos que tiene Jakobs con Kant. No ve como se explica el deber de la sociedad civil de perseguir el delito, si para ello se va construyendo, entretanto en la teoría de Kant se menciona un orden ya constituido. A su vez, la ley penal no es un imperativo categórico porque en algunos casos se permite la renuncia en su totalidad o a parte de ella, además que el mismo Kant parece reconocerlo en el evento que la pena de muerte de muchos individuos ponga en peligro la existencia de la especie.

En su conexión de delito, pena, felicidad y merecimiento de la felicidad técnicamente se correlaciona las buenas obras con el delito. La pena se impone sólo por aquellas conductas punibles que "se convirtieron en saldo negativo. Ello implica "un código sobre obras dignas de premio", el cual no existe y un fundamento por lo demás bastante discutible.

Al final (volviendo a la cita) la pena propuesta por Kant carece de cuantificación. En otras palabras no es adecuada a los fines de la culpabilidad y es contradictoria porque no es diáfana en cuanto a la proporcionalidad y tiene una alta probabilidad de caer en la injusticia.

2.2.3 La visión de Feuerbach: Se consideraba a si mismo como un Kantiano. Separó la secuencia de la amenaza y el hecho del hecho mismo y la pena. Pensaba que el derecho trata de la libertad en virtud de la cual las personas podían actuar de conformidad con sus derechos sin exceder los límites. Por tanto el Estado tiene como meta la protección de esos derechos individuales, para lo cual es imprescindible la coerción.

¹⁵ JAKOBS, Gunther. Ob. Cit. P 27

Feuerbach arguye que el baremo para prevenir la lesión de las prerrogativas personales es una amenaza con un mal mayor para el asociado que delinque. Es decir, si el ciudadano es amenazado con una drástica sanción en caso de cometer un delito se obligaría a respetar las competencias de sus colindantes y se sentiría insatisfecho en caso de incurrir en la descripción típica. Con la ejecución de la pena se hace creíble la amenaza. Además jurídicamente es posible la amenaza, toda vez que el titular de un derecho no ve perjudicado su ejercicio. Según este escrito alemán el Estado puede "condicionar las acciones antijurídicas mediante un mal perceptible por los sentidos: y esto es lo que realmente persiguen las amenazas penales".¹⁶ Así mismo el fundamento de la pena para Feuerbach es descrito de la siguiente manera: "Lo uno no puede tener lugar sin lo otro. El mal no puede ser impuesto sin el delito, el delito no puede ser cometido sin que el delincuente se exponga a la pena".¹⁷

A manera de síntesis en Feuerbach se configura una retribución por la vulneración de un derecho con la pena y una prevención con la amenaza de la misma.

Ahora bien, Jakobs nuevamente cuestiona esta reflexión por dos problemas. El primero porque no se puede amenazar con cualquier medida al indiciado, sino con aquellas que legítimamente lo permiten. Así las cosas cuando alguien vulnera la propiedad solo se puede actuar en legítima defensa, sin extralimitarse, de lo contrario cualquier resultado es imputable al propietario. De igual forma es inconcebible que el autor consienta cualquier amenaza. Por tanto se puede concluir que el mecanismo de Feuerbach para reprimir y prevenir cualquier ofensa en la sociedad civil parece ser en términos de Jakobs no idóneo.

2.2.4 Las ideas de Hegel: Este filósofo materialista forja un criterio de delito según el cual es un atentado contra la estructura social, al "derecho en cuanto derecho". La realización del derecho para Hegel consiste en la libertad, la cual es dividida en tres planos: el del derecho abstracto; el de la moralidad y de la eticidad.

¹⁶ JAKOBS, Gunther. Ob. Cit. P 31

¹⁷ JAKOBS, Gunther. Ob. Cit. P 32

En cuanto al derecho abstracto su realización es un requisito sine qua *nom* aunque sea mínimamente para desarrollar las formas de juridicidad. Concatenando lo precedente con la definición hegeliana de delito se puede llegar a un punto en el que "el delincuente niega la capacidad jurídica".¹⁸ A ello se debe responder con la anulación del peligro, con la demostración de la vigencia de la norma. Ahí está la pena. El dolor de la pena se funda en la máxima de la vigencia del ordenamiento jurídico. En otras palabras:

La manifestación de la inadecuación del hecho delictivo para constituir un punto de arranque comunicativo tiene lugar a través de un recorte más o menos intenso de la libertad, y con ello, del alcance comunicacional del delincuente, cuya importancia se manifiesta de este modo simbólicamente: se le ejecuta, o se le impide el uso de sus facultades encerrándolo, se le priva del medio principal del intercambio para obtener libertad, del dinero, entre otras cosas, en resumidas cuentas: el autor se le suspende total o parcialmente como destinatario y emisor de la comunicación."¹⁹

Así la pena no sólo es una coerción física, sino que también adquiere un importantísimo significado. Jakobs el único inconveniente que detalla en Hegel es que no responde porque se inflige un dolor si ya la sentencia desestimatoria al condenado es un símbolo de contradicción, así como que deja de lado la medida de la pena, lo que se escuda en el que para el derecho abstracto no es un ámbito de su análisis.

2.2.5 La pena en el Funcionalismo Radical

Las reflexiones de Hegel tienen una gran preponderancia en los progresos doctrinales del tratadista Gunther Jakobs. Como anticipadamente se había mencionado él concibe la pena como la confirmación del derecho ante la realización de un injusto de una forma culpable.

Jakobs no comparte que se pretenda simultáneamente perseguir la libertad e impedir toda violencia contra ella, comoquiera que en un Estado de Derecho no se puede garantizar una seguridad absoluta. Por ende su enfoque se centra en la juridicidad, en mantener incólume la vigencia de la norma. "El

¹⁸ JAKOBS, Gunther. Ob. Cit. P 36

¹⁹ JAKOBS, Gunther. Ob. Cit. P 37

derecho está en vigor mientras dirija mientras dirija la orientación comunicativa, siendo equivalente que dirija para la prevención de un delito, o si ello no se logra para la reacción frente al delito como tal:"²⁰

Mientras el Estado no renuncie a la persecución penal del delito la norma se mantiene vigente. Entretanto el derecho regule y oriente el comportamiento de una sociedad se fortifica el ordenamiento jurídico. Por ello cuando el delincuente con su comportamiento antijurídico crea una tendencia lesiva que ésta es eliminada con la pena.

El apoyo cognitivo en la vigencia de la norma desempeña un papel vital en la realización del derecho según Jakobs. Es decir, las víctimas y los ciudadanos tienen que tener certeza que cuando disfruten de su derecho no van a ser perturbados y que si lo son la reacción del derecho será implacable. Si la desconfianza gobierna las calles por la criminalidad el derecho es inefectivo. De allí que el dolor "sirve para la salvaguardia cognitiva de la vigencia de la norma: **éste es el fin de la pena**, como contradicción a la negación de la vigencia por parte del delincuente es su significado". (Negrilla por fuera del texto).

Según Jakobs el delincuente pone en tela de juicio la seguridad cognitiva de la vigencia de la norma, con el dolor de la pena se le simboliza que fracasó en su propósito, la cual se impondrá cuantificadamente determinada por la finalidad de la misma.

2.3 DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Una de los planteamientos dogmáticos más polémicos del funcionalismo radical es el derecho penal del enemigo. Básicamente es otra forma de derecho que se contrapone al derecho penal del ciudadano en donde ciertas "personas" en virtud del peligro que representan para la sociedad deben ser tratadas como enemigos. Es decir, deben dejar de ser personas porque lo que se libra contra ellos es una guerra.

Todos los ciudadanos tienen un derecho a la seguridad, la cual se ve vulnerada por ciertos individuos que no hacen parte ni respetan el contrato social del cual hacen parte. Según Jakobs "todos los individuos se hallan vinculados

²⁰ JAKOBS, Gunther. Ob. Cit. P 39

entre sí por el derecho". Pero para que ese vínculo sea real el derecho tiene que ser aplicable. Se debe pasar de lo abstracto a la práctica. Así las cosas, las instituciones creadas por el derecho también deben responder a ese imperativo, incluyendo las personas.

Ello porque los ciudadanos deben prestar garantía cognitiva que son fieles al derecho y, por tanto, se dejan dirigir por las normas. De lo contrario la persona según Jakobs degenera en un mero postulado y es allí cuando aparece el enemigo.

En consecuencia el tratamiento jurídico para el individuo peligroso debe ser totalmente distinto del que se le da a un ciudadano. Se persiguen incluso objetivos diferentes. Verbigracia mientras la pena para la persona significa la vigencia de la norma, la estabilidad de la sociedad y produce físicamente "la privación de cometer delitos fuera del centro penitenciario"²²; para el enemigo no simboliza nada simplemente efectividad. "Lucha contra un enemigo en lugar de comunicación", aquí la pena ni siquiera es pena, sino un simple aseguramiento lo que significa que carece de interaccionismo simbólico.

Pero contemplemos algunos fundamentos filosóficos de esta figura. El más remoto intelectual que se pronunció sobre el tema fue Rousseau, quien desde su filosofía contractualista aseveró que el sujeto que atentaba contra la comunidad debía ser considerado como un enemigo. Su perspectiva reza de la siguiente manera: "al culpable se le hace morir más como enemigo que como ciudadano".

En la misma línea Fichte dice que el nacional que vulnera el contrato ciudadano debe perder sus derechos. Según el delito puede firmar un contrato penitenciario, pero en el caso del actual homicidio doloso sigue en ausencia de derechos y "se le declara una cosa, una pieza de ganado.

Sin seguir a Fichte y Rosseau por ser demasiado abstractos Jakobs trae a colación a Hobbes, quien en su contrato de sumisión mantiene al agente en

²¹ JAKOBS Gunther, DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y DERECHO PENAL DEL CIUDADANO http://www.alfonsozambrano.com/dpe/dpe_melia.pdf

²² JAKOBS Gunther, DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y DERECHO PENAL DEL CIUDADANO http://www.alfonsozambrano.com/dpe/dpe_melia.pdf.

su rol de ciudadano, salvo que haya cometido el delito de traición. En tal caso por su rebelión al estado de derecho y su confirmación del estado de la naturaleza tiene que ser tratado como un enemigo.

Kant no difiere mucho de sus predecesores. Si según sus escritos cualquier persona puede obligar a otro a entrar en la constitución ciudadana, quien no se deja debe ser tratado como enemigo. En su escrito La Paz Eterna opina:

“Sin embargo, aquel ser humano o pueblo que se halla en un mero estado de naturaleza me priva... [de la] seguridad [necesaria], y me lesiona ya por ese estado en el que está a mi lado, si bien no de manera activa (*facto*), sí por la ausencia de legalidad de su estado (*statu iniusto*), que me amenaza constantemente, y le puedo obligar a que o entre conmigo en un estado comunitario-legal o abandone mi vecindad”²³

Al abandonar la vecindad adquiere el rol de enemigo conforme al mismo Kant en el mismo texto.

Es así como este derecho penal del enemigo no es nuevo en la academia, pero si como propuesta que se institucionalice en la legislación de los Estados. En los modernos términos de Jakobs "el derecho penal del ciudadano es el derecho de todos, el derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción hasta llegar a la guerra".²⁴

Para el funcionalismo radical el delito es la irritación temporal a una comunidad organizada. Por ende no es ni principio ni fin de la sociedad. Por tanto quien ocasionalmente infringe la norma no ataca la existencia del Estado porque no afecta su estructura y puede incluso en algún momento estar buscando su amparo. Así como el hijo que asesina a su padre para cobrar una póliza, en ese caso sub judice el joven antes busca que se le respete un derecho contractual adquirido.

Pero cuando esa persona no presta seguridad cognitiva de su comportamiento y vive para el crimen y el terrorismo debe ser tratado según Jakobs como un

²³ JAKOBS Gunther, DERECHO PENAL DEL CIUDADANO Y DERECHO PENAL DEL ENEMIGO. http://www.alfonsozambrano.com/dpe/dpe_melia.pdf

²⁴ JAKOBS Gunther, DERECHO PENAL DEL CIUDADANO Y DERECHO PENAL DEL ENEMIGO. http://www.alfonsozambrano.com/dpe/dpe_melia.pdf

enemigo. Ese ser ya no irrita temporalmente una comunidad, sino que busca destruir lo que encuentra a su paso. Ya no es persona para el derecho según Jakobs. En él no existen ningún tipo de expectativas porque no se orienta con base en lo lícito.

Para el combate el legislador adelanta la punibilidad y ataca con todo lo que tiene, por cuanto se siente lesionado. Entonces, según Jakobs unificar en un mismo espacio derecho penal del enemigo con derecho penal del ciudadano es mezclar proceso penal con guerra. Lo que permite deducir que para el doctrinante en mención deben separarse.

En el campo del derecho procesal Jakobs afirma que el derecho penal del enemigo es una realidad. Cuando el juez toma la medida de detención preventiva lo hace atendiendo a la calidad del victimario que representa un peligro para el curso del proceso "es decir, se conduce, en esa medida, como enemigo"²⁵. Es de forzoso reconocimiento que en el Código Procesal Penal Colombiano en el Libro Segundo, Título IV, Capítulo III, artículo 308 numeral segundo de los requisitos de las medidas de aseguramientos indica: " Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima".²⁶ Su pertenencia como medida de política criminal contra enemigos se estudiara más adelante.

Por ahora sabemos que Jakobs opina basado en Leyes Antiterroristas de algunos estados que acciones como la incomunicación del procesado, la intervención en comunicaciones, investigaciones encubiertas, entre otras como inherentes al derecho penal del enemigo. Según él no se emplean con esos terroristas procedimientos de la administración de justicia, pero si:

"Un procedimiento de guerra, aquel Estado en cuyo territorio se cometieron aquellos hechos intenta, con la ayuda de otros Estados, en cuyos territorios hasta el momento -y sólo hasta el momento- no ha sucedido nada comparable, destruir las fuentes de los terroristas y hacerse con ellos, o, mejor, matarlos directamente, asumiendo para ello también el homicidio de seres humanos inocentes, llamado daño colateral."²⁷

²⁵ JAKOBS Gunther, DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y DERECHO PENAL DEL CIUDADANO, http://www.alfonsozambrano.com/dpe/dpe_melia.pdf.

²⁶ CÓDIGO PENAL, CÓDIGOS DE PROCEDIMIENTO PENAL, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá: 2006. P 517

En resumen para Jakobs la persona es una construcción normativa con la que se caracteriza a algunos individuos para interrelacionarlos con el Estado. No todos los seres humanos son personas, sino sólo aquellos que prestan seguridad cognitiva de una fidelidad al derecho y una tutela del Estado. Según Jakobs la protección de derechos humanos tan difundida a nivel internacional es un mero postulado y, por tanto el Estado puede tomar las medidas que considere pertinentes para preservar ese "Estado Comunitario-Legal", inclusive suprimir la calidad de personas a algunos de sus miembros.

2.4. TRANSFORMACIONES MÁS IMPORTANTES DE JAKOBS A LA TEORÍA DEL DELITO

- 1) La tradicional tripartición del delito desaparece, puesto que para Jakobs para que haya responsabilidad penal sólo basta que se agote el injusto con la acción contraria a la norma y la culpabilidad que es la defraudación de expectativas. Así el aspecto objetivo del delito se transforma en todo el delito. La parte se convierte en el todo.
- 2) La conducta se concibe como evitabilidad del resultado en donde es indiferente si la misma se da por acción o por omisión.
- 3) El dolo vuelve a la culpabilidad. Solo basta la conducta anti-normativa para que haya injusto. Los defectos cognitivos atenúan o exoneran la responsabilidad, los volitivos la agravan. Es decir, como libremente y reconociendo la norma la persona atenta contra ella merece un mayor reproche. La culpabilidad es por ello "todo acto imputable".
- 3) La pena no responde a la vulneración de bienes jurídicos, sino que es una respuesta del ordenamiento jurídico a la afirmación que con el delito desvirtúa la norma, mostrando el peso legítimo de la ley y confirmando su vigencia. Esa es su finalidad. De esta manera el derecho penal está llamado a consolidar relaciones sociales entre individuos que deben mantenerse fieles al derecho.
- 4) Retrotrae de la filosofía contractualista el derecho penal del enemigo, que es para Jakobs otro derecho que sirve como instrumento para atacar un enemigo, que por lo demás no puede ser tratado como persona, toda vez que ataca la estructura del estado y es infiel al derecho. Para él no

²⁷ JAKOBS Gunther, DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y DERECHO PENAL DEL CIUDADANO, JAKOBS Gunther, DERECHO PENAL DEL CIUDADANO Y DERECHO PENAL DEL ENEMIGO. http://www.alfonsozambrano.com/dpe/dpe_melia.pdf

existe pena ni desde su aspecto simbólico, no desde su lado físico, sino un simple aseguramiento.

Como no presta garantía cognitiva de su comportamiento debe ser tratado como un enemigo. Según Jakobs en el derecho procesal ya existe y tiene una finalidad diferente que en el derecho penal del ciudadano.

- 5) La persona es una institución jurídica que existe en la medida que el individuo preste garantía cognitiva de su comportamiento. Allí nace el derecho penal del ciudadano.

3. ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE ALEMANIA Y COLOMBIA: UNA SOCIEDAD SISTEMÁTICA Y UNA SOCIEDAD ASISTEMÁTICA

3.1. LA TEORÍA SISTÉMICA DESDE LA SOCIOLOGÍA

La sociedad como conjunto de personas, normas e instituciones posee un nivel de funcionamiento y organización en extremo complejo, donde todos los elementos confluyen hacia procesos de comunicación y de interacción que dotan de complejidad "algo" aparentemente invariable. No obstante, los sociólogos, con el pasar de los tiempos, han logrado entretrejer diversas teorías que permiten entender el grado de complejidad de las relaciones en la sociedad.

En el inicio, se construyeron los *modelos materiales* y los *modelos formales*, desde los cuales se explicaba la lógica de las relaciones sociales. Los primeros se dividían en mecánicos y orgánicos. Los mecánicos han logrado representar de una manera gráfica diferentes aspectos de las sociedades. De esta forma, se puede observar la utilización de las conocidas formas piramidales egipcias para personificar las capas sociales. En tanto que en los *modelos materiales orgánicos* se utiliza como paradigma los organismos vivos.

Los modelos formales son una construcción de tipo psíquico o mental de los hechos fácticos que se perciben en la sociedad y los cuales pueden ser reducidos a signos, lo cual lo dota de cierta abstracción y lógica. Así las cosas, se reduce la realidad social a signos y conceptos estáticos.

Es en este punto donde algunos sociólogos han extendido los efectos y métodos de las ciencias naturales a los estudios de las ciencias sociales, de donde se desprende, por vez primera, la noción de sistema social. Es bien conocido que dentro de los sistemas todos los elementos están vinculados por una relación de interdependencia, donde al fallar uno de dichos nexos, el sistema entra en colapso y es donde surge la crisis. Las relaciones arriba planteadas se encuentran reguladas por determinadas normas, las cuales generan en los sujetos de la relación social una expectativa de cumplimiento que produce, a su vez, dinamismo y evolución.

De esta manera, es menester profundizar en dos acepciones básicas para el entendimiento y cimentación de una plataforma teórica del sistema social y de la escuela funcionalista: función y estructura.

Específicamente, podemos decir que *se denomina "función" a la contribución que aporta un elemento a la organización o a la acción del conjunto del que forma parte.*²⁸

Por estructura se define la forma, el modo, la jerarquización de un conjunto de elementos, disímiles por funciones.

Una vez determinados los conceptos de función y estructura que se tomarán a lo largo de la presente disertación, se posibilita explicar ciertos juicios que nos llevarán a comprender las diferencias esenciales entre Alemania y Colombia, como modelos de una sociedad sistemática y una sociedad asistemática, respectivamente.

En primer lugar, precisemos que el factor de diferenciación y caracterización de cada sociedad es su cultura original y singular. De aquí que dentro de cada sociedad, según el grado de complejidad, de organicidad y de funcionalidad, cada una de las construcciones consuetudinarias, legales, jurisprudenciales, se produzcan con respecto a una necesidad vinculante y efectiva de los elementos que se interrelacionan en ella.

²⁸ LÓPEZ DÍAZ, Claudia. "Acciones a propio riesgo. Exclusión de la tipicidad por responsabilidad de la víctima con base en una concepción funcional estructural de la sociedad". Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2006. P 35.

Talcott Parsons, sociólogo norteamericano, concibe una sociedad, teniendo como punto de partida la acción humana, desde cuatro subsistemas fundamentales, como son el biológico, el psíquico, el social y el cultural. Éstos se encuentran organizados de forma jerárquica, de acuerdo con la relación interior y/o exterior del factor con el sujeto que origina la acción. De esto, se desprende la gráfica siguiente:



Gráfica No. 1: Sistemas de la sociedad

Continuando con los postulados parsonsianos, se debe realizar una explicación de todos aquellos componentes estructurales invariables, los cuales hacen parte de una cultura normativa estable, perteneciente a un paradigma institucionalizado. En estos términos, nos dicen Parsons que dichos componentes estructurales invariables están contenidos en una clasificación de cuatro grupos: En el primero están contenidos los roles como todas aquellas formas características que definen la participación de los individuos dentro de la vida social estructural. Como segundo punto nos encontramos con las colectividades, donde las agrupaciones humanas se reúnen en torno a una temática axiológica, ideológica y académica que institucionaliza el conjunto. En tercer lugar se tienen las normas o modelos de comportamiento que son aquellas que regulan la participación, interacción y funcionalidad de los sujetos, de acuerdo con sus roles y las colectividades de las cuales hacen parte. Finalmente hallamos los valores, que determinan las conductas favorables al sistema social y a la colectividad como representante de la misma.

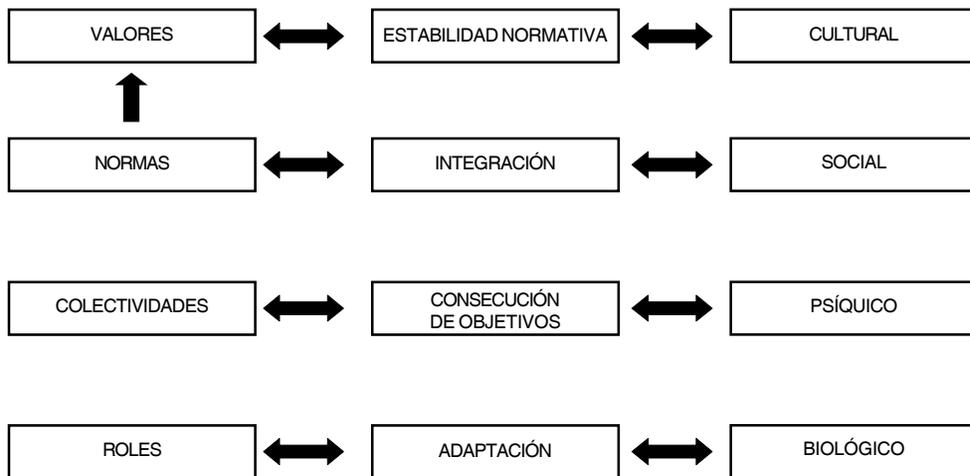
Además, Parsons hace mención de imperativos funcionales, teniendo *como concepto principal el de función como instrumento de logros equivalentes y de distintas alternativas en igualdad de posibilidad [...] un esquema regulativo de sentido, que organiza un ámbito de comparación entre resultados equivalentes.*²⁹

Así las cosas, se dice que dentro del sistema, es necesaria la existencia de funciones imperativas u obligatorias, para la coexistencia del sistema y el entorno mismo. Dichos imperativos funcionales parsonsianos, empezando por la cúspide y terminando en la base, son: **1.** La estabilidad normativa, como la obligación que tienen las instituciones de asegurar los valores que puedan redundar en beneficio de la colectividad; **2.** La integración, en el sentido de coordinación de cada una de las partes del sistema entre sí; **3.** Consecución de objetivos, como el fin mismo de las colectividades y de la forma de organización del sistema; y, **4.** La adaptación, que se debe comprender y definir como la utilización de todos los medios eficaces para lograr los objetivos del sistema.

Después de esta descripción de los elementos novedosos de la teoría del sociólogo norteamericano, Talcott Parsons, hablaremos de un paralelismo entre estos subsistemas, estructuras y funciones, de acuerdo a su ubicación jerárquica

²⁹ Ídem, P 62.

dentro de cada categoría. En este orden de ideas, no quedaría más que plantear la siguiente gráfica como conclusión de las anteriores explicaciones teóricas:



Gráfica No. 2: Paralelo subsistemas, funciones y estructuras

De esta manera, es posible concluir que el subsistema biológico, a través de los roles, está encargado de la función de adaptación del ser a los nuevos cambios presentados en los social; el subsistema psíquico, el cual actúa por medio de las colectividades tiene a cargo la consecución de los objetivos del individuo y de la colectividad misma; el subsistema social, utilizando como instrumento las normas y modelos de comportamiento debe velar por la integración de cada uno de los componentes del sistema; finalmente, el subsistema cultural, asiéndose de los valores hace posible una estabilidad normativa que genere confianza del individuo en la sociedad sistemática.

Ahora bien, después de hablar de las estructuras, subsistemas y funciones, profundicemos en algunas especificaciones de dichos conceptos. Recordemos que el sistema consiste en una pluralidad de elementos, los cuales sostienen diversas relaciones y nexos entre sí. De aquí que Luhmann hable de la complejidad del sistema, comoquiera que existe un punto en el cual los

elementos componentes del mismo no pueden conectarse unos con otros en todo momento, lo que simboliza, al final, una limitación de la adaptación propia de los subsistemas biológicos. Es aquí donde se producen las revoluciones y desaparecen todos aquellos grupos humanos que no son capaces de subsistir a la doble contingencia de la sociedad compleja.

Habiéndonos referido a la doble contingencia, Luhmann afirma que:

La doble contingencia actúa como catalizador de selecciones y como ordenador de las mismas mediante el siguiente procedimiento: "Ego sabe que Alter sabe que Ego actúa teniendo en cuenta la conducta de Alter; por tanto, Ego debe actuar teniendo en cuenta el efecto de esa anticipación". Y al actuar teniendo en cuenta el efecto que pueden tener las propias elecciones sobre Alter, Ego deberá actuar anticipando, en cierto modo, la conducta y la reacción de Alter. Ello supone una ordenación temporal de la selección que hace Ego y que orienta a su vez la conducta de Alter.³⁰

Para Luhmann, el proceso de comunicación no es una acción lineal consistente en un mensaje que es dado por el emisor al receptor. Luhmann dice que el emisor (Mitteilenden) *Alter* espera frente a una posible reacción del receptor (Adressaten) *Ego*, quien a su vez toma una posición de selección con respecto al mensaje reproducido por el primero. Es en esta instancia donde se hacen posibles las expectativas sociales y la reciprocidad de las mencionadas expectativas.

Luhmann sostiene que toda comunicación consta de un código binario, donde existen tan sólo dos opciones de selección en la transmisión del mensaje para *Alter*, y *Ego*, a su vez, elige la posición con relación al mensaje original enviado por *Alter*. De estas relaciones binarias, podemos deducir que *Alter* hace lo que *Ego* quiere, en tanto *Ego* actúa como lo predestine *Alter*.

En esta lógica comunicativa planteada por el sociólogo alemán, las sociedades, en el rol de *Alter* por excelencia, transmiten a *Ego* un mensaje normativo para determinar su actuación, la cual debe ajustarse a derecho.

³⁰ Ibídem, P 59.

Mediante la institucionalización se concretan los elementos culturales que poseen carácter general en normas, roles, o se establecen órganos o grupos que tienen el control inmediato sobre la acción social y la interacción entre los miembros de la colectividad.³¹

Son las instituciones las que, en últimas, se encargan de absorber la incertidumbre que determinado suceso puede causar en los miembros de la sociedad. Dicho fenómeno de absorción de la incertidumbre se presenta cuando las autoridades institucionales estabilizan las expectativas de la colectividad y del individuo mismo, comoquiera que la conducta de todo ser y grupo social está regida por expectativas sociales. Así, pues, las expectativas, en este panorama de doble contingencia, las expectativas se convierten en la estructura básica para la invención, organización y administración de sistemas sociales. Verbigracia, el código del derecho, de acuerdo con las expectativas del sistema social ha sido construido con base en que una conducta determinada es ajustada a derecho o no ajustada a derecho, donde no tiene cabida un estudio subjetivista de la conducta desviada.

Para concluir, Luhmann concibe la ciencia del derecho como un instrumento con una pluralidad funcional básica. El derecho es instrumento de estabilización social, es decir, propende por el sostenimiento de la convivencia pacífica de los coasociados. En segundo lugar, tiene la función de orientación de las acciones, señalando a los individuos cómo actuar sin vulnerar la lógica del derecho. En tercera medida se puede hablar de la función de institucionalización de las expectativas, entendiéndose por expectativas lo que se espera que realicen las demás personas en desarrollo de un rol específico y buscando el beneficio de la colectividad. Finalmente, como la herramienta que proporciona al sistema la confianza en las instituciones, por medio del ordenamiento y la integración social, toda vez que la norma previene la repetición del comportamiento reprochable.

3.2. LOS CASOS CONCRETOS: ALEMANIA Y COLOMBIA

Dado que el presente trabajo indaga sobre la pertinencia de la teoría jurídicopenal funcionalista del doctor alemán Günther Jakobs en el sistema

³¹ Ídem, P 41.

penal colombiano, es menester realizar un estudio comparado, partiendo de las bases sobre sociedades sistemáticas y asistemáticas, entre una sociedad sistemática, como la alemana, y una sociedad no sistemática o asistemática, como la colombiana.

Se ha seleccionado a Alemania como parte de esta disertación comparativa, en el rol de sociedad sistemática, siempre que ha sido el origen de la teoría dogmática del funcionalismo radical, planteada por el profesor Jakobs.

3.2.1. Historia

Alemania: Como país, Alemania nace con la instauración del Imperio Alemán en el año de 1871. Con anterioridad, lo que hoy conocemos como Alemania era una congregación de Estados, los cuales hacían parte del Sacro Imperio Romano Germánico.

En el siglo XVIII, Prusia toma un lugar trascendental en la Europa de la época, especialmente como potencia militar. Federico II El Grande, durante su largo reinado impulsó la consolidación de Prusia y generó su participación en las guerras de la Sucesión Austriaca y de los Siete Años. Fue en este momento donde el Estado Prusiano inició su enfrentamiento con la casa de Austria por la hegemonía del Estado Alemán.

Con la Revolución de las masas (Revolución de 1848), en Alemania se crea el primer parlamento en el Estado de Francfort del Meno, los cuales redactan la Primera Constitución del Estado Alemán. No obstante, su fracaso fue inminente, comoquiera que la monarquía recuperó el poder rápidamente.

Las guerras de *los ducados* en 1864 y la guerra de las siete semanas, significaron la ascensión al poder germánico por parte del ostentoso Estado Prusiano.

Con la victoria de Prusia en la guerra Franco-Prusiana, el 18 de enero de 1871, bajo el liderazgo del estadista y canciller Otto Von Bismarck, Prusia pasa a ser Alemania y se unifican junto a los demás estados germánicos, con excepción del estado austriaco. Alemania inicia un período de desarrollo inmejorable en todos los aspectos: economía, milicia y política. A partir de entonces, el Estado Alemán se convierte, junto a Gran Bretaña, en una po-

tencia mundial. Su política extranjera no incluía la colonización durante el gobierno de Bismarck.

Sin embargo, Bismarck no pudo mantenerse más de dos décadas en el poder. Esto, en razón de sus constantes luchas con el Kaiser Guillermo II, quien al final se impuso sobre Bismarck y logró deponerlo en 1890. El Kaiser no pudo sostener las políticas sistemáticas empleadas por Bismarck y Alemania se sumió poco a poco en la inestabilidad, lo que hizo perder el equilibrio de la Europa de finales del siglo XIX.

Entre 1914 y 1918 tiene lugar la Primera Guerra Mundial, la cual tiene como uno de sus impulsores al Estado Alemán, que se vio derrotado por los aliados y obligado a suscribir el Tratado de Versalles. Después de esta derrota, Alemania pasa a constituir la República de Weimar en 1919.

Como producto del Tratado de Versalles, Alemania se ve perjudicada por la miseria, el desempleo y la pobreza, toda vez que la clase media abdicó ante la inflación galopante que se presentaba al interior del Estado. Esto, a su vez, se ve agravado por la Crisis de 1929 en la Bolsa de Nueva York.

Los anteriores factores propician la proliferación de ideas nacionalistas identificadas con la ultraderecha, llevando en 1933 al Partido Nacional Socialista Alemán de los Trabajadores (Nazionalsozialistische Deutsche Arbei Partei) al poder. Este partido político está gobernado por el dictador Adolfo Hitler, quien cree que Dios lo ha enviado a la tierra para acabar con la peste judía. Es en este momento de la historia alemana donde se extingue la primera experiencia democrática de los germanos.

Entre 1933 y 1945 se habla del Tercer Reich Alemán, gobernado por los nazis. El 1 de septiembre de 1939 estalla la Segunda Guerra Mundial en Europa. En ella se enfrentan dos grupos de países. El primero, conocido como el Eje del Mal, estaba liderado por Alemania, seguido de Italia y Japón. El segundo, los aliados, estaban constituidos por la URSS, EE.UU., Gran Bretaña y Francia.

En una primera etapa, los alemanes obtuvieron grandes triunfos, conquistando una gran extensión de la Europa Occidental, tales como Francia, Bél-

gica, Países Bajos, Noruega, Dinamarca, Luxemburgo y los Balcanes. También logró avanzar hasta África, donde conquistó Túnez y Libia.

No obstante, las pretensiones de Hitler eran muy elevadas y vieron el fracaso en las batallas emprendidas contra Stalin, quien lo venció en 1941 y 1942, y constituyeron los principales reveses de las tropas alemanas. Este fue el origen de la derrota de Alemania en 1945.

Después de este cruento enfrentamiento, Alemania se dividió en dos Estados. El primero, la República Democrática de Alemania, ocupado por la URSS y estereotipado por el famoso muro de su capital, Berlín. El segundo, la República Federal de Alemania de Alemania, ocupado por Francia, Estados Unidos y Gran Bretaña, cuya capital fue la ciudad universitaria de Bonn. El Estado Alemán en este período, entre 1948 y 1990, encarnó la llamada guerra fría entre las potencias occidentales y la creciente URSS.

A pesar de haber resultado vencida en la Segunda Guerra Mundial, la Alemania Federal inició una brillante ascensión en el mundo, llegando a posicionarse como la tercera potencia mundial, por encima de la URSS, Francia y Gran Bretaña.

En septiembre de 1990, luego de la firma del Tratado Dos más Cuatro, las dos Repúblicas Alemanas y los cuatro Estados aliados pusieron fin al poder que tenían en dichos territorios, procediendo al abandono por parte de los soldados de las tierras ocupadas.

Actualmente, Alemania se ha convertido en uno de los mayores promotores de la Unión Europea y, al mismo tiempo, es el mayor aportante a dicha organización. También, ocupa uno de los lugares privilegiados de los Estados considerados potencia mundial, comoquiera que está ubicado como la Tercera Potencia Mundial.

Colombia: Antes de la colonización de los españoles, la tierra que hoy se conoce con el nombre oficial de República de Colombia, estaba habitada por diversidad de grupos indígenas, entre los cuales resaltaban los muiscas y los chibchas.

Los colonizadores Rodrigo de Bastidas, Pedro de Heredia, Alonso de Ojeda y Sebastián de Belalcázar sometieron a los chibchas y fundaron el primer asentamiento español en territorio americano. Dicho asentamiento fue llamado Santa María La Antigua del Darién y fundado en el año de 1510. Posteriormente se fundó Santa Marta y Santafé de Bogotá, en 1525 y 1538, respectivamente.

En 1781, el conocido movimiento de los comuneros reaccionó frente al trato desigual y desproporcional brindado por los europeos a los habitantes del virreinato de la Nueva Granada.

Más adelante, cuando arriban informaciones sobre una invasión francesa sobre la península ibérica, la Nueva Granada se ve sin autoridades y estallan las fuerzas independentistas. Se libran diversas batallas entre las fuerzas reales e independentistas, éstas últimas bajo el mando de personajes como Antonio Nariño, Francisco de Paula Santander, entre otros, quienes vencieron a las fuerzas del virreinato a lo largo del año de 1810. No obstante, la guerra se perpetuó por toda la década, hasta 1819. En ese tiempo, la figura que representaba la revolución era el general venezolano Simón Bolívar.

Bolívar asestó el golpe final a las fuerzas militares fieles a la realeza, en la famosa Batalla de Boyacá, acaecida el 7 de agosto de 1819, sobre el puente de Boyacá. Después de este episodio, al fin, la audiencia de la Nueva Granada se libera del yugo español.

En diciembre de 1819, en el denominado Congreso de Angostura se da vida a la nueva República de La Gran Colombia, formada por lo que hoy conocemos como Venezuela, Ecuador, Panamá y Colombia. Luego, en Cúcuta, se promulga la Constitución de la Gran Colombia en 1821³², cuya forma de gobierno sería la Republicana. Su primer presidente fue el general Bolívar.

En 1853³³, se promulga una nueva constitución, que brinda más derechos y libertades a los ciudadanos, así como una separación entre el Estado y la Iglesia Católica. Unos años después, las provincias toman la forma de Esta-

³² Esta es la primer Constitución del Estado de Colombia, en una serie numerosa de Cartas Magnas del Estado Colombiano.

³³ Segunda Constitución Colombiana. La primera sólo permaneció en vigencia 32 años, lo que denota la inestabilidad normativa del Estado Colombiano.

dos Federados, lo que conlleva mayor autonomía. Los liberales inician una pugna por mayor autonomía e independencia para los Estados Federados, en tanto los Conservadores solicitan un mayor fortalecimiento del poder central. Triunfan los liberales, dando lugar al nacimiento de los Estados Unidos de Colombia, la cual era una unión de Estados Federados. Ello fue fruto de la Constitución de 1863³⁴.

En 1880 los conservadores retomaron el poder, reprimiendo todas las acciones liberales. Esto produjo la promulgación de una nueva Constitución, la del año 1886³⁵, la cual permaneció vigente hasta el año de 1991. Este nuevo ordenamiento supremo regresaba al Estado Colombiano al sistema centralista de gobierno, retornando todo el poder a la capital de la República de Colombia, Santafé de Bogotá.

Entre 1899 y 1903, los habitantes de Colombia se batieron en una nueva batalla, que en realidad constituyó una guerra civil: la Guerra de los 1000 días. En 1903, los panameños se rebelan y bajo la tutela de Estados Unidos logran independizarse del Estado Colombiano.

En el transcurso de la Segunda Guerra Mundial, Colombia rompió todo tipo de nexos con los países del Eje en 1941 y con la Francia ocupada por los nazis en 1942. En 1945 firmó los estatutos de la naciente Organización de Naciones Unidas, convirtiéndose a la postre en uno de los 51 países fundadores.

En el año de 1948, en la ciudad de Bogotá, específicamente el día 9 de abril, el caudillo liberal Jorge Eliécer Gaitán es asesinado. Se genera una oleada de violencia de los colombianos contra el gobierno central, lo que produce una gran cantidad de muertes, heridos y daños materiales. Inicia la llamada época de La Violencia.

En 1957 se vislumbra una posibilidad de paz entre los partidos políticos tradicionales en Colombia, con la aparición del Frente Nacional. Este mecanismo

³⁴ Tercera Constitución Colombiana. La segunda constitución es lo que Ferdinand Lasalle llamó la Hoja en Blanco, comoquiera que sus efectos perduraron solamente 10 años.

³⁵ Cuarta Constitución Colombiana en menos de 100 años. Empero, ésta última es la más estable en el tiempo. Es derogada por la Constitución Política de 1991.

consistía en un relevo del poder cada cuatro años de uno de los dos partidos, empezando por los liberales y terminando, 16 años después, con un presidente conservador. Dicho pacto fue aprobado mediante el reconocido plebiscito del 1 de diciembre de 1957. El Frente Nacional trajo cierta calma y paz a Colombia, mientras duró. Empero, ciertas agrupaciones políticas que habían sido excluidas del poder por la coalición liberal-conservadora conformaron grupos guerrilleros que fueron tomando gran fuerza.

En 1980, el grupo insurgente Movimiento 19 de mayo (M-19), se tomó por la fuerza la embajada dominicana, la cual estaba ocupada por varios agentes diplomáticos. Los retuvo por 61 días, a la espera de una buena negociación con el gobierno de Belisario Betancur. En 1985, ese mismo grupo guerrillero protagonizó la toma y retoma del Palacio de Justicia en Bogotá. Este es uno de los pasajes más sangrientos y oscuros de la historia de Colombia. Una gran cantidad de personas, entre las que se encontraban magistrados de la Corte Suprema de Justicia, fueron asesinadas y otras muchas desaparecieron. Ese mismo año, una avalancha de lodo volcánico proveniente del Nevado del Ruiz sepultó una comunidad, provocando la muerte de 25.000 personas.

En 1990 las elecciones se caracterizaron por la muerte de tres candidatos presidenciales, entre los cuales estaba el desmovilizado líder del M-19 Carlos Pizarro León-Valencia, el caudillo liberal Luis Carlos Galán Sarmiento y un tercer hombre perteneciente a la Unión Patriótica (UP). En dichas contiendas electorales resultó vencedor el candidato del partido Liberal, César Gaviria Trujillo.

A través del movimiento universitario denominado "La Séptima Papeleta", se convocó a una Asamblea Nacional Constituyente, la cual redactó y promulgó la Constitución Política de Colombia³⁶ en el año de 1991, con el apoyo de Gaviria Trujillo. Esta Constitución permitió ciertas libertades que eran restringidas por la anterior Carta Política y además le dio vida a la Corte Constitucional como suprema guarda de la Norma Suprema.

³⁶ Esta es la Constitución vigente en Colombia. Tiene una cantidad considerable de reformas, entre las que se encuentra la reelección presidencial, la adopción de la Justicia Oral en Colombia, entre otros.

Después, hacia el año de 1994, fue elegido Presidente de la República, el candidato liberal, Ernesto Samper Pizano. Desde el inicio de su período presidencial, Samper se vio inmiscuido en acusaciones por ingreso de dinero ilícito a su campaña política. Esto trajo como consecuencia una alta presión por parte de los estadounidenses. No obstante, la economía colombiana mantuvo su crecimiento y aceleración, además del incremento considerable de la inversión extranjera.

En 1998, en Segunda vuelta electoral, resultó elegido Andrés Pastrana Arango como Presidente de la República de Colombia. Pastrana, hijo del también ex presidente de Colombia Misael Pastrana Borrero, intentó por todos los medios alcanzar la paz con los movimientos subversivos. Sin embargo, Manuel Marulanda Vélez y sus subalternos de las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia) dilataron el proceso, haciendo imposible el acuerdo de paz soñado por Pastrana.

Después de un largo tiempo de decepción para los colombianos, resulta elegido como Presidente, en primera vuelta, el candidato independiente y disidente liberal, Álvaro Uribe Vélez. Uribe Vélez resalta la importancia de atacar los grupos subversivos calificados por él como terroristas, llevando todos los recursos necesarios para conseguirlo.

En el Congreso de la República de Colombia se aprueba una nueva reforma a la Constitución Política, permitiendo la reelección presidencial. En las elecciones de 2006, los partidos cercanos a Uribe Vélez alcanzan la mayoría de los escaños en el Senado y la Cámara de Representantes, seguidos por la reelección en primera vuelta del Presidente Álvaro Uribe Vélez.

En marzo de este año consiguió dar de baja al número dos de las FARC, alias Raúl Reyes, en un operativo que ha generado crisis diplomática con Ecuador y Venezuela, por haber violado la soberanía nacional del vecino país de Ecuador. Además, se supo de la muerte del fundador y comandante de las FARC, Pedro Antonio Marín, alias Manuel Marulanda Vélez, más conocido como "Tirofijo".

En 2008, en un operativo de inteligencia del Ejército Nacional, se logró la liberación de la ex candidata presidencial Ingrid Betancur, tres contratistas

norteamericanos y 11 miembros de la fuerza pública, un hecho relevante para la confianza que produce Colombia frente al mundo.

3.2.2 Cultura

Alemania: Los germánicos han sido cuna de grandes poetas, músicos y pensadores. Entre ellos contamos a Goethe, Bach, Beethoven, Nietzsche, Kant, entre tantos otros. Empero, y aunque parezca paradójico, los asuntos culturales son manejados directamente por cada uno de los Estados Federados. Lo anterior, como efecto de la pesadilla nacionalsocialista que se vivió entre 1939 y 1945.

El cargo de Ministro adjunto de Cultura y Medios se creó en el año de 1998, lo cual no implica una política nacional de cultura. Ello no obsta para la proliferación de los aspectos culturales en la Alemania actual. En el campo cinematográfico se ha producido un giro en las producciones, siendo Berlín quien ha liderado el proceso, con el Festival Internacional de Cine de Berlín que se realiza en la capital Bávara cada año.

En cuanto a literatura, se afirma que Alemania es un país de libros. Aproximadamente se editan y reeditan 95.000 ejemplares por año. Además, se conceden anualmente cerca de 9.000 licencias de libros alemanes para otros países. Es de importante relevancia la Feria Internacional del Libro de Francfort del Meno, donde convergen todas las editoriales del planeta.

Por ser país de libros, y de lectores asiduos, Alemania también tiene gran acogida por los medios de comunicación escritos. La libertad de medios y de expresión tiene en Alemania un gran defensor y expositor. Los medios de comunicación no pertenecen a ningún partido político, ni mucho menos al gobierno. Por el contrario, su capital es netamente privado, manteniendo la imparcialidad de la información que se brinda a los habitantes. Existen en total 333 diarios locales, 10 diarios de calidad y nueve periódicos amarillistas, de corte tabloide con un estilo sensacionalista. Las ventas ascienden a 1 ejemplar por cada 3 adultos alemanes y la lecturabilidad de los mismos es aún más alta.

El teatro también es una fortaleza en Alemania. Aunque en muchos lugares del mundo se tiene que el teatro alemán es pretencioso, estridente y narcis-

sista, vale la pena anotar que detrás del mismo existe un sistema mundialmente envidiado.

Es común encontrar gente que piensa que la Ópera y el Ballet son muestras artísticas pertenecientes a los altos círculos sociales. Mas esa creencia no es cierta. Alemania ha logrado llevar esas muestras culturales hasta el último rincón del país. Desde los teatros en las grandes ciudades hasta salas privadas, se respira un aire de alta cultura teatral.

La música en Alemania sigue reposando sobre nombres de los clásicos como Bach, Beethoven, Brahms, Strauss, Wagner y Händel. Existe multiplicidad de escuelas superiores de música en el país bávaro, al igual que diversos festivales, desde el Festival de Música de Bayeruth (lugar de reunión de los wagnerianos), hasta las famosas Jornadas Musicales de Donaueschingen.

En lo que se refiere a Artes Plásticas, la nueva generación de artistas en Alemania ha dado lugar a un renacimiento del arte germánico. Hay tres escuelas destacadas de artes, de donde provienen las nuevas esperanzas alemanas. Ellas son la escuela de Leipzig, Berlín y Dresde. Los jóvenes artistas han propendido por abandonar el arte nazi y todo lo relacionado con él, para adoptar formas interiores del ser humano, recogiendo en obras de arte impresiones de la depresión y la obsesión.

Colombia: En Colombia la dirección de la cultura, si bien la Constitución respeta la pluralidad cultural, radica en el ministerio de Cultura, ubicado en la capital, Bogotá.

Las manifestaciones culturales en Colombia varían, desde el cine, el cual ha tomado gran importancia en la última década, hasta las artes plásticas, pasando por la literatura y la música.

El cine en Colombia, como ya se afirmó, ha tomado gran relevancia en la última década, ampliando su mercado internacional y superando los obstáculos financieros que se presentaban en el pasado. Obras como "Soñar no cuesta nada" y "Satanás", junto con "Paraíso Travel" han sido las impulsoras de este mercado cultural. Con una cobertura no muy amplia a nivel nacional, la mayoría de las exposiciones se presentan en salas de cine privadas.

En cuanto a la literatura, se puede decir que Gabriel García Márquez, Premio Nóbel de literatura en 1982, encarna la sociedad de escritores colombianos. No obstante, el mercado de los libros en Colombia no es muy productivo, comoquiera que el promedio de lectura de los colombianos es de 1 libro al año, cifra muy baja en comparación con otros países. Cada año se celebra la Feria Internacional del Libro de Bogotá, reuniendo a gran número de escritores de todo el orbe y a una diversidad de empresas editoriales.

La música colombiana ha tenido mayor éxito que las dos anteriores categorías de la cultura. Los cantantes que simbolizan una insignia del país en el exterior en la actualidad, Juanes y Shakira, han ganado multiplicidad de premios internacionales. Además, los encuentros musicales en Colombia han aumentando poco a poco a través de los últimos años y se ha dado mayor relevancia a eventos como el "Festival de la Canción Vallenata". Estos no han sido los únicos músicos de relevancia internacional, pero si han sido los mayores expositores de la cultura musical colombiana. A su lado aparecen figuras como Carlos Vives, Jorge Celedón, Maía, Cabas, entre otros.

El Festival Iberoamericano de Teatro, realizado por Fanny Mickey en Bogotá cada año, reúne a las mejores empresas teatrales de diferentes países del mundo, enriqueciendo el mosaico cultural colombiano. Allí se han consagrado diversos grupos teatrales y directores colombianos, que demuestran en el tablado la realidad cotidiana del país, transformándolo, en muchas ocasiones, en comedias de interés general. Pero esta tendencia no es generalizada. Las redes teatrales municipales y departamentales no existen, quedando supeditado exclusivamente a los teatros privados, lo que impide el acceso de muchas personas de las capas bajas de la sociedad al teatro y a otro tipo de manifestación artística. La ópera y el ballet son espectáculos exclusivos de los altos círculos sociales, específicamente de la capital de la República. En materia de artes plásticas, el maestro antioqueño Fernando Botero ha adquirido gran renombre internacional por imprimir en sus dibujos y esculturas, la carnosidad de las personas, dedicándose en ellos, exclusivamente a los obesos.

Lo anterior no se ha visto perpetuado, por falta de iniciativa de las autoridades administrativas en todos sus niveles por reproducir y aportar a la proliferación de actividades culturales en las ciudades y los departamentos. El mi-

nisterio de cultura ha iniciado un proceso de transformación, pero sus efectos siguen siendo nimiedades ante la necesidad de todo un pueblo por la formación artística.

3.2.3 Aspectos Sociales, Económicos y Políticos

Alemania: en Alemania, la sociedad es plural y abierta. Muchos de sus habitantes tienen un alto nivel de vida, en situaciones comparativas con otras potencias, además de una formación educativa alta. Casi todos los alemanes saben leer y escribir, además de estar vinculados al Sistema de Seguridad Social.

Su población asciende aproximadamente a 82 millones de personas, siendo el país de mayor componente demográfico de Europa. No obstante, su tasa de natalidad es demasiado baja, situándose en -0.1%. La esperanza de vida cada vez es más alta, equivalente a 77 años para los hombres y 82 años para las mujeres, y la sociedad cada vez envejece más. Por cada mujer hay cerca de 1.3 hijos, lo cual se ha venido prolongando desde 1975.

La familia ocupa el primer lugar entre las instituciones sociales y sistemáticas de Alemania. Para poco más del 90% de los alemanes, su prioridad está centrada en el núcleo familiar. En los jóvenes esta tasa es un poco más baja, pero para quienes se encuentran ubicados entre los 12 y 25 años, el núcleo familiar simboliza la felicidad y la realización del ser humano.

Lo anterior no significa que la familiar se haya mantenido inmutable con el paso del tiempo. Por el contrario, actualmente prolifera la vida sin hijos, en pareja y sin pareja, hasta el punto que una de cada tres mujeres nacidas en 1965 aún no tienen hijos.

La Seguridad Social alemana se ha convertido en modelo formal para muchos países, inclusive para organizaciones multilaterales internacionales, dada su alta cobertura. Esto como consecuencia de la alta inversión estatal en el paquete integral de seguridad social, que comprende: seguro de enfermedad, pensiones, accidente y dependencia y el seguro de desempleo. Estas modalidades ayudan al ciudadano a enfrentar las contingencias vitales que se generan en la vida laboral activa del mismo. Igualmente, se incluyen otro tipo de beneficios, como los subsidios familiares para los hijos, deducciones fiscales,

prestaciones básicas para los jubilados y los incapacitados para laborar de forma permanente. La cobertura alcanza el 90% de la población.

En cuanto al sistema sanitario, cabe hacer la anotación que Alemania tiene una red de hospitales, clínicas, centros de atención en salud bastante alta. El sistema de salud bávaro, es el principal foco de empleo de este país, comoquiera que ocupa a cerca de 4 millones de personas.

Por otro lado, la economía alemana es una de las más fuertes del mundo, dado que, como se dijo anteriormente, ocupa el tercer lugar de las potencias del mundo, siendo superada tan sólo por Estados Unidos y Japón. En el año 2007, Alemania tuvo un desempleo de un poco más del 4% de su población, lo que equivale, aproximadamente a 3.4 millones de personas activas. El Producto Interno Bruto alemán correspondió a 2.423 millardos de euros, con lo que el Producto Interno Bruto per cápita fue, aproximadamente, de 29.455 euros.

Con todo esto, Alemania se ha constituido como uno de los destinos más apetecidos por los inversionistas internacionales. Esto, por diversos factores endógenos y exógenos del país. En primer lugar, las y los trabajadores germánicos tienen una alta calificación profesional frente a otros países de Europa, siendo el 81% poseedores de títulos profesionales.

Además, los bávaros cuentan con liderazgo en las nuevas tecnologías, tales como la nanotecnología, biotecnología, tecnología de la información y segmentos de alta tecnología de los diversos campos de la industria mundial. Su trascendencia se debe también a las grandes empresas que tienen origen allí: BMW, Volkswagen, Porsche, Mercedes-Benz, Adidas, entre otras, que se encuentran bien ubicadas a nivel internacional por su calidad y prestigio.

La política como otro factor funcional del sistema alemán ha tenido buena evolución y creación normativa que ha permitido su conservación. Alemania cuenta con un sistema de gobierno parlamentario, bicameral. La cámara alta o Bundesrat está compuesto por representantes de los Estados Federados y deben defender los intereses de los mismos. La cámara baja es conocida como Bundestag y es la encargada de la función legislativa del Estado Bávaro. Existe además un Presidente, el cual ejerce el cargo de Jefe de Estado. Este

puesto lo ocupa desde 2004 Horst Köhler. A su lado está el canciller, que encarna la Jefatura de Gobierno, cargo ocupado por Angela Merkel.

El derecho al sufragio universal y secreto se consagró junto a la Ley Fundamental, la cual es la base de la normativa germana. Este derecho se adquiere con la mayoría de edad que se encuentra establecida en los 18 años. No obstante, en algunos de los Estados Federados se permite el voto desde los 16 años en las elecciones de autoridades locales.

Comoquiera que se trata de un sistema multipartidista, en el Bundestag podemos encontrar diversidad de partidos y movimientos políticos. Ellos son: Partido Social-Demócrata de Alemania (SPD), Unión Cristiano-Demócrata (CDU) al que pertenecen el Presidente y la Canciller actuales, Alianza 90/Los verdes (Verdes), Partido Liberal Democrática (FDP) y La Izquierda.

No obstante, esta libertad de asociación en torno a partidos políticos, el sistema alemán es innovador, toda vez que la Ley Fundamental obliga a los candidatos a los altos cargos de gobierno a definir antes de resultar electos sus coaliciones para que los electores tengan claridad con respecto a sus políticas, lo que ha evitado mayorías absolutas en el parlamento.

Alemania es un Estado de Derecho, regido por la Ley Fundamental. Su bien supremo es la dignidad de las personas, así afirmado por la Norma Superior. Asimismo, la Ley Fundamental establece que Alemania es un Estado Social, de donde se desprenden los principios fundamentales de su Sistema de Seguridad Social, protegiendo a los ciudadanos ante las contingencias vitales. Sin embargo, dichos principios constitucionales alemanes tienen el carácter de inmutables, lo que convierte a dicha Ley Fundamental en un sistema legal y constitucional totalitarista.

Otra de las grandes autoridades en el Estado alemán es la Corte Constitucional Federal (BGB). Al igual que en muchas otras organizaciones constitucionales y democráticas del mundo, el BGB está encargado de guardar la supremacía de la Ley Fundamental, derogando todas las leyes que vayan en su contra.

Actualmente, la democracia alemana ha extendido sus efectos a organizaciones multilaterales internacionales tales como la Unión Europea. En el año

2007, presidió dicha organización. Su sistema de elección ha permitido la restricción de poderes monocolor, previniendo así la ocurrencia de nuevas olas de violencia como las acontecidas en la Segunda Guerra Mundial, ocasionada por los nazis.

Colombia: Después de la Constitución Política de 1991, Colombia se ha declarado un Estado Social y Democrático de Derecho, en el cual se han proclamado y protegido, de manera formal, las libertades individuales más importantes, entre las que encontramos la libertad de expresión, de asociación, de profesión u oficio, de enseñanza, de locomoción, la autonomía personal, la libertad personal, entre otras.

Es un país con 42 millones de habitantes, de los cuales el 76% habitan el casco urbano de las ciudades. En total existen 10.600.000 hogares en 9.700.000 viviendas, de lo que se puede deducir que por cada 11 hogares hay tan sólo 10 viviendas. El nivel de escolaridad de las personas en Colombia es bajo, en comparación con los estándares internacionales de educación. El promedio de los colombianos trabaja en el sector informal de la economía, evadiendo impuestos y además viéndose excluido del Sistema General de Salud y Seguridad Social.

La tasa de natalidad colombiana es demasiado alta. Por cada mujer hay 3 hijos, aunque se ha disminuido con relación a los registros históricos de nacimientos. El Promedio de edad en Colombia es de 28 años, lo que hace de esta generación de las más jóvenes en la historia. La familia en Colombia, aunque en el artículo 42 de la Constitución se haya dicho que es el núcleo fundamental de la sociedad, está cada vez más segmentada y disgregada. Los jóvenes, cada vez en aumento, relegan esta institución a un segundo plano, siendo su prioridad el dinero, como valor absoluto de todo un grupo.

La Seguridad Social, estipulada en la ley 100 de 1993 y reformada por diversas normatividades posteriores, ha tenido un fracaso al intentar universalizar sus servicios. Muchos de los colombianos no están afiliados ni a salud, ni a pensiones, dada su temporalidad en los empleos. Por otro lado, la denominada bomba pensional ha producido una crisis en el sistema que llevó al gobierno nacional a liquidar el Instituto de Seguros Sociales (ISS). El sistema de seguridad social colombiano sólo protege a los afiliados contra las contin-

gencias de la vejez, la invalidez y la muerte, en lo relativo a pensiones, y además los protege en la enfermedad a través de las EPS y las ARP, dependiendo el régimen. No obstante, la cantidad de afiliados no supera el 50% de los pobladores del país.

El sistema sanitario en la última década ha tenido una crisis de la cual muchos centros hospitalarios no han podido salir, obligando a su cierre definitivo. Los centros de salud públicos han acudido a los copagos de los beneficiarios del Estado para poder sostener su sistema estructural. La protección de la salud ha tenido que ser en gran cantidad de ocasiones, incoada a través de la acción constitucional de tutela.

A pesar del crecimiento económico colombiano, el desempleo sigue cercano al 11%, una cifra muy alta, seguido por un alto porcentaje de subempleo. Dadas estas condiciones, cerca del 75% de la población tiene mínimo una necesidad básica insatisfecha y casi el 70% subsiste con el salario mínimo mensual legal vigente, que asciende a \$ 461.500.

El PIB per cápita colombiano en 2007 fue 15 veces menor que el PIB per cápita de Alemania. Sus principales exportaciones son el café, el banano, seguidos de productos no tradicionales. El principal sector de la economía es el de los servicios, con un aporte al PIB anual cercano al 42%, seguido de la industria con un 15%, el comercio con un 11% y en último lugar la minería con un 5%.

Estas cifras y situaciones no son muy alentadoras para los habitantes del país. Empero, la política no tiene un mejor panorama.

La Constitución Política define a Colombia como un *Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista.*³⁷

De este postulado se deriva la tridivisión del poder público y su ubicación en la capital de la República, comoquiera que se trata de un Estado centralista. En la Rama Ejecutiva, la máxima autoridad es el Presidente de la República,

³⁷ Constitución Política de Colombia, artículo 1.

elegido para un período de cuatro años, con la posibilidad de reelección por un solo período del mismo tiempo. Su elección es directa, a través del sufragio universal y secreto. Actualmente, este cargo lo ocupa Álvaro Uribe Vélez, candidato de un movimiento independiente denominado Primero Colombia. En la Rama Legislativa, se encuentra como máxima autoridad el Congreso de la República, conformado por dos cámaras. La cámara alta o Senado está conformada por 102 personas, elegidas por circunscripción nacional. La cámara baja o Cámara de Representantes está compuesta por 166 personas, elegidas por circunscripción departamental. La elección de todas estas personas se realiza por el sistema de cociente electoral y umbral electoral. En él tienen representación los siguientes partidos: Partido de la U, Partido Cambio Radical, Partido Conservador, Partido Alas Equipo Colombia, Partido Convergencia Ciudadana, Partido Colombia Democrática, Movimiento Apertura Liberal, Movimiento Colombia Viva, Movimiento Independiente de Renovación Absoluta "MIRA", Partido Verde Opción Centro, Movimiento Alianza Social Afroamericana, Movimiento Político "AFROUNINCCA", Movimiento Alianza Social Indígena, Movimiento Autoridades Indígenas de Colombia, Partido Liberal Colombia, Polo Democrático Alternativo.

En el Congreso de la República, en los últimos años se ha presentado un suceso sin precedentes en la historia de Colombia, conocido como la "Parapolítica". La coalición cercana al Presidente de la República se vio involucrada con las fuerzas paramilitares desmovilizadas en el Gobierno Uribe. Según las investigaciones, muchos de los congresistas electos en el 2002 y en 2006 habían recurrido a pactos con los máximos jefes paramilitares colombianos para llegar hasta el Congreso.

La Rama Judicial está representada por las Altas Cortes, a saber: Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Consejo Superior de la Judicatura y Corte Constitucional. Ésta fue creada por la Constitución de 1991 para que vigilara su correcta aplicación y controlara por vía de los fallos de exequibilidad la constitucionalidad de las normas.

Actualmente la democracia colombiana está en una parálisis temporal por los fenómenos de la parapolítica y la naciente farcpolítica que vincula a políticos de la izquierda con la guerrilla colombiana.

4. PERTINENCIA DE LA DOGMÁTICA FUNCIONALISTA EN COLOMBIA

Para determinar la pertinencia de la dogmática funcionalista en Colombia es indispensable tener en cuenta diversos factores, como el jurídico, el cultural, económico y el social. Máxime cuando el carácter fragmentario del derecho penal lo obliga a adaptarse al grupo organizado que se va a aplicar como instrumento de control social.

En primera medida analizaremos su pertinencia jurídica. Como quedó de manifiesto Jakobs plantea que la conducta es "la evitabilidad individual de la producción de un resultado". En esa definición se incluye tanto la acción como la omisión. Ahora bien, en un Estado como el nuestro el Código Penal en su Libro Primero, Título Primero, Capítulo III y artículo 25 primer inciso nos dice: "la conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión". Lo que significa que el legislador entre las dos formas de conducta punible. De hecho la misma ley 599 en su parte especial consagra tipos penales comisivos y omisivos (arts 127; 128; 130; 233; 402; 417; 441). El doctor Velásquez Velásquez en su "Manual del Derecho Penal" nos dice:

En fin, esta tentativa, al pretender elaborar un concepto de acción que "almacene todo el programa del derecho penal hasta la culpabilidad" desemboca en una concepción totalista de esta categoría semejante a la que planteó G. W. F Hegel; que, además, le permite incluir tanto los actos de los seres humanos como los de las personas jurídicas.³⁸

A todas luces esta concepción de conducta es totalmente impertinente en Colombia, toda vez que se confunde incluso la acción y la imputación de la culpabilidad. Además no se puede distinguir entre movimientos evitables y causaciones penalmente relevantes. A su vez abrir la posibilidad a una responsabilidad penal de personas jurídicas es totalmente inadmisibles, en un momento en el que ni siquiera el legislador se ha pronunciado. Ello sería gravísimo para el principio de la dignidad humana, sería un giro copernicano en el derecho interno.

³⁸ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual del Derecho Penal Parte General, Librería Jurídica Comlibros, Medellín: 2007. P 248

De otro lado sabemos que Jakobs modifica la estructura tradicional del delito, sumergiendo la tipicidad y antijuridicidad en un injusto objetivo caracterizado por un comportamiento contrario a derecho. Por una infidelidad a la norma. Para esclarecer la pertinencia de este postulado quisiéramos citar el artículo 9 inciso primero del Código Penal que reza al siguiente tenor: "Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por si sola no basta para la imputación jurídica del resultado".

De esa norma rectora se destacan varias cosas: el legislador colombiano respeta la estructura finalista del delito. Ello implica que para que exista conducta punible tiene que estar descrita taxativamente en la ley, tipicidad dentro de la cual existe elementos subjetivos, sin los cuales no se realiza la descripción. El dolo por ejemplo es reconocido como una modalidad de la **conducta punible** en el artículo 22 de la Ley 599. De igual manera la antijuridicidad es material por la vulneración de un bien jurídico y formal por el comportamiento contrario a derecho, de lo cual se pasa a un juicio de reproche en la culpabilidad.

De esta forma la infracción de la norma como fundamento de la imputación del injusto sólo parece ser un pequeño componente dentro del actual esquema. Pero el mismo no sólo responde a un mandato legal, sino a los valores superiores de nuestro Estado Social del Derecho.

Es de resaltar que nuestra Carta Política es abiertamente antropocéntrica lo que significa que una filosofía normativista resultaría inconstitucional. El reconocimiento de los derechos humanos se otorga por el simple hecho de ser persona, más no por la interrelación existente entre los nacionales. Incluso la Corte Constitucional en Sentencia T-002/92 dijo que los derechos fundamentales son aquellos que "son inalienables por ser inherentes y son inherentes por ser esenciales". A su vez el artículo 1 superior reza al siguiente tenor:

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, **fundada en el respeto de la dignidad humana**, en el trabajo y la solidaridad

de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Subrayado fuera de texto)

Así las cosas un injusto y una responsabilidad meramente objetiva parecen ser impertinentes e inconstitucionales en nuestro ordenamiento jurídico. Sus pilares ontológicos defienden la protección legislativa de los bienes jurídicos y por tanto la pena como respuesta a esa lesión.

En consecuencia una pena como la confirmación del ordenamiento jurídico por la vulneración de una norma, desconoce el principio de la dignidad humana y es inconstitucional, por cuanto no es el resultado de la violación de un bien jurídico. Además es impertinente en la medida que no se prueban los aspectos objetivos como subjetivos del tipo y la antijuridicidad, de lo que se deriva un desconocimiento del debido proceso. Con la mera responsabilidad objetiva la realización de la justicia material y las garantías del procesado son inciertas.

En consecuencia, esa concepción de derecho atenta contra la individualidad tan respetada y tutelada por el Constituyente. En la concepción de Jakobs y en su argumentación el ciudadano es para el Estado, en Colombia el Estado es un instrumento para la realización de sus habitantes. También en este aspecto en la estructuración del delito como en la fundamentación de la pena es impertinente el Normativismo radical.

Un aspecto a que quisimos estudiar de forma particular es la pertinencia del concepto de culpabilidad creado por Gunther Jakobs. Sabido es que para él esta categoría es la defraudación de expectativas por la vulneración de la norma. Ésta premisa, para efectos de este trabajo se analizará de una doble vía, comoquiera que de ella se desprende una exégesis jurídica y otra social. Por ahora nos quedamos con la primera. Para ello traemos a colación al maestro Zaffroni:

Separa el objeto de la culpabilidad y la culpabilidad, sobre la base de que el primero consiste en una imputación objetiva fundada en el riesgo y en su realización (relativamente), saber para que pueda decirse que actuó con el fin de realizar el tipo objetivo) y una imputación subjetiva, que es la culpabilidad, en la que incluye el

aspecto conativo del dolo, o sea, el querer la producción del tipo objetivo.³⁹

La culpabilidad también tiene un contenido normativo y su finalidad gira entorno a la vigencia de la norma. Por ello no escapa a los cuestionamientos hechos al injusto. El objeto de la culpabilidad es una imputación, lo que significa que no se atribuye el conocimiento de la acción, sin constatar si aquel efectivamente acaeció. Ello atropella la dignidad humana del reo. Una condena fundada en una atribución siempre corre el riesgo de no ser cierta, lo que constituye una coerción injustificada y atentatoria a las prerrogativas inherentes al individuo.

Por tanto la culpabilidad concebida como un juicio de reproche, en cuanto el sentenciado pudo determinarse a obrar de otra manera y no lo hizo es lo más conveniente para nuestra legislación. Es mejor el dolo en la tipicidad tal y como lo demostró Welzen, por cuanto el actuar es doloso o imprudente desde la conducta misma.

También aquí el funcionalismo es impertinente. La persona en Colombia no es una institución, ni siquiera una ficción por cuanto es una calidad inherente a todo ser que nace y es capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. Forzoso es entonces que conforme al principio de la dignidad humana no se puede limitar en nuestro Estado. Así las cosas la diferenciación entre derecho penal del enemigo y derecho penal del ciudadano no es posible en Colombia.

Es cierto que en Colombia existen personas que no prestan garantías cognitivas de su comportamiento, pero ello es una consecuencia de unas causas sociales que precedente se esbozaran.

Hay que poner de manifiesto que en las épocas a las que se circunscribe los filósofos contractualistas se caracterizaba por tener una democracia incipiente. Apenas y se iniciaba ese sistema de gobierno y se empezaba a hablar de soberanía popular. Tanto que incluso el mismo Kant que afirmó que el

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual del Derecho Penal. Editorial Temis, Buenos Aires: 2006. P 305

ser humano no podía confundirse con el derecho de las cosas justifica los trabajos forzados en algunos casos.

Hoy gracias a los desarrollos de la ciencia jurídica tales premisas son consideradas vituperaciones que no tienen razón de ser. La legislación laboral busca siempre unas condiciones dignas de trabajo para el empleado y el Estado cobija al sujeto de derechos con un mínimo vital. Por tanto el derecho penal del enemigo como una guerra contra una persona es inconcebible. Máxime cuando en nuestro Estado también se busca con la pena la resocialización del delincuente y la justicia restaurativa se contempla como una forma de pacificar los conflictos.

Ya hemos vivido en una violencia durante mucho tiempo como para perpetuarla por medio de las instituciones. Incluso en Roma de donde según Zaffaroni proviene el concepto enemigo se identificaba a los extranjeros que eran "personas molestas al poder"⁴⁰ y hablaban otra lengua. Las penas para sujetos como ellos eran degradantes tales como la esclavitud o la expatriación.

Marginar de la posibilidad a un individuo de resocializarse no tiene argumento suficiente en una Nación respetuosa de la persona humana y de su derecho a la igualdad.

Entratándose del derecho procesal penal y la medida de aseguramiento del artículo 308 del Código adjetivo colombiano numeral segundo se puede decir que es un mecanismo de política criminal en nada relacionado con el derecho penal del enemigo. Establecido como está que la libertad es la regla general y la privación de la misma la excepción, ella debe proceder frente a personas que sean un peligro para la sociedad o la víctima.

Pero no porque el imputado sea un enemigo, sino porque las reglas de la experiencia en Colombia prueban que existen sujetos que tienen el poder de atentar contra el curso normal de un proceso. Donde existe narcotráfico y delincuencia organizada la administración de justicia y el legislador deben ser proporcionales en sus medidas.

⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. EL ENEMIGO EN EL DERECHO PENAL, Ediar, Buenos Aires: 2006. P 32

Sin embargo, en ningún momento se le vulnera el derecho de defensa al encausado, tampoco se le cuestiona su presunción de inocencia hasta que no es vencido en juicio. Así mismo cualquier duda probatoria se resuelve a su favor y puede controvertir, impugnar y guardar silencio en el trámite procesal respectivo. Nunca se pone en tela de juicio su carácter de persona y cualquier interceptación o allanamiento tiene su respectivo control de legalidad.

El profesor español Manuel Cancio Meliá identifica tres del derecho penal del enemigo. Ellas son el adelantamiento de la punibilidad, se da a un estado previo en los conocidos delitos de peligro abstracto como el concierto para delinquir o la apología del Genocidio. La segunda son unas penas desproporcionadamente altas, como una manifestación de un resurgir del punitivismo. A su vez en tercer lugar ciertas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas. Nada de eso sucede en Colombia como quedó explicado arriba.

Continúa Cancio Meliá explicando que el derecho penal del enemigo sirve para "identificar precisamente al no- derecho penal presente en las legislaciones positivas". Además no es pertinente a nuestra legislación porque es un derecho penal de autor:

a) El Derecho penal del enemigo no estabiliza normas (prevención general positiva), sino demoniza determinados grupos de infractores; b) en consecuencia, el Derecho penal del enemigo no es un Derecho penal del hecho, sino de autor. Hay que subrayar de nuevo que estas características no aparecen con esta nitidez negro sobre blanco en el texto de la Ley, sino que se encuentran sobre todo en diversas tonalidades grises.⁴¹

Al ojear el artículo 74 del Código Civil Colombiano y reparar en la parte que dice "son personas todos los individuos de la especie humana" comprendemos que el derecho penal del enemigo tampoco tiene cabida en Colombia. Lo anterior aunado al principio de la dignidad humana y a la prohibición de los

⁴¹ CANCIO MELIÁ, Manuel, ¿"Derecho penal" del enemigo?, http://www.alfonsozambrano.com/dpe/dpe_melia.pdf

tratos crueles y degradantes nos lleva a concluir que la diferenciación entre enemigo y ciudadano es discriminatoria y atentatoria al Estado de Derecho como lo manifiesta Zaffaroni.

Con ello se resquebraja la sociedad en dos, porque o eres ciudadano o eres enemigo. Y en un país cimentado en la solidaridad y la colaboración de todos, el derecho penal del enemigo no parece una posibilidad. No se puede marginar a una persona simplemente porque desde una perspectiva difusa se ha determinado que es un enemigo.

Es más la adopción de esa idea constituiría una vulneración al principio de acto porque se juzga no por el comportamiento delictivo, sino por la personalidad del agente. La prohibición de juzgar dos veces por el mismo queda desvirtuada de facto, toda vez que el señalamiento por el conjunto de comportamientos se vuelve. Lo que consecuentemente se transforma en una pena imprescriptible, la cual no es permitida en nuestro ordenamiento jurídico.

A su vez la presunción de inocencia y el principio de favorabilidad parecerían ser derogados en ese Estado de Derecho porque de antemano esos enemigos serían responsables. En consecuencia ese derecho penal del enemigo que rememora las prácticas inhumanas de los Nazis Arios con los judíos impuros es aberrante desde nuestra reflexión y, por tanto no se permite en nuestro sistema jurídico. Con ellas se transgreden todas las garantías de la institucionalidad. De ahí su impertinencia.

Pasando al plano social, político y cultural tampoco parece ser pertinente el funcionalismo radical por las siguientes razones:

En primera medida la funcionalidad de la sociedad colombiana está claramente determinada por el nivel de ingresos que tenga el ciudadano, con ello no solo se determina su calidad de vida, sino su nivel educativo y sus posibilidades de progreso. Ahora bien en este contexto la pobreza y el desempleo son fenómenos que agobian gran parte de la población y los niveles de analfabetización son demasiado elevados. Es así como en una sociedad a sistémica no se puede configurar una funcionalidad rigurosamente establecida.

Como consecuencia de ello es casi insostenible que las personas cumplan con el rol que tienen en la sociedad, por cuanto existen ciudadanos que son sentenciados a ser económicamente improductivos, a pesar de estar en edad para trabajar. Generalmente viven en altos niveles de miseria por lo cual es imposible que generen algún tipo de expectativa social. Piénsese en a madre que no da de comer a sus hijos y mueren. Situémonos en algún lugar de nuestro país es posible que la señora sea desempleada, no tenga estudios y nadie la ayude económicamente. ¿Pueden existir expectativas sociales en esta mujer?, ¿Será responsable del deceso de sus hijos cuando la falta de alimentos no es producto de su responsabilidad, sino de una problemática social de la que esa muerte es una consecuencia?

A la luz del ya citado artículo 25 es incuestionable que esta madre tiene posición de garantía respecto a sus hijos, pero se aleja de todos los fines del proceso penal colombiano cargarle a ella una condena por el resultado muerte. Es de esta manera como con el Normativismo radical tan efectivo en países funcionales se puede sumergir el derecho en un despotismo enmascarado en medidas de prevención general que indiscutiblemente son arbitrarias y desconocedoras de las garantías fundamentales de los procesados. Al respecto el doctor Zaffaroni piensa que:

No era lo mismo caminar por un bosque hace doscientos años, donde la seguridad de los otros se conformaba con saber que no mataríamos a quien se cruzase en nuestro camino, que andar hoy por el mundo, donde se exige precisión de movimientos de gato en medio de cristales para proporcionar seguridad a los demás, y sobre todo, al propio Estado, y nos debemos mover con mayor cuidado por cuanto el Estado cada día nos hace más garantes de lo que nunca nos imaginaríamos si se nos ocurriría.⁴²

Se puede contemplar entonces como las propuestas radicales de Gunther Jakobs ceden ante el contexto lúgubre colombiano. Ahora imaginemos si una persona que vive en la indigencia puede dar seguridad cognitiva de su comportamiento. Es casi una utopía. Ser fiel al derecho en una sociedad donde hay grupos armados y delincuencia común, donde en algunos lugares la pre-

⁴² Ídem

sencia del Estado es nula y los problemas se solucionan por la autotutela o la ley del más fuerte. Las condiciones no están dadas para la doctrina de Jakobs en Colombia. Bien lo dijo este brillante intelectual alemán:

Para poder hacer uso de su derecho, la persona no sólo necesita seguridad normativa, es decir, conciencia de que ejerce su derecho y de que, en caso de ser perturbada, esto se le imputara al perturbador como falta suya y no a ella misma con temeridad; por el contrario, esta certeza normativa si se pretende que realmente dirija la conducta, debe contar con un apoyo cognitivo, en otras palabras, no debe ser demasiado elevada la probabilidad de que se convirtiera uno en víctima de un delito con ocasión del ejercicio de sus derechos.

Empero, el principio de confianza aquí es un simple deber ser. La cultura del derecho en este país aún es joven, nos encontramos en una República adolescente. Aún se tienen que superar muchos problemas social y se camina por un buen sendero, pero todavía no es pertinente en este momento imputar una defraudación de expectativas a quien no las genera porque en el Estado no se brindan las oportunidades para hacerlo.

Así las cosas, los más de 2 millones de desplazados que tiene el país difícilmente permiten que exista una defraudación de expectativas. Además la falta de oportunidades laborales no es afable a una identificación de roles, los cuales permanentemente están cambiando. Por consiguiente exigirle a una persona que sobrevive como una suma ínfima cotidianamente, que tiene una cantidad numerosa de hijos que sea fiel al derecho es demasiado complejo. Máxime cuando las necesidades básicas que por Constitución deben ser satisfechas cada vez se agudizan más. Al respecto el profesor Elbert afirma:

Verdaderas multitudes que van quedando al margen de nuestros países están transformando en masa humana no integrada, sin valor, descartable, sin expectativas. Lógicamente, éste conjunto es cada día es más difícil de controlar en términos convencionales; su violencia y su agresión hacia la propiedad privada crece, y es dable esperara que nuestros ejércitos serán movilizados hacia ellos.

Siguiendo el mismo orden de ideas para que haya funcionalidad es indispensable la uniformidad en las costumbres. En Colombia las regiones no pueden ser más heterogéneas. Como se explico en las diferencias entre países desarrollados y aquellos en vía de desarrollo no es lo mismo un Normativismo en un país donde simbólicamente sus habitantes entenderán más o menos el mismo significado y viven de una forma más o menos parecida a una nación tan diversa culturalmente que parte del pluralismo como un principio democrático. Aquí el Antioqueño es tan diferente del Nariñense y, por tanto, un funcionalismo radical en estas circunstancias no es pertinente.

Ahora bien, en lo que respecta a las variables políticas, económicas, sociales y culturales, tomando como base los paradigmas parsonianos, explicados en el acápite tercero y representados en la gráfica dos, lograremos determinar si Colombia es una sociedad sistémica o si por el contrario es asistémica, lo que determina si las expectativas sociales son procedentes en nuestra nación y, por ende, si la dogmática funcionalista penal es pertinente en nuestro país. Una vez analizadas dichas variables, tenemos que el resultado es el siguiente:

FUNCIÓN/PAÍS	ALEMANIA	COLOMBIA
1. ADAPTACIÓN	<p>En Alemania se ha producido un proceso de adaptación, según lo planteado por Parsons en su teoría, comoquiera que se ha granjeado un buen lugar a nivel internacional, a pesar de haber perdido dos guerras mundiales consecutivas.</p>	<p>Colombia no ha logrado satisfactoriamente el proceso de adaptación. El período de violencia en Colombia se produce desde su propia independencia, manteniéndose incluso hoy, en pleno siglo XXI.</p>
2. CONSECUCCIÓN DE OBJETIVOS	<p>En Alemania el imperativo funcional de la consecución de objetivos se ha presentado con los siguientes logros:</p> <ol style="list-style-type: none"> a. Se ha establecido como potencia mundial, tan sólo siendo superada por Estados Unidos y Japón. b. Ha conseguido mantener una estabilidad política desde 1990 con la caída del muro de Berlín y la reunificación de la República Alemana. c. El nivel de vida en Alemania es alto, en comparación con los otros países de Europa. d. La Cultura en Alemania, a pesar de ser cuestión exclusiva de los Estados Federados, tiene una amplia difusión entre los pobladores, alcanzando una cobertura casi total. 	<p>Colombia en su lucha por lograr los objetivos planteados por la sociedad misma ha fracasado en los siguientes aspectos:</p> <ol style="list-style-type: none"> a. El nivel de vida en Colombia es demasiado bajo, teniendo en cuenta la riqueza en recursos naturales de la nación. b. Los grupos insurgentes y guerrilleros persisten en la actualidad y son financiados con recursos del negocio del narcotráfico. c. La cultura y educación colombianas han tenido una ubicación por debajo de los estándares internacionales. d. La institucionalidad en Colombia está en crisis, presentándose una reiterada situación de choque de poderes. <p>Sin embargo, en otros aspectos ha mostrado un avance notorio:</p> <ol style="list-style-type: none"> a. La política de Seguridad Democrática aumentó la confianza de los extranjeros y de los mismos colombianos b. Se ha conseguido disminuir el narcotráfico con la extradición de varios y reconocidos delincuentes

FUNCIÓN/PAÍS	ALEMANIA	COLOMBIA
3. INTEGRACIÓN	Después de la reunificación alemana, se ha conseguido fortalecer las relaciones internacionales a través de la Unión Europea y su auge, promovidos por los germánicos. Además, se puede observar un respeto por el parlamento mismo y por las autoridades como el Presidente y la Canciller, quienes pertenecen al mismo partido, lo que permite unificación de criterios de gobierno.	En Colombia la integración no se ha presentado en los últimos años, ni mucho menos a lo largo de la historia. Actualmente tenemos los choques entre la Rama Ejecutiva y la Rama Judicial por la Parapolítica. También es de resaltar el desconocimiento de las instituciones extranjeras, como es el caso de los choques constantes entre el Presidente Colombiano y los Presidentes de Venezuela y Ecuador.
4. ESTABILIDAD NORMATIVA	La estabilidad normativa ha permitido en Alemania el aseguramiento de unos valores generales de la comunidad, comoquiera que tan sólo han existido dos leyes fundamentales, de las cuales una fracasó y la otra permanece vigente y con el carácter de "inmutable"	El hecho de poseer Cinco Constituciones a lo largo de la historia y además de haber poseído dos formas de organización estatal oscilantes en un período de su historia, hace que en Colombia las normas tengan carácter de temporales, lo cual diluye su significado como valores superiores de la sociedad.

Después de realizado este análisis comparativo, vinculándolo con el esquema de los subsistemas, estructuras e imperativos funcionales, se avizora que Colombia no cumple con las funciones que le están dadas por el entorno y además, existe un colapso de estructuras sociales. Siendo esto así, siguiendo las pautas de Luhmann, un sistema existe en cuanto cumple una función, es decir, el Estado Colombiano no se configura como un sistema social.

Por los considerandos anteriormente expuestos en esta investigación el funcionalismo radical no es compatible con nuestra realidad histórica. Quiéramos finalizar con un apartado de una entrevista que otorgó el profesor Jakobs a Mauricio Martínez Sánchez en marzo de 2002:

En un país desgarrado, en el que viven grupos con comprensiones normativas diferentes, no puede haber un derecho penal homogéneo debido a que los conceptos correspondientes de las personas que no son homogéneos.⁴³

5. CONCLUSIONES

La dogmática penal colombiana se ha nutrido desde sus inicios por las valoraciones y los avances académicos foráneos, existiendo una falencia marcada en cuanto a una construcción del derecho penal patrio bajo parámetros propios de una sociedad particular y en vía de desarrollo como la colombiana asentada en una sociedad propia de países del tercer mundo;

- La exigibilidad de una fidelidad al derecho como fundamento legitimador del derecho a castigar propio de una escuela funcionalista radical del Derecho penal, debe observar las calidades de los coasociados antes de la exigibilidad de un comportamiento ajustado a su rol, puesto que la construcción dogmática del maestro JAKOBS, es propia de países con sociedades bien desarrollados que distan de la nuestra;
- La escuela del derecho penal funcional del maestro JAKOBS, fue confeccionada para un contexto europeo, con ello no se deja de plano su total inoperancia para la realidad social colombiana, pero la problemática nuestra por sus características tan especiales, requieren de un tratamiento diferenciador y confeccionado a la medida del contexto latinoamericano;
- Es preocupante como la jurisprudencia colombiana está asumiendo posturas dogmáticas propias de un funcionalismo penal, entrando en una teoría interesante por lo complejo de sus términos y el particular alcance de sus instituciones, sembrando confusión a los operadores de la ley penal en nuestro país, sin determinar diferencias connaturales a quienes se dirige la norma y dejando la explicaciones de transición necesarias y suficientes;

⁴³ ABELLO GUAL, Jorge Arturo. "TENDENCIAS POLÍTICO-CRIMINALES EN EL CONTEXTO LATINOAMERICANO VISIÓN DE UNA POLÍTICA CRIMINAL PENDULAR DERECHO PENAL DEL ENEMIGO DERECHO PENAL GARANTISTA", Editorial Leyer, Bogotá: 2007. P 88

- Una Teoría como la del maestro JAKOBS en nuestro país, debe responder a una estructura dogmática que plasme una co-responsabilidad del Estado, cuando la desigualdad social, económica y cultural que ha dejado su falta de gobernabilidad coherente, lleva al coasociado a la infracción de la norma penal más por necesidad que por indiferencia palmaria del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

ABELLO GUAL, Jorge Arturo. Tendencias político - criminales en el contexto latinoamericano, Bogotá, Colombia. Editorial Leyer. 2007.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Los fines del derecho penal. Bogotá, Colombia. Editorial Universidad Externado de Colombia, centro de investigación en filosofía y derecho. 2004.

ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

AGUDELO BETANCUR, Nódier. La estructura del delito en el nuevo código penal. Bogotá. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2004.

ARBOLEDA VALLEJO, Mario y RUIZ SALAZAR, José Armando, Manual de Derecho Penal, tomo I, parte general. Editorial Leyer, 2001.

BARATTA, Alessandro. Criminología crítica y crítica del derecho penal, introducción a la sociología jurídico-penal. México. Editorial Siglo Veintiuno. 1986.

BERISTAIN IPIÑA, Antonio. Criminología y victimología. Santa Fe de Bogotá. Editorial Leyer. 1999.

BUSTOS RAMIREZ, Juan y VALENZUELA M. Derecho penal latinoamericano comparado. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1981.

CARRARA, Francesco, Programa de Derecho Criminal, Editorial Temis 1989, Tomos I y II.

DIFERENTES AUTORES UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, Lecciones de Derecho Penal Parte General, Edición 2003.

- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Principios y normas rectoras del derecho penal. Santa Fe de Bogotá. Editorial Leyer. 2000."
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal Fundamental Tomos I y II. Editorial Temis Santa Fe de Bogotá. 1997.
- FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, Editorial Trotta 1995.
- GOMEZ LOPEZ, Orlando. Derecho Penal, parte general. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2001.
- GRAF ZU DOHNA, Alexander. La estructura de la teoría del delito. Bogotá. Editorial Leyer. 2005.
- HASSEMER, Winfried. Crítica al derecho penal de hoy, Bogotá, Colombia. Editorial Universidad Externado de Colombia, centro de investigación en filosofía y derecho. 2002.
- JAKOBS, Gunther. Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación, segunda edición corregida. Madrid, España. 1997.
- JAKOBS, Gunther. Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal, Bogotá, Colombia. Editorial Universidad Externado de Colombia, centro de investigación en filosofía y derecho. 2004.
- JAKOBS, Gunther. Injerencia y dominio del hecho, Bogotá, Colombia. Editorial Universidad Externado de Colombia, centro de investigación en filosofía y derecho. 2001.
- JAKOBS, Gunther. La imputación objetiva en derecho penal, Bogotá, Colombia. Editorial Universidad Externado de Colombia, centro de investigación en filosofía y derecho. 1998.

- JAKOBS, Gunther. El concepto jurídico penal de acción, Bogotá, Colombia. Editorial Universidad Externado de Colombia, centro de investigación en filosofía y derecho. 1998.
- JESCHECK, HH, Tratado de Derecho Penal, parte general, Editorial Bosch, Barcelona España, 1978.
- JIMENEZ DE ASUA, Luís, Tratado de Derecho Penal, Editorial Depalma Argentina 1969.
- KAUFMANN, Arthur. Filosofía del Derecho. Bogotá. Editorial Universidad Externado de Colombia. 1999.
- LESCH, Heiko H. Intervención delictiva e imputación objetiva, Bogotá, Colombia. Editorial Universidad Externado de Colombia, centro de investigación en filosofía y derecho. 1997.
- LOPEZ DIAZ, Claudia. Introducción a la imputación objetiva, Bogotá, Colombia. Editorial Universidad Externado de Colombia, centro de investigación en filosofía y derecho. 1998.
- MIR PUIG, Santiago. Derecho penal, parte general, quinta edición. Barcelona. Editorial Pompey Fabra. 2002.
- MONTEALEGRE LYNETT y PERDOMO TORRES. Funcionalismo y normativismo penal, Bogotá, Colombia. Editorial Universidad Externado de Colombia, centro de investigación en filosofía y derecho. 2006.
- PABON PARRA, Pedro Alfonso. Manual de Derecho Penal, partes general y especial. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 1994.
- Revista Internacional Derecho penal contemporáneo, tomos 1, 2, 3, 6, 11, 12 y 16 Bogotá, Colombia. Editorial Legis. 2004-2007.

ROXIN, Claus. Derecho penal parte general, tomo I. Madrid. Editorial Civitas. 1997.

VALENCIA RESTREPO, Hernán. Nomoárquica Principalística jurídica o los principios generales del derecho. Santa Fe de Bogotá, Colombia. Editorial Temis S.A. 1993.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de derecho penal, parte general. Medellín. Editorial Comlibros. 2007.

ZAFARONI, Eugenio Raúl, Derecho Penal General, Ediar Editores, Buenos Aires, 2004.



Afiliada a la Asociación Colombiana de Universidades "ASCUN"

Este libro se imprimió en los talleres
litográficos de Optigraf, con un tiraje de 100 ejemplares.

La composición tipográfica se realizó
empleando las familias Futura y Arial.

2008