ISSN 0120-8179

NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR
Fundador

55

EDITORIAL

Estado de derecho y justicia penal.
Profesores de derecho penal de la U. de A.

DERECHO PENAL

De lo vivo y de lo muerto en la obra de Armin Kaufmann.
Francisco Muñoz Conde

La participación en los delitos especiales.
Erleans de Jesús Peña Ossa

POLÍTICA CRIMINAL

La dignificación de la justicia: un imposible lógico
Andrés Nanclares A.

La prevalencia del ejecutivo en la reforma judicial
Jaime Sandoval Fernández

La quiebra de los mitos.
Roberto Bergalli

Jueces, Constitución y Estado de derecho hoy
Perfecto Andrés Ibáñez

La influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español
Antonio Ma. Lorca Navarrete

LEGISLACIÓN

Decretos 1155 y 1156 de 1992

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia: El llamado "campanero" es autor y no cómplice. **M. P.: Dr. Gustavo Gómez Velásquez**
Comentario: **Ana María Peláez Merino.**

CO/XIV
F/Z

2345

ENERO • FEBRERO • MARZO

Fundador
NÓDIER AGUDELO BETANCUR

Director
FERNANDO VELÁSQUEZ V.

Coordinador
JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA

Consejo de Dirección

HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO
HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ
CARLOS ALBERTO JARAMILLO R.
JAIME SANDOVAL FERNÁNDEZ
MARIO SALAZAR MARÍN
CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE
CÉSAR AUGUSTO LÓPEZ LONDOÑO
JESÚS MARÍA VALLE JARAMILLO
J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA
IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ

Auxiliares

Mario Alberto Arenas Alzate
Sandra Cristina Mora Soto
Luz María Mejía Salazar
Clara Luz Pérez Pérez

Pedidos y sucripciones: Editorial Temis
Apartado Aéreo 12008
Santa Fe de Bogotá

Dirección y Coordinación: Apartado Aéreo 53006
Medellín

AÑO X • Enero • Febrero • Marzo • 1992 N° 55

Licencia 00577 de 1985

NUEVO FORO PENAL

REVISTA TRIMESTRAL

EDITORIAL TEMIS
Santa Fe de Bogotá
1992

A. A. 53006 Medellín

La responsabilidad por las opiniones emitidas en artículos, notas o comentarios firmados, publicados en esta Revista, corresponde a sus autores exclusivamente.

Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en Talleres Gráficos Nomos.
Carrera 39 B, núm. 17 - 98,
Santa Fe de Bogotá.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de esta revista, por medio de cualquier proceso, reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis, S.A.
Solo se autoriza la reproducción de *artículos* siempre que se indique que han sido tomados de esta Revista.

Impreso por EDITORIAL NOMOS, Santa Fe de Bogotá, Colombia

ÍNDICE GENERAL

EDITORIAL

PÁG.

Estado de derecho y justicia penal. Profesores de Derecho Penal. Facultad de Derecho. Universidad de Antioquia 3

DERECHO PENAL

De lo vivo y de lo muerto en la obra de Armin Kaufmann. Francisco Muñoz Conde 9
La participación en los delitos especiales. Erleans de Jesús Peña Ossa 17

POLÍTICA CRIMINAL

La dignificación de la justicia: un imposible lógico. Andrés Nanclares A. . 37
La prevalencia del ejecutivo en la reforma judicial. Jaime Sandoval Fernández 41
La quiebra de los mitos. Roberto Bergalli 51
Jueces, Constitución y Estado de derecho hoy. Perfecto Andrés Ibáñez ... 71
La influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español. Antonio Ma. Lorca Navarrete 87

LEGISLACIÓN

Decretos 1155 y 1156 de 1992 105

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia. El llamado "campanero" es autor y no cómplice. Gustavo Gómez Velásquez 111
Comentario a cargo de Ana María Peláez Merino 118
Corte Suprema de Justicia. Fundamento de la agravante del núm. 1 del art. 324 del C. P. Ricardo Calvete Rangel 123
Comentario a cargo de Liz Dalila Cartagena y Gabriel A. Ochoa 127

BIBLIOGRAFÍA

EDITORIAL

Estado de derecho y justicia penal

Frente al "estado de conmoción interior" decretado por el gobierno nacional (decretos 1155 y 1156 de 1992)* el pasado 10 de julio, miramos con asombro e indignación que un gobierno que se ha autocalificado como abanderado en el proceso constitucional de 1991, siga pensando y actuando con la mentalidad nacida del uso y abuso del estado de sitio de la Constitución de 1886. Prueba de ello es considerar la administración de justicia como una función de gobierno, reflejando así una actitud contraria a los postulados del Estado de derecho.

Consideramos erróneo pensar que la aplicación de la ley, en un Estado de derecho, pueda constituir un factor de "conmoción interna" y que, además de eso, para llegar a tal afirmación, se exhiban argumentaciones falaces y lesivas para instituciones y personas. Más aún, si tenemos en cuenta que el Código de Procedimiento Penal que recientemente empezó a regir fue elaborado, promovido y defendido por el gobierno nacional ante la Comisión Especial Legislativa, la que escasamente lo discutió y se limitó a no improbarlo.

El articulado del Código es muy claro en el sentido de que la jurisdicción de orden público, jueces regionales y Tribunal Nacional hoy en día, se integraría a la jurisdicción ordinaria, a partir del primero de julio de 1992; por lo tanto, en materia de investigación y juzgamiento, las normas procesales aplicables serían las contenidas en el Código, que dicho sea de paso son, prácticamente, las mismas que aparecían en los decretos 2790 de 1990 y 99 de 1991 (convertidas luego en legislación permanente por el decreto 2271 de 1991), quizás con la única excepción de las normas relativas a la libertad provisional, más bondadosas —eso sí— en el nuevo Código de Procedimiento. Por eso, invocar la aplicación del art. 415 del C. de P. P. no constituye interpretación

* El texto de dichos decretos puede consultarse en la sección de Legislación de esta revista.

"leguleya y maliciosa" —como sostuvo el presidente de la república—, pues no cabe la menor duda de que el decreto 2271 de 1991 fue derogado por el decreto 2700 de 1991.

En el mismo sentido, es un asalto a la buena fe de la opinión pública afirmar, como lo ha hecho el señor fiscal general, que las normas que se refieren a los jueces regionales solo empezarán a regir cuando se cumplan los diez años que como término máximo se le fijó a los jueces regionales; transcurridos los diez años, aclaramos nosotros, nada tendrán que hacer tales normas procesales, cuando precisamente habrán desaparecido los jueces regionales y el Tribunal Nacional (en igual destino incurre el art. 4° del decreto 1156 de conmoción interior).

Por otra parte, no sobra recordar que el gobierno nacional es el único responsable del nuevo Código de Procedimiento Penal y que hace solo unas semanas reclamaba orgullosamente la paternidad de este último, considerándolo pilar insustituible en la lucha por dotar al país de una justicia sólida y creíble. Sin embargo, cuando se ponen al descubierto sus "inconveniencias", estas son atribuidas a interpretaciones "leguleyas y maliciosas". De esta forma, la improvisación del gobierno se revierte en insultos a jueces (también amenazados con investigaciones disciplinarias y penales), abogados y sindicados. La jurisdicción de orden público, en investigaciones que en algunos casos se aproximan a los tres años, no ha logrado extraer conclusiones; sin embargo, ello no se debe a la alcahuetería de la jurisdicción ordinaria, ni a la malicia de los abogados, ni a la peligrosidad de los sindicados, sino a la ineficiencia del Estado, que ya resulta inocultable.

La dignidad de unos cargos, el respeto a una profesión y los derechos de unas personas no pueden ser feriados para impresionar a la opinión pública y ganar respaldo con anuncios apocalípticos. Nos asiste la convicción de estar ante un Estado éticamente reprochable que, tomando palabras de CARLOS GAVIRIA DÍAZ, "entona el epinicio para anunciar y festejar una victoria fraudulenta. Traiciona así, de raíz, los postulados que proclama —(agregamos nosotros: *habeas corpus*, presunción de inocencia, favorabilidad, división de poderes, derecho de defensa)— pues, de modo desvergonzado, infringe el deber cuyo cumplimiento dice propiciar" ["Derechos civiles en la Constitución", en *Hacia una reforma constitucional*, Medellín, El Mundo, 1988, pág. 69].

Es cierto que algunas de las personas a quienes quiere negársele su libertad, están acusadas de delitos terribles; otras, simplemente, son víctimas de procesos kafkianos. Pero no han sido ni la sociedad, ni los abogados, ni los jueces, ni los sindicados, quienes crearon la jurisdicción de orden público. Esta, también, fue obra exclusiva del gobierno, con sus inmensas ventajas para la parte acusadora y para el ejercicio mismo de la pretensión punitiva (funcionarios secretos, pruebas secretas, ausencia de audiencia pública, etc.). Si con todo ello las investigaciones no han llegado a buen término, es hora de asumir las consecuencias: el Estado ha sido incapaz de garantizar el derecho ciudadano por excelencia: tener justicia. Y esa incapacidad, en ningún caso, puede justificar una política criminal fundada en el horror a la libertad y en el atropello a los derechos.

El Estado de derecho, y el debido proceso como una de sus manifestaciones más definitorias, es un juego de pesos y contrapesos. El Estado tiene, en nombre de la sociedad, la potestad de juzgar y condenar, pero el sindicado no pierde sus derechos, así se le atribuyan, y haya cometido los crímenes más espantosos. Un continuo, transparente y leal ejercicio del debido proceso, nos puede permitir avanzar hacia la justicia, que no es un valor encerrado en una urna de cristal sino un estado del alma colectiva, creado por relaciones de respeto, basadas en reglas claras previamente establecidas. Cuando esas reglas pueden, eventualmente, volcarse en contra de intereses gubernamentales y aun contra la sociedad, modificarlas arbitrariamente no es hacer justicia: es un acto de fuerza, que puede tener efectos tranquilizadores a corto plazo, pero deslegitimantes, tarde o temprano. Ya no se percibirá la aplicación de la ley como el dominio racional del orden sobre el desorden, sino como la lucha entre dos bandos, donde cualquier herramienta resulta legítima, convirtiéndose, paradójicamente, en un factor criminógeno. Como lo ilustran las palabras del juez BRANDEIS: "En un gobierno de leyes, la propia existencia del gobierno quedaría comprometida, si este deja de cumplir escrupulosamente el derecho. Para bien o para mal le da ejemplo a todos sus súbditos. El delito es contagioso. *Si el gobierno acaba por convertirse en un violador de la ley, no hace cosa distinta de estar alentando el menosprecio por esa misma ley e invitando a cada ciudadano a hacer la ley por sí mismo. El final es la anarquía*. Declarar que en la aplicación del derecho penal el fin justifica los medios, o sea que el gobierno puede cometer crímenes para garantizar la condenación de un criminal privado, apareja terribles consecuencias...". [Caso Olmstead versus Estados Unidos, citado por ALFONSO LÓPEZ MICHELSEN en *El Tiempo*, domingo 12 de julio de 1992, pág. 7A. Hemos subrayado].

En resumen, y para concluir, más allá de la anécdota sobre la interpretación de un inciso del Código, y del estado de conmoción interior, tan espectacularmente decretado, inclusive prescindiendo de su inconstitucionalidad, nos preocupa profundamente el talante autoritario que se ha mostrado en el manejo de la justicia, tanto por el gobierno como por el fiscal general de la nación: una forma de ver la justicia como herramienta de aplastamiento del "enemigo" donde no existe el menor espacio para el respeto ni de la ley, ni de los jueces, ni de los derechos de los ciudadanos.

PROFESORES DE DERECHO PENAL
Facultad de Derecho
Universidad de Antioquia

Medellín, julio 14 de 1992.

DERECHO PENAL

De lo vivo y de lo muerto en la obra de Armin Kaufmann*

*Francisco Muñoz Conde***

1. Hace ya más de cuarenta años, a principios de los años cincuenta, aparecía una obra que sentaba las bases y fijaba los orígenes de la moderna dogmática penal alemana. Se trataba de la tesis doctoral de ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie* ["De lo vivo y lo muerto en la teoría de las normas de Binding"][1] (Gotinga, 1954), que su autor había realizado bajo la dirección de su maestro HANS WELZEL, creador de la teoría final de la acción y uno de los dogmáticos y teóricos del derecho penal más importantes e innovadores del desolado panorama de la Alemania de la postguerra.

La importancia de la obra de KAUFMANN no se reducía, sin embargo, a corroborar y, de algún modo, ampliar los planteamientos dogmáticos de su maestro, sino que buscaba los fundamentos mismos de la dogmática juridicopenal, analizando paso a paso y con penetrante agudeza la obra de uno de los dogmáticos más importantes de la ciencia penal alemana, KARL BINDING.

Tanto en esta obra, como en todas las que le siguieron, intentó KAUFMANN fijar lo que, a su juicio, constituye la base de la dogmática jurídica: *las estructuras lógico-objetivas* de la materia objeto de regulación por el derecho. Estos datos lógico-objetivos serían, pues, el soporte material de las decisiones jurídicas y a ellos estarían vinculados todos los factores de producción del derecho, el legislador, el juez o el intérprete, por encima de toda consideración axiológica o valorativa propia de cada país, momento histórico, cultura o ideología.

* *Comentario a Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*; editado por Gerhard Dornseifer, Eckhard Horn, Georg Schilling, Wolfgang Schöne, Eberhard Struensee y Diethart Zielinski, Editorial Carl Heymanns, 1989, 878 págs.

** Catedrático de derecho penal. Universidad de Sevilla.

[1] Hay traducción española de BACIGALUPO y GARZÓN VALDÉS, publicada en Buenos Aires en 1977, bajo el título de "Teoría de las normas" (Edic. Depalma).

Al desarrollo de esta idea dedicó todo su esfuerzo intelectual y académico que cuajó, además de esta primera obra, en su escrito de habilitación: *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte* ["La dogmática de los delitos de omisión"] (1959), y varios de sus principales artículos sobre el "injusto personal", la "relación de causalidad", la "imputación objetiva" y el "dolo eventual", recogidos en un solo volumen: *Strafrechtsdogmatik, zwischen Sein und Wert* ["Dogmática juridicopenal, entre ser y valor"] (1982), publicado por sus discípulos, que ahora le dedican este libro-homenaje.

2. No es nuestro objetivo hacer ahora un análisis de la obra y de las ideas de ARMIN KAUFMANN, sino solamente un comentario-resumen de algunas de las más interesantes aportaciones que en número de casi cincuenta contiene este merecido homenaje. El punto de referencia tiene que ser, sin embargo, necesariamente la obra de KAUFMANN, a la que de un modo u otro se reconducen la mayoría de los trabajos. Nada extraño, por lo demás, ya que, aunque la obra del homenajeado no fue excesiva en cantidad, sí lo fue en calidad y en la riqueza de sugerencias de todo tipo que de ella se deducen.

Por razones obvias de espacio no nos vamos a referir detalladamente tampoco a cada uno de los trabajos que contiene este libro-homenaje, cuya simple enunciación llenaría algunas páginas. Así, por ejemplo, dejamos fuera de nuestra consideración las aportaciones de los autores hispanohablantes [CÓRDOBA RODA, LLOMPART, CUELLO CALÓN, GIMBERNAT, BUSTOS, MIR PUIG, BACIGALUPO, CEREZO MIR, POLAINO, BAIGUN y MAIER], algunas de ellas ya aparecidas en español, otras publicadas directamente en nuestro idioma. Tampoco vamos a referirnos a las aportaciones de carácter jurídico filosófico [ARTHUR KAUFMANN, PUPPE], histórico [SCHAFFSTEIN, RÜPING], juridicocomparativo [FUKUDA, SCHÖNE, OHNO, DEDES] o procesales [HIRSCH, ESSER, WOLTER, WEBER], ni tampoco a cuestiones concretas de la Parte Especial [SCHILLING, ZIELINSKI, SCHÜNEMANN, LÜDERSEN], participación [GRÜNWALD], tentativa y desistimiento [GÜNTHER, STRUENSEE], o determinación de la pena [HORN]. Cualquiera puede entender que la simple referencia al contenido de cada uno de estos trabajos haría esta nota excesivamente extensa y prolija.

Pero sí creo conveniente comentar algunos de los trabajos que, a mi juicio, más se relacionan con las operaciones de ARMIN KAUFMANN, es decir, aquellos que más directamente tienen que ver con las estructuras lógico-objetivas, que, a su juicio, constituyen la base de la dogmática juridicopenal.

3. Empecemos por la omisión, uno de los temas a los que aquel autor dedicó mayor atención.

Como es sabido, el libro de KAUFMANN sobre los delitos de omisión modificó completamente la idea que de esta forma del comportamiento humano, también relevante penalmente, se tenía. La tesis central sostenida por él consiste en que, igual que existe un concepto ontológico de acción (el de la teoría final de la acción), existe también un concepto ontológico de omisión, al que como realidad prejurídica está vinculado el legislador. Este concepto ontológico de omisión se caracterizaría porque el sujeto que omite tenga la concreta capacidad de acción y porque, a pesar de ello, no realiza esa acción.

Es decir, lo primero que hay que preguntarse cuando un sujeto omite *algo* es si podía realizar ese *algo* que omite hacer. Este concepto es, por tanto, independiente de si lo que se omite está o no desaprobado, o es indiferente; por eso es un concepto ontológico, no normativo. La "capacidad de acción" sería, además, un requisito conceptual del concepto de comportamiento en general, y no solo de la omisión. También la acción en sentido estricto supone que el sujeto puede actuar, aunque desde el momento en que actúa esa capacidad se da obviamente por supuesta[2].

Tres artículos se dedican en el libro-homenaje a este problema.

Uno, el de GIMBERNAT —probablemente el más interesante y sugerente—, hace una serie de interesantes matizaciones a la tesis de KAUFMANN, distinguiendo entre el *comportamiento pasivo*, ontológicamente considerado, entendido como un no hacer que se *podía hacer*, y la *omisión*, entendida normativamente como el no hacer algo que se podía y se *debía* hacer.

Otro, el de SCHMIDHAUSER, en el que se distingue entre *acción y omisión*, como formas del comportamiento, y *comisión* del hecho delictivo, que lo mismo puede realizarse por acción que por omisión.

Lo que en el fondo de estas aportaciones se plantea es si hay un concepto común de comportamiento capaz de acoger lo mismo el comportamiento activo que el pasivo. Un sector de la dogmática alemana, desde RADBRUCH hasta el propio KAUFMANN, niegan esa posibilidad; mientras que otro, representado fundamentalmente por los causalistas MEZGER y BAUMANN, la afirman. Precisamente es este último autor el que, en su aportación, hace una revisión del concepto de acción de ARMIN KAUFMANN, llegando a la conclusión de que el concepto de acción solo tiene sentido como un elemento del concepto más específico de injusto penal.

Lo que nadie le discute a KAUFMANN es que su aportación al concepto ontológico de acción, desde el punto de vista de la omisión, ha depurado al sistema de la teoría del delito de una vinculación excesiva al derecho positivo, desarrollando unas firmes estructuras, sobre las que después edificar las diferentes categorías sistemáticas.

4. Otra de las cuestiones tratadas en este homenaje es la relación entre teorías de la causalidad y teorías de la imputación objetiva, un problema en el que lo que verdaderamente se plantea es la relación entre planos ontológicos y planos normativos a la hora de verificar la imputación de un determinado resultado al autor de una acción (u omisión). En uno de sus últimos trabajos rechazó KAUFMANN las teorías de la imputación objetiva, con el argumento de que no son más que criterios lógicos para solucionar problemas de interpretación del tipo del delito en cuestión. Para él, igual que para WELZEL, lo importante es si el suceso causal es controlado o no por el dolo del autor. Un criterio ontológico, la causalidad, es, por tanto, relacionado con otro, la finalidad. De ahí que niegue relevancia a la imputación objetiva en los delitos dolosos, tratando los problemas que en él se plantean como problemas

[2] Cf. ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik*, págs. 49-83.

de error del tipo o de ausencia de dolo en general (así, por ej., en el famoso caso del sobrino que envía a su tío al bosque, esperando que un rayo caiga y lo mate, KAUFMANN[3] niega sin más el dolo y no la imputación objetiva).

Un criterio similar mantiene su discípulo STRUENSEE en relación con los delitos imprudentes, entendiendo que los problemas que se pretende resolver con ayuda de la imputación objetiva son, en realidad, problemas del tipo subjetivo del delito imprudente[4].

Con estas tesis se enfrenta ROXIN, en un trabajo en el que defiende la importancia de la imputación objetiva también para los delitos dolosos, confirmando que la mayoría de los casos de desviaciones de cursos causales, disminución del riesgo, etc., tienen que resolverse con un criterio normativo que impide la imputación objetiva del hecho producido. Y lo mismo sostiene respecto al planteamiento de STRUENSEE, pues incluso, dice ROXIN, en los casos en que hay que tener en cuenta para medir el grado de infracción de la diligencia debida las capacidades concretas del sujeto, estas deben ser analizadas y comparadas con baremos objetivos que son precisamente los criterios de la imputación objetiva. Por otra parte —agrega—, en la imprudencia inconsciente no se puede hablar de "tipo subjetivo" y, sin embargo, sí de imprudencia, aplicando para ello una vez más los criterios de la imputación objetiva.

Es curioso, sin embargo, que la mayoría, por no decir todos los casos aducidos por KAUFMANN y STRUENSEE para confirmar la tesis de sus planteamientos ontológicos, son solucionados de igual forma por ROXIN, con criterios normativos. Más curioso es todavía que LAMPE, en su importante contribución a este homenaje con un trabajo sobre la causalidad, llegue también a soluciones parecidas desde la base de una causalidad que él llama "funcional" o "funcionalmente vinculadora", y que considera ontológica y, por tanto, no tributaria de la teoría de la imputación objetiva. Planteamientos similares hace JUAN BUSTOS en su contribución sobre este tema, aunque finalmente admite la imputación objetiva como un problema de la antijuridicidad y no del tipo.

Por eso me parece clarificadora y encomiable la postura de JAKOBS, quien en su contribución a este libro-homenaje, "Representaciones del autor e imputación objetiva", plantea el problema en un plano metodológico más amplio: ¿Cuál es el sujeto de referencia cuando se trata de la imputación objetiva en un determinado resultado: una persona individual y concretamente considerada o el ciudadano medio en su calidad de portador de determinados roles y expectativas? Para JAKOBS está claro que en el ámbito de lo injusto lo decisivo es el criterio objetivo que considera al hombre en su situación social, como sujeto de deberes específicos y de determinadas expectativas que tiene que cumplir: el estudiante de biología que trabaja ocasionalmente como camarero no tiene por qué hacer uso de sus especiales conocimientos de biólogo y advertir a los comensales que les está sirviendo una fruta que, él

[3] Cf. su trabajo "¿Atribución objetiva en el delito doloso?", en *ADP*, 1985, págs. 805 y ss.

[4] Cf. "El tipo subjetivo del delito imprudente", en *ADP*, 1987, págs. 423 y ss.

sabe, en razón de sus especiales conocimientos biológicos, puede producir una intoxicación.

Lógicamente esta tesis es radicalmente distinta del planteamiento ontológico-individual de KAUFMANN. Pero ¿hasta qué punto puede admitirse un planteamiento sociológico funcional puramente objetivo como el de JAKOBS?

En el fondo del problema está una vez más no ya solo la contraposición entre lo ontológico y lo normativo, el ser y el valor, sino la trascendental cuestión en derecho penal de cómo se imbrican y qué peso corresponde en la determinación de la responsabilidad penal a los factores objetivos y subjetivos, relación de la que se ocupan, por cierto, de un modo general, los españoles LLOMPART y MIR PUIG en sus contribuciones.

5. Probablemente, esta discusión no tendrá una solución definitiva nunca. Pero parece que los tiempos actuales tienden más a las consideraciones normativas y funcionales que a las ontológicas. Y ello se observa también en las contribuciones de HASSEMER, FRISCH e HILLENKALMP, sobre otro de los temas que KAUFMANN trató con especial cuidado: el problema del dolo eventual. Difícil es desde luego buscar estructuras ontológicas en lo que probablemente no es más que el terreno de la incertidumbre y de las impurezas probatorias que se dan en el proceso penal respecto a los elementos subjetivos. ¿Hay o no intención de matar cuando el terrorista pone una bomba en unos almacenes para que explote de noche, pero admite la posibilidad que alcance a un vigilante nocturno o a un mendigo que duerme en la puerta de entrada?

La teoría del dolo eventual surgió para resolver casos de este tipo en los que los elementos conceptuales del dolo, inteligencia y voluntad, no se dan con toda nitidez, pero parece lógico que el resultado se impute como doloso.

Las fórmulas tradicionales de carácter psicológico-ontológico de la probabilidad, de la voluntad, etc., no resuelven satisfactoriamente el problema y, más o menos, encubiertamente se recurre a criterios normativos, cuando no al sentimiento.

ARMIN KAUFMANN desarrolló una teoría de la "voluntad evitadora capaz de dominar el hecho", según la cual se salvaba el aspecto ontológico del dolo eventual en la medida en que este es también "voluntad de realización" y no "voluntad de evitación"[5]. Pero, como señala WINFRIED HASSEMER en su excelente contribución sobre los elementos característicos del dolo, la tesis de KAUFMANN fracasa no tanto en su punto de partida ontológico como en los resultados poco satisfactorios a que conduce: quien actúa peligrosamente puede invocar la tesis de la imprudencia o, en todo caso, la de la exclusión del dolo, siempre que haya procurado evitar el resultado. Pero la voluntad de evitación, dice con razón HASSEMER, no es siempre indicio de una actitud correcta ante el derecho, sino a veces producto de un cálculo criminal estratégico. De lo que se trata es, a su juicio, primero, de establecer cuál es la razón de la mayor punición del dolo frente a la imprudencia, y luego de buscar los indicadores objetivos externos que permiten deducir la constancia del dolo, es decir, la necesidad de una reacción penal más enérgica ante la lesión

[5] Cf. "El dolo eventual en la teoría del delito", en *ADP*, 1960, págs. 171 y ss.

de un bien jurídico. Estos indicadores son, para HASSEMER, la situación peligrosa, la representación del peligro y la decisión en favor del actuar peligroso.

De esta opinión se aparta HILLENKAMP, quien en su contribución sobre este problema específico de la voluntad de evitación y el dolo eventual, defiende la tesis de KAUFMANN: si el autor actúa con voluntad de evitación y en el cálculo de sus posibilidades considera excluida la realización del tipo, no habrá nunca dolo.

Un planteamiento que también se puede calificar de normativo mantiene en su contribución WOLFGANG FRISCH. Se ocupa este autor de uno de los problemas del dolo que igualmente es difícil de solucionar con una consideración puramente ontológica, la llamada "coconsciencia" o "consciencia concomitante". Hay, en efecto, una serie de elementos del tipo que el sujeto no conoce con exactitud o no se representa de un modo actual en el momento en que realiza el hecho: la edad del sujeto pasivo en el delito de estupro, la circunstancia de casa habitada en el robo en un chalet transitoriamente sin ocupantes, etc. La doctrina dominante suele, desde la decisiva aportación del austriaco PLAZTAGUMMER, resolver el problema con ayuda de la coconsciencia, es decir, considerando también como conocidos aquellos elementos del tipo que el sujeto no se representa en el momento de realización del delito, pero que están latentes en su consciencia como conocimiento tácito concomitante. En su extenso y pormenorizado trabajo, FRISCH considera que el problema es de carácter normativo y debe ser resuelto como tal y no con pretendidas consideraciones ontológicas que, en realidad, falsifican el elemento intelectual del dolo.

6. De otras cuestiones igualmente importantes relacionadas con la significación del resultado en la contribución del injusto y el principio de culpabilidad se ocupan en sendos trabajos DORSEIFER y DENCKER. El primero llega a la conclusión de que el resultado ni fundamenta ni cualifica el injusto, y, todo lo más, tiene que tenerse en cuenta como criterio ordenador de los grados de necesidad de pena. El segundo pretende sacar las conclusiones de esta tesis, por lo demás fuertemente anclada en el concepto de injusto personal de ARMIN KAUFMANN, para el principio de culpabilidad, reclamando mayor espacio para los delitos de peligro, dejando el resultado en un segundo plano, etc. Esta idea bastante extendida entre los partidarios de la teoría final de la acción, deja, sin embargo, al derecho penal sin un punto de referencia que, desde el punto de vista social y desde el de la propia víctima, es realmente importante. Una consideración ontológica tampoco debería olvidar o menospreciar el papel del daño en la configuración del injusto, por más que el resultado esté muchas veces fuera del control de la acción.

En todas estas discusiones nos encontramos siempre con que lo pretendidamente ontológico se reduce, muchas veces, a las estructuras lógico-objetivas del actuar humano individualmente considerado, dejando a un lado el significado de esa actuación para los demás, que igualmente es una parte de la realidad. No parece, por ello, lógico que el resultado quede fuera en la constitución del concepto de injusto.

7. Y esta consideración nos lleva a mencionar el problema de las causas de justificación, de cuya función, estructura y principios se ocupa RUDOLPHI. Ciertamente, tras la trascendental aportación del finalismo muy pocos son los que consideran que el ámbito de las causas de justificación se puede determinar de un modo puramente objetivo. De nada serviría a quien mata a otro en una situación objetiva de legítima defensa, si no tiene conciencia de que actúa en esta situación. Pero tampoco podría excluirse la antijuridicidad, por más que el sujeto creyera que actuaba en legítima defensa, si objetivamente no existe una agresión ilegítima. La teoría de la culpabilidad, defendida por ARMIN KAUFMANN, considera que en este último caso el sujeto puede actuar sin culpabilidad o con culpabilidad atenuada, pero permanece intacto el dolo del tipo del delito concreto. Y ello con base en una estricta separación entre dolo y conocimiento de la antijuridicidad, que, según KAUFMANN, es una de las estructuras lógico-objetivas. El resultado puede ser satisfactorio, pero no la fundamentación. En su contribución sobre el error de tipo permisivo, defiende PAEFGEN la tesis de que una concepción personal de lo injusto puede llevar también en este caso a la negación del dolo. STRATENWERTH mantiene, por su parte, la tesis de que en determinados casos de error y de disminución de la culpabilidad, esta puede ser fundamentada por una culpabilidad previa basada en el comportamiento anterior.

El trabajo de PAEFGEN parte de la tesis de KAUFMANN, publicada en el homenaje a su maestro WELZEL, de que "la situación objetiva de justificación debe enjuiciarse *ex ante*"; es decir, si alguien, actuando con la diligencia debida y comprobando cuidadosamente las circunstancias, cree que se dan los presupuestos objetivos de una causa de justificación (por ej. la agresión ilegítima en la legítima defensa), esta situación, a pesar de tratarse de una creencia errónea, equivale a la causa de justificación plena. Realmente para KAUFMANN no se trata de un error evitable sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación, sino que, objetivamente considerada la situación *ex ante*, admite la existencia de la causa de justificación misma. En este sentido, ya se ha señalado en la doctrina española[6] que el examen conforme a deber de la situación *ex ante*, no es más que la expresión del deber objetivo de cuidado. Pero esto no quiere decir que se acoja la teoría de los elementos negativos del tipo y que automáticamente se entiende que el conocimiento del presupuesto objetivo de la causa de justificación es también un elemento integrante del dolo, con la consecuencia de que en caso de error vencible este se transformaría en imprudencia. En opinión de PAEFGEN, lo único que se excluye en caso de error invencible o inevitable en el que el sujeto ha supuesto la existencia del presupuesto objetivo de una causa de justificación, basándose para ello en una percepción de la realidad que cualquier otro en su lugar, actuando con el cuidado necesario, hubiera tenido igualmente, es el desvalor de la acción, pero sigue existiendo el dolo respecto al resultado. Por eso, en caso de error vencible, ese dolo sigue subsistiendo y no se transforma en imprudencia, aunque sí procede la atenuación de la pena.

Desde luego que esta tesis puede entenderse como un resquebrajamiento de la teoría estricta de la culpabilidad. Pero solo aparentemente, pues en todo caso deja subsistente la penalidad por delito doloso en caso de error vencible sobre la existencia del presupuesto objetivo de una causa de justificación.

[6] Por ejemplo GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio legítimo del cargo*, Madrid, 1980, pág. 236.

Más difícil me parece de sostener la tesis de STRATENWERTH, según la cual en determinados casos de error, la culpabilidad puede ser fundamentada en el comportamiento anterior [*Vorverschulden*]. Ciertamente parece inevitable tener en cuenta el comportamiento anterior del sujeto para valorar el acto que realiza, pero ello solo es posible en la medida en que se materialice en el acto mismo y esté en estrecha conexión con él, pero no se puede ir más allá de esto so pena de convertir la culpabilidad en una especie de "culpabilidad por la conducción de vida" más próxima a los postulados nazis del derecho penal de autor que a los de un derecho penal liberal de acto.

7. Me parece, sin embargo, que estas y otras consideraciones similares están ya muy lejos de los planteamientos de ARMIN KAUFMANN. Ciertamente, no se puede pretender ni conseguir que todas las cuestiones del derecho penal se resuelvan *a priori* con la fijación de unas estructuras lógico-objetivas que predeterminen un determinado tipo de valoración, sino quizás y todo lo más, que las valoraciones tengan en cuenta esas estructuras. El problema es que no siempre se pueden determinar las estructuras lógico-objetivas que subyacen a una regulación jurídica, y no creo que el mismo WELZEL, ni por supuesto KAUFMANN, quisieran reducirlas al concepto de acción.

Pero de ser así o de otro modo, nadie puede dudar de la importancia de la obra de estos dos grandes penalistas. Sus aportaciones han hecho correr ríos de tinta en los últimos cuarenta años en la dogmática alemana juridicopenal. Este libro-homenaje es una buena prueba de ello. Por supuesto que no todo lo que se ha escrito sobre estos problemas tiene la calidad y la importancia que a veces se le atribuye. La ciencia alemana se caracteriza por hilar demasiado fino o por exagerar la importancia de las cuestiones sistemáticas. Si a esto se le añade el exceso de publicaciones académicas, tesis, escritos de habilitación y artículos en revistas especializadas, se comprende que la discusión teórica sobre problemas aparentes se haya convertido, a veces, en un fin en sí misma. De este peligro advierte en un interesante trabajo con el que termina el libro-homenaje, ARZT, aunque él lo atribuye al exceso de estudiantes y al aumento del número de cátedras en las facultades de derecho. No obstante, habría que recordar también algunas exageraciones habidas en la polémica entre teoría final y causal de la acción que llegó a convertirse en algún caso en una verdadera guerra civil entre partidarios de uno y otro bando. El resultado final no ha sido, sin embargo, malo, aunque se hayan malgastado muchas energías que podrían haberse empleado en el estudio de otros problemas del derecho penal.

ARMIN KAUFMANN, con su credo y su personalidad científicos, marcó en todo caso un hito en la dogmática jurídica alemana. Luego vendrán otras direcciones, otras modas, pero su contribución al terreno en el que se movió y quiso moverse desde el principio hasta el final de su vida científica, permanecerá insuperable.

La participación en los delitos especiales

*Erleans de Jesús Peña Ossa**

1. LOS INTERVINIENTES EN EL HECHO PUNIBLE

No solo el acto lícito suele ser obra de varias personas. También es frecuente que en el hecho punible intervengan diversos autores, que entonces reciben el nombre de coautores, o un solo autor que actúa en compañía de determinadores y cómplices, fenómeno este último denominado "participación en sentido amplio", pues se está refiriendo a las tres clases de individuos que pueden concurrir en el acto delictivo. La participación con significación estricta o restringida está reservada al determinador y cómplice, con exclusión del autor.

Ahora, la coautoría será eventual en los tipos penales monosubjetivos, es decir, en los que se describen conductas realizables por un solo agente, de tal manera que la eventual concurrencia de varios autores en modo alguno impide la plena adecuación típica, en tanto que será necesaria en los plurisubjetivos, o sea, aquellos en que se exige la presencia de dos o más personas para perpetrar la conducta que describen. Es factible, entonces, encontrar coautoría eventual en el peculado, prevaricato (en las decisiones tomadas por jueces colegiados), fraude procesal, secuestro, injuria, calumnia, lesiones personales, hurto, estafa, abuso de confianza, etc. Será siempre necesaria en determinadas conductas delictivas: rebelión, sedición, conspiración, cohecho (el empleado oficial que realiza cohecho propio y el que le da) y el concierto para delinquir.

Algunos tratadistas utilizan la denominación *concurso* o *participación* necesaria o eventual, según el caso. Consideramos más

* Magistrado del Honorable Tribunal Superior de Neiva.

adecuada y precisa la de coautoría eventual o necesaria, pues lo que se quiere significar es la posibilidad de ejecución de un delito por uno o varios autores, según que el modelo comportamental sea monosubjetivo o plurisubjetivo, y no la participación única o plurima de personas a cualquier título, pues solo los autores recorren con su acción u omisión el modelo comportamental descrito en el correspondiente tipo penal. Además, tanto en la coautoría necesaria como en la eventual es posible la presencia de determinadores y de cómplices, de lo cual resultan los mismos problemas de distinción entre estos y los autores.

De esta suerte, así el tipo legal exija el comportamiento de uno o de varios individuos, se estaría hablando de autores. Pero como la realidad de la vida es que en el delito, además de estos últimos también concurren otras personas, con acciones accesorias de crear en el autor la resolución de cometerlo, que es el caso del determinador, o prestándole colaboración, individuo conocido como cómplice, el derecho penal creó un segundo dispositivo amplificador o extensivo de esos tipos monosubjetivos y plurisubjetivos llamado "participación" (en la indicada perspectiva restringida), por medio del cual —como asienta FERNÁNDEZ CARRASQUILLA— se amplían las conductas y se extienden las penas en la particular figura delictiva[1].

2. AUTOR INTELECTUAL E INSTIGADOR

A pesar de que en nuestra legislación penal solo existen autores, determinadores y cómplices, a menudo comentaristas nacionales hacen referencia a autores intelectuales e instigadores o inductores, esta última categoría como sinónima de determinadores, y aquella con distintas significaciones.

REYES ECHANDÍA aceptó como equivalentes la determinación, la instigación y la autoría intelectual[2], en tanto que ESTRADA VÉLEZ[3] y PÉREZ[4] encuentran impropia la sinonimia, la que, valga de paso decir, es muy socorrida en el lenguaje coloquial y periodístico.

Este último, en concepto que compartimos, acota sobre el punto lo siguiente: "...se ha cultivado en Colombia la idea de que el artículo 23 ...crea la categoría de «autor intelectual», lo que es ostensiblemente inexacto. La doctrina ecuménica indaga la especialísima figura del determinador, distinguiéndolo, hasta donde lo permitan las leyes, del instigador. Las dos expresiones se utilizan a veces para designar lo mismo. Pero, en el fondo, son de contenido distinto. Determinador (título que algunas legislaciones foráneas traducen como «inducción necesaria, es el que hace nacer en otro la voluntad delictiva, el que carga de energía esa potencia sicológica, el que se impone a otro para que cometa la infracción en calidad de autor. Instigador es el que apenas fomenta o completa esa energía volitiva ya iniciada para el maleficio. El artículo 23 contiene el régimen punitivo común para las tres categorías: autores, coautores y determinadores... La ley se refiere al que determine a otro a realizar la infracción, es decir, a una clase particular de partícipes, lo que obliga a seguir dándoles el nombre de determinadores, dejando el de instigadores para aquellos tipos punibles de la parte especial". Posteriormente consigna: "El autor intelectual no existe como categoría específica. El sistema colombiano, como casi todos los extranjeros, habla de determinador. Solo es autor el que realiza la figura punible. Por lo tanto, el determinador, que no concurre a esa realización, es un partícipe...".

Otro punto de vista es defendido por FERNÁNDEZ CARRASQUILLA[5] y SALAZAR MARÍN[6]. Aquél precisa que autor intelectual es quien sin intervenir generalmente en la ejecución del delito (intervención que, en consecuencia, no le haría perder su calidad de tal), planea la operación criminosa, es el "cerebro" de ella. Para este, es el que "dirige la realización del hecho injusto —con importante contribución obviamente— y lo quiere como propio...".

Como ya lo dejamos vislumbrar, creemos que la razón está de parte de los primeros, pues, además, tanto la noción de autoría intelectual como de autoría mediata —que veremos a continuación— están comprendidas dentro de la categoría de la determinación, no necesitándose, por contera, acudir *de lege ferenda* a conceptos que trastornan sin necesidad alguna la clara sistemática adoptada por nuestro Código en materia de intervención en el hecho delictivo, que solo distingue tres formas de ella, a saber: la autoría, la determinación y la complicidad, asimilando las dos iniciales para los solos efectos punitivos, en el art. 23, en tanto que la última, como acto de mera contribución a la realización del comportamiento punible, tiene un marco de punición más benigno (art. 24). Contundente es la siguiente apreciación de GRAF ZU DOHNA: "En la vida nunca se dice de quien ha determinado a otro a ejecutar un hecho, que él lo ha cometido; nadie llama autoría a la mera ayuda"[7].

3. LA AUTORÍA MEDIATA

Se señala como autor mediato a quien realiza la acción típica sirviéndose de otra persona, que en tal circunstancia actúa como instrumento. El único responsable resulta ser, entonces, el autor mediato.

[1] JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, 2ª ed., vol. II, Bogotá, Edit. Temis, 1989, pág. 391.

[2] ALFONSO REYES ECHANDÍA, *La tipicidad*, 4ª ed., Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1981, pág. 210.

[3] FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Derecho Penal*, parte general, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1986, pág. 159.

[4] LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho penal*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1981, págs. 386 y ss.

[5] JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, ob. cit., pág. 396.

[6] MARIO SALAZAR MARÍN, "Autoría y participación", en *Libro homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Bogotá, Edit. Temis, 1987, pág. 37.

[7] ALEXANDER GRAF ZU DOHNA, *La estructura de la teoría del delito*, trad. de Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1958, pág. 94. Citado por ESTRADA VÉLEZ, ob. cit., pág. 159.

Suelen presentarse como hipótesis de autoría mediata, la utilización de alguien que procede con error insalvable respecto de la naturaleza del comportamiento; o insuperablemente coaccionado; o por orden jerárquica a la que está vinculado de modo irrestricto; o como inimputable.

La figura del autor mediato fue elaborada en Alemania para colmar lagunas de punibilidad, pues resulta ser un determinador al que no era posible imponerle la correspondiente pena, en virtud de que regía en ese país el principio de la accesoriedad extrema o máxima, que demandaba en el hecho principal la formación de conducta típica, antijurídica y culpable, y es obvio que el instrumento humano procede inculpablemente. Ello ocasionaba problemas insolubles, como que en el evento de la utilización de un menor de edad o de un enajenado, supongamos, al no existir hecho principal no se podía establecer un autor ni tampoco partícipe alguno. Sin embargo, introducida la accesoriedad limitada en la legislación penal alemana (el hecho realizado por el autor ya solo necesitó constituir acción típica y antijurídica), la teoría se mantuvo porque se consideraba que, en esencia, se trata de un caso de autoría[8].

Nuestra Corte Suprema de Justicia admitió la presencia del autor mediato en nuestro ordenamiento punitivo como interviniente delictual, diferenciándolo del determinador, y precisó, además, que "En este caso (de la autoría mediata) el único responsable es el autor mediato, por lo tanto, si para la conducta típica que en concreto se atribuye se requiere cualificación, es necesario que el autor mediato ostente esa calidad". *A contrario sensu*, en la determinación "si se trata de tipo con sujeto activo cualificado, tal condición solo se exige para quien materialmente realiza la conducta y no para quien ha sido determinador, pues del autor es de quien debe exigirse la calidad"[9].

En cuanto a tal distinción, el planteamiento de la Corte resulta inadmisible a la luz de nuestra codificación, por las siguientes razones:

a) Como lo manifestáramos en precedencia, el estatuto punitivo de Colombia solo admite como autor a quien lleva a cabo total o parcialmente y de manera directa el comportamiento típico, al contrario de la legislación penal alemana que adiciona a esta autoría la modalidad mediata.

b) Teniendo en cuenta que determinar a otro a realizar el hecho punible —según el diáfano alcance semántico y jurídico de la expresión utilizada por la normatividad patria— es hacerlo tomar la resolución de cometerlo, en algunos eventos el determinado puede tener conciencia de que está actuando en forma antijurídica, y en otros no poseer ese conocimiento, siendo la acción de determinar idéntica en una y

[8] ENRIQUE BACIGALUPO, *Manual de derecho penal*, parte general, Bogotá, Edit. Temis, 1984, pág. 190; HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, parte general, vol. II, trad. de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1981, pág. 920, y JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal español*, parte general, Barcelona, Edic. Ariel, 1984, pág. 333.

[9] Casación penal del 9 de mayo de 1983. Magistrado ponente: doctor LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. VI, núm. 20, 1983, págs. 276 y ss.

otra hipótesis. Avalan este criterio JORGE A. HERNÁNDEZ ESQUIVEL[10] y JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA[11], para quienes dentro de nuestro sistema positivo la autoría mediata no es más que una de las formas de determinación.

c) Insoslayable resulta la consideración de que la creación legislativa de la figura en Alemania, no tuvo motivo distinto —como ya lo presentamos— a la necesidad de punir como autor al que se servía de otra persona como instrumento para materializar su fin delictivo, pues dependiendo la punibilidad del partícipe (determinador y cómplice) de que el ejecutor material obrase culpablemente, en virtud del principio de la accesoriedad extrema a la sazón en vigor en ese país, por la vía de la determinación resultaba impune. Pero siendo compatible nuestro sistema penal con una accesoriedad limitada —como que la culpabilidad de cada interviniente es individual y autónoma de la de los demás, y el hecho que realiza el autor debe ser típico y antijurídico— la autoría mediata aparece claramente superflua. Además, su implantación jurisprudencial ocasiona graves consecuencias político-criminales dentro de la misma tesis que el alto tribunal de justicia patrocina con relación a la intervención de los partícipes en los delitos propios. Así, al aceptarse la autoría mediata como una cuarta forma de intervención delictual que no consagra nuestro Código Penal, el comportamiento del que determina a otra persona sirviéndose de ella como instrumento para la ejecución de una acción típica que requiera de sujeto-agente cualificado, solo resulta punible en la medida que aquel individuo —como lo admite la misma Corte en la decisión en análisis— ostenta esa calidad, pues es entendible que si se le tiene como autor, debe reunir la categoría que exige el tipo penal a este.

4. PRINCIPALES TEORÍAS SOBRE EL DESLINDE ENTRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

a) *Teoría formal-objetiva y concepto restrictivo de autor.* Proveniente de la dogmática alemana, en donde dominó de 1915 a 1933, tuvo en ese país seguidores de la valía de BELING, E. MAYER, LISZT, SCHMIDT, MEZGER y GRAF ZU DOHNA, pero sigue campante en Argentina y España, como lo manifiesta BACIGALUPO[12]. Para esta concepción, autor es tan solo quien realiza de modo personal, total o parcialmente la conducta típica, de donde los partícipes serán quienes contribuyen con acciones atípicas, que como tales solo son punibles gracias al dispositivo que hace posible la extensión de la descripción legal de la conducta y la pena, conforme lo prescriba la respectiva infracción. Esta noción de autor permite tener como tal en los delitos de varios actos, a quien ejecuta una de las características del tipo,

[10] JORGE ALBERTO HERNÁNDEZ E., "La participación en los delitos con sujeto activo cualificado", ponencia presentada en las VIII Jornadas de derecho penal en la Universidad Externado de Colombia, septiembre de 1986, Bogotá, pág. 17.

[11] JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, ob. cit., pág. 402.

[12] ENRIQUE BACIGALUPO, ob. cit., pág. 180.

v. gr. en la falsedad en documento privado, lo será tanto quien falsifique el documento, como quien lo use, siempre que haya acuerdo en tal sentido.

Se le reconoce cuidar "de poner a salvo la exigencia de la tipicidad" y operar "con concepto restringido de autor extraído positivamente de las figuras de la Parte Especial"[13].

Es formal porque el autor tiene que realizar acción típica en el sentido literal de la palabra; o, como indica MAURACH, en cierta forma está apegada al concepto de la "realización del hecho", tal como se manifiesta en los particulares tipos[14]. Es objetiva por cuanto no se basa en disposiciones internas o de la voluntad del autor para efectos de la distinción entre autor y partícipe, sino de la diversa contribución al injusto.

Se le objeta, fundamentalmente, su incapacidad para aprehender en absoluto la autoría mediata, lo mismo que aquellos eventos de resultado en que el sujeto no lleva a cabo directa y por sí mismo la acción típica, puesto que el punto de partida de la teoría es la ejecución personal de ella. De esta suerte, se citan ejemplos de división de trabajo delictivo (hipótesis que REYES ECHANDÍA llamara coautoría impropia). "En el caso de A y B que se ponen de acuerdo en envenenar a C poniendo el veneno en la sopa y en el que A asume la tarea de envenenar la sopa (sic) mientras B se ocupa de distraer a C para que no perciba el gusto del veneno, solo A podría ser condenado como autor, pues es él quien realiza la acción típica personalmente; lo mismo ocurre en el caso del que sostiene a la víctima para que el otro le aplique la puñalada mortal: solo este último ha realizado la acción típica en sentido formal-objetivo..."[15].

Dentro de esta última crítica pueden enmarcarse los eventos de realización del hecho delictivo por medio de animales y aparatos mecánicos.

b) *Teoría subjetiva y concepto extensivo de autor.* Fue gestada por KÖSTLIN y llevada a la práctica por BURY[16]. Punto de arranque de esta concepción es la teoría causal de la *conditio sine qua non* o equivalencia de las causas, y, en consecuencia, todo contribuyente causal a la realización de conducta típica sería autor, sin consideración a la importancia de su aporte. Ante esta imposibilidad objetiva de distinción entre autor y partícipe, se acude a la intención del interviniente: actúa con *animus auctoris* si quiere el acto como propio, y si, en cambio, lo quiere como ajeno, obra con *voluntas socii*, siendo por lo tanto cómplice.

Una reelaboración del planteamiento expuesto fue la fórmula del interés, de acuerdo con la cual el *animus auctoris* está representado por el interés en la causación del injusto, en tanto que en el *animus socii* ese interés no existe.

[13] ENRIQUE CURY URZÚA, *Derecho penal*, parte general, t. II, Santiago de Chile, Edit. Jurídica de Chile, 1985, pág. 233.

[14] REINHART MAURACH, *Tratado de derecho penal*, t. II, Barcelona, Edic. Ariel, 1962, pág. 342.

[15] ENRIQUE BACIGALUPO, ob. cit., págs. 181 y 182.

[16] REINHART MAURACH, ob. cit., pág. 336.

A soluciones verdaderamente absurdas ha llevado este criterio. Son paradigmáticos los casos "de la bañera" y el del "agente Staschynski". El primero de ellos consistió en que una parturienta soltera le pidió a su hermana ahogar al recién nacido en la bañera, lo que esta en efecto hizo sin ayuda de nadie. El Tribunal *a quo* condenó acertadamente a la hermana como autora de infanticidio y a la madre como instigadora (determinadora). El *Reichsgerincht* casó la sentencia y resultó condenando a la que había ahogado a la criatura como cómplice, y como autora a la madre, pues consecuente con la teoría en análisis, el interés en el resultado lo tuvo la madre ilegítima[17]. El segundo lo registra la jurisprudencia alemana como quien, por encargo de un servicio secreto extranjero, mató a tiros a dos personajes políticos exiliados. La sentencia del *Bundesgevichthof* lo condenó como mero cómplice en razón de que no obró por propio impulso, sino en interés de su mandante[18]. Para la coyuntura actual colombiana, sería el tenebroso sicario.

c) *Teoría del dominio del hecho.* Con esta formulación, llamada también material-objetiva o final-objetiva, el finalismo ha presentado su fórmula para delimitar el autor del partícipe. Fue elaborada por WELZEL, teniendo a GALLAS y MAURACH como sus continuadores en la doctrina alemana, donde es la dominante, y empieza a tener adeptos en penalistas nacionales.

Como finalista, parte del concepto final de acción y considera autor a quien tiene la decisión de interrumpir o consumar el hecho, que tiene que ser doloso, dominio que igualmente poseen los coautores, así algunos de ellos no realicen actos formalmente típicos.

No importa la motivación con que obre el agente, ni tampoco la realización personal de la conducta, razón esta última por la cual se permite incluir como autoría la mediata, figura en donde el dominio del hecho —como lo registra WESSELS[19]— se presenta como "dominio de la voluntad" del mandante. También aprehende como autor al jefe de la banda de criminales, quien sin participar directamente en el hecho, lo planifica, ordena su ejecución y cuenta con la finalidad de sus hombres[20], es decir, el interviniente que FERNÁNDEZ CARRASQUILLA llama impropiamente "autor intelectual", como ya quedara analizado.

Por el contrario, el partícipe es el concurrente que no tiene ningún control sobre suceso típico, si bien de alguna manera lo promueve o es causa de él.

Se ha hecho ver la fragilidad de la proposición para alcanzar correctamente el deslinde propuesto. Así, MIR PUIG apunta al respecto lo siguiente: "...la doctrina ha advertido que el poder de interrupción no puede bastar para la autoría, pues

[17] REINHART MAURACH, ob. cit., pág. 338.

[18] CLAUS ROXIN, "Sobre la autoría y participación en el derecho penal", en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Ediciones Pannedille, 1970, pág. 56.

[19] JÓHANNES WESSELS, *Derecho penal*, parte general, trad. de la 6ª ed. alemana por Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1980, pág. 154.

[20] ENRIQUE CURY URZÚA, ob. cit., pág. 234.

tal posibilidad puede hallarse también en manos del inductor, del cómplice y hasta de terceros"[21].

Adelantémonos a decir que por este aspecto le asiste razón al tratadista español. Bástenos con mostrar la verdad del aserto con respecto al cómplice, quien perfectamente puede tener en sus manos el prestar una colaboración necesaria al autor o desistir de hacerlo. Supongamos que A le suministra a B un arma para que dé muerte a C, pero A se arrepiente oportunamente de su ayuda, arrebatándole el arma a B cuando este se disponía a usarla contra C, configurándose una modalidad de la desaparecida tentativa abandonada, sin consecuencia jurídica alguna, pues su voluntario desistimiento se habría producido antes de que el sujeto-agente realizara conducta punible.

"Es en todo caso, una fórmula imprecisa: interpretada rigurosamente resultaría inaplicable, pues el hombre nunca llega a dominar por entero el curso de los acontecimientos; y, al contrario, entendida en sentido amplio podría predicarse de cualquier clase de acción voluntaria, pues todas ellas suponen un cierto dominio del hecho", anotan con insoslayable acierto COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN[22].

5. LA LEGISLACIÓN PENAL COLOMBIANA ACOGE LA TEORÍA FORMAL-OBJETIVA Y UN CONCEPTO RESTRICTIVO DE AUTOR

Realmente, el concepto de autor para el sistema punitivo nacional es restringido y participa de la teoría formal-objetiva. En efecto, a voces de su art. 23, autor es "quien realiza el hecho punible", lo que claramente implica que no cualquier interviniente en él se tiene como tal, sino tan solo el que total o parcialmente lleva a cabo directa e inmediatamente el comportamiento descrito en el correspondiente verbo rector, perspectiva que se infiere de los tipos penales de la parte especial. Con consideración que resulta válida para nuestra legislación, observa ZAFFARONI que de ser cierto el llamado "concepto extensivo de autor", la complicidad como forma de extender la punibilidad saldría sobrando[23].

Autor es, entonces, el que causa a otro un daño en el cuerpo o en la salud, en las lesiones; el agente de la fuerza pública que rehúsa o demora indebidamente el apoyo pedido por la autoridad competente, en la forma establecida en la ley, en la omisión de apoyo; el empleado oficial que se apropia del bien que administra, en el peculado; el que mata a otro, en el homicidio, etc.

Además, como con talento lo anota ZAFFARONI, los conceptos de autor, cómplice y determinador no son exclusivos del derecho penal, sino que vienen dados de lo óntico, de lo cierto, han sido tomados de la realidad cotidiana. "En los

[21] SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal*, parte general, Barcelona, PPU, 1985, pág. 314.

[22] M. COBO DEL ROSAL y T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, parte general, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1987, pág. 553.

[23] EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Manual de derecho penal*, 5ª ed., Buenos Aires, Edit. Ediar, 1986, págs. 570 y 571.

libros agradecemos la cooperación de los colaboradores, y a veces también las palabras de quienes nos decidieron a emprender la tarea de escribirlos y, afortunadamente, por regla general no nos estamos refiriendo a ningún delito, ni para nada acudimos al código penal para saber quiénes son los autores, quiénes los cooperadores y quiénes los que con su consenso nos han decidido al trabajo"[24].

La teoría formal-objetiva es la única que puede garantizar respeto por esta realidad óntica, y la que se impone en legislaciones como la nuestra, porque de otro modo no se explicaría los jalones fijados al accionar del determinador y del cómplice a actuaciones por fuera del tipo o ubicadas, como dicen algunos, en su periferia. Así, el determinador se limita a crear en el sujeto-agente la idea de realizar el hecho delictuoso, y lo mismo puede decirse del cómplice, que encuentra demarcada su conducta a prestar una colaboración, de mayor o menor eficacia, al autor.

Fueron, pues, acertados los ejemplos que diera el maestro REYES ECHANDÍA de la complicidad, a la que clasificó en antecedente, concomitante y subsiguiente: Pedro presta a Juan el automóvil para que perpetre un delito de hurto; la entrega hecha por Diego a José del arma con la que este mata a su contrincante durante una riña; y finalmente, "... Pedro ha decidido robar un vehículo; le comenta a Juan su determinación y le solicita que le permita ocultarlo en el garaje de su casa una vez consumado el delito, petición a la que accede este; realizado el hecho, Juan cumple su promesa..."[25].

Igualmente importante y ajustada a nuestro estatuto es la división doctrinaria que hiciera el connotado penalista de la coautoría en propia e impropia[26], la que también consignó jurisprudencialmente como magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[27], si bien involucró innecesariamente en estas nociones y en la de complicidad, disposiciones internas de ajenidad en el hecho al que los cómplices coadyuvan, y de pertenencia en la empresa común que los coautores realizan conjuntamente y con división del trabajo —coautoría impropia— o en la que cada uno de ellos ejecutan integral y simultáneamente, mediante una misma conducta típica acordada —coautoría propia—, lo que le valió que su criterio haya sido interpretado como subjetivista en la distinción de autor y partícipe.

Legítimamente no puede entenderse cómo puede ser alguien ajeno a un hecho al cual ha contribuido a realizar, así aproveche únicamente al autor, lo que no siempre puede garantizarse. En efecto, los actos pertenecen no solo a quienes los llevan a cabo, sino también a los que contribuyen a esa ejecución, así sea en mínimo grado, pues resulta ostensiblemente cierto que han tenido que ver en él. No descamina el de autor un libro que afirme que su obra también pertenece a quienes le colaboraron a realizarla, e inclusive a los que lo impulsaron a emprenderla.

[24] EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ob. cit., pág. 568.

[25] ALFONSO REYES E., ob. cit., pág. 226.

[26] ALFONSO REYES E., ob. cit., pág. 215.

[27] Fallo del 9 de septiembre de 1930, *Jurisprudencia penal de la Corte*, 1980, Bogotá, Ediciones Lex Ltda., págs. 131 y 132.

Ahora, en el complejo mundo delictivo es perfectamente posible que al cooperador sea al que le interese el resultado delictivo y que el autor simplemente obre en interés de su mandante, como lo registra la jurisprudencia alemana mostrando las soluciones absurdas propiciadas por la teoría subjetiva. Indudablemente que a ellas nunca arribó el notable jurista, y sí quien acoja sin beneficio de inventario las premisas de la doctrina en comento.

Es cierto que, entendiendo exegéticamente la postura formal-objetiva, no todos los autores que se reparten el trabajo en los puros delitos de resultado realizan en estricto sentido la acción típica (la de matar, lesionar, acceder carnalmente mediante la violencia, causar el aborto sin consentimiento de la mujer, etc.), pero lo real es que sí intervienen decisivamente en ella, a tal extremo que sus actos típicos y los no propiamente típicos se confunden y convergen armónicamente hacia el resultado, y no se puede, por ende, tomar unos y otros separadamente. O para decirlo de otra manera, el hecho punible logrado merced a la distribución de la tarea delictiva, que supone entre los coautores un acuerdo expreso o tácito, no es el mero producto del ejecutor típico, que con su sola acción habría sido muy difícil, cuando no imposible, su plena realización, sino el de todos y cada uno de los intervinientes en la empresa común, que es lo que significó el profesor REYES ECHANDÍA al manifestar que en la coautoría impropia los no ejecutores desempeñan funciones que por sí mismas no configuran delito (v. gr., la de quienes sostienen a la víctima para que otro la apuñale, o la acceda carnalmente, o la haga abortar, etc.). Sin duda alguna que incurre en el sofisma de división, el que tome en sentido dividido lo que debe atribuirse al conjunto de intervinientes.

Carente de toda consistencia resulta también la objeción de no poder explicar la autoría en casos de utilización de animales o instrumentos mecánicos o computarizados para cometer un delito. La razón clara y contundente la trae SALAZAR MARÍN: "en estos eventos tampoco podría operar la figura del autor mediato, como que correspondiéndole al derecho penal juzgar solo conductas humanas, el que se vale de animales o de cosas para fines delictivos, debe tratarse como autor directo o sicofísico"[28].

En cuanto al reparo lanzado por partidarios de la teoría del dominio del hecho, en el sentido de que es incapaz de abarcar la autoría mediata, por lo menos dirigido al sistema penal colombiano, carece de completo fundamento, en donde —como ya quedara analizado— tal figura jurídica no es más que una forma de determinación, y no ha sido necesario acudir a ella, como que, como puntualizara REYES ECHANDÍA, la responsabilidad del determinador no está supeditada a la del determinado[29].

De otro extremo, si para la teoría del dominio del hecho el "cerebro" de la operación criminosa —mal llamado, valga la reiteración, "autor intelectual"— es un autor porque "sin ejecutar la conducta típica, posee no obstante el señorío

[28] MARIO SALAZAR MARÍN, ob. cit., pág. 40.

[29] ALFONSO REYES E., ob. cit., pág. 213.

de ella, porque la ha planificado y organizado su realización, pudiendo, consiguientemente, decidir sobre su interrupción, modificación o consumación"[30], tal concepción repugna con nuestro ordenamiento penal que, como ya quedara analizado, solo tiene como tal al que lleva a cabo el comportamiento típico.

También aflora el antagonismo de esa concepción con nuestro sistema punitivo, en cuanto desnaturaliza el concepto de complicidad, que no tiene nada que ver con la posición no dominante en la ejecución del hecho típico, sino con la coadyuvancia que en mayor o menor grado le presta al autor o autores. Aquí cabe advertir que el estatuto penal colombiano no diferencia las categorías complicidad necesaria y no necesaria, lo que no significa que la distinción haya desaparecido, "Lo inconveniente —considera con acierto LUIS CARLOS PÉREZ— era incorporarlas al texto debido a las dificultades para advertirlas según sus prescripciones. La colaboración que en un caso puede apreciarse como necesaria, en otros aparecerá de menor significado y entonces la pena no puede ser igual a la del primero. El artículo 61, en su inc. 2°, fija un nuevo criterio para la cuantificación, según «la mayor o menor eficacia de la contribución o ayuda»"[31].

6. INEXISTENCIA DE LA UNIDAD DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN EN EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO

Escapa a las pretensiones y finalidades de este estudio referirnos a todos y cada uno de los principios que rigen la relación entre autor y partícipe. De ellos, vale decir, el de la accesoriedad, de la comunicabilidad de las circunstancias, de la convergencia y de la unidad de intención, importa destacar que este último no necesariamente supone un pacto de los codelincuentes acerca de la de conformidad de título incriminativo, sino que es suficiente el concierto de ellos con relación al comportamiento desde una perspectiva naturalística, esto es, que sea ontológicamente el mismo que convinieron, que coincidan en el ente de hecho como diría MAGGIORE. Sirviéndonos de las explicaciones de BERNAL CUÉLLAR y MONTEALEGRE LYNETT, cuando hacen referencia al sistema mixto adoptado por el Código rituario en materia de congruencia entre la resolución de acusación y sentencia, diremos que esa identidad del hecho se da cuando existen elementos sustanciales comunales, v. gr. la conducta y el objeto material, de donde por este aspecto es sustancialmente igual un peculado y una apropiación indebida[32]. Lo que haría diferentes las conductas asumidas por ellos sería conceptos eminentemente jurídicos, como la calidad de empleado oficial y la relación funcional entre este y el bien objeto de la apropiación.

Este criterio no constituye osadía ni desvarío, sino que, por el contrario, reza fielmente con la significación de comunidad de propósitos, como también se le

[30] ENRIQUE CURY URZÚA, ob. cit., pág. 245.

[31] LUIS CARLOS PÉREZ, ob. cit., pág. 392.

[32] JAIME BERNAL CUÉLLAR y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, *El proceso penal*, 2ª ed., Bogotá, Centro de Estudios Penales, 1990, pág. 373.

denomina a este rasgo fundamental de la participación —*lato sensu* entendida—, que bien da a entender coincidencia en lo esencial del comportamiento delictivo a ejecutar. Nadie podría válidamente negar que esa unidad de intenciones se presenta entre concurrentes que poseen la cualificación jurídica que exige el tipo penal de peculado y otros que no la tienen, y llevan a cabo el plan de despojar al Estado de un bien que aquellos administren. Por remate, no incurren en exabrupto alguno los notables procesalistas nombrados en precedencia, cuando sostienen que "Por ausencia de unidad del título de imputación en el sistema penal colombiano, el determinador puede responder por el hecho típico adicional (el que surge durante la empresa delictiva por fuera del acuerdo previo) a título de dolo eventual, culpa o preterintención"[33].

Y ciertamente, la unidad del título de imputación o de delito no existe en nuestra ley positiva. La legislación penal italiana, en cambio, dispone en su art. 117 que si en virtud de las condiciones o cualidades personales del responsable, o por las relaciones entre este y el ofendido, cambia el título del delito en lo tocante con algunos de los que en él han intervenido, también los demás responderán del mismo delito, lo que no impide que si el delito cometido resultare más grave, el juez pueda disminuir la pena respecto de aquellos que no presenten las condiciones o calidades ya indicadas. Es decir, no opera el cambio de *nomen iuris*, conozca o no el *intraneus* la calidad personal del autor, solo que para templar el rigorismo la norma le da al juzgador la facultad de rebajar discrecionalmente la consecuencia punitiva.

El cambio del título del delito para algunos de los que han intervenido con el sujeto activo cualificado —requisito *sine qua non* para que se produzca este particular efecto extensivo— significa que en el hecho de la persona que no tiene la cualidad requerida para el delito especial, deben concurrir los elementos del otro delito: por ejemplo, los componentes de la apropiación indebida, en tanto que para el servidor estatal el hecho constituiría peculado[34]. Desde otro ángulo de enfoque: la consecuencia extensiva se da tratándose exclusivamente de los delitos especiales impropios, los que permiten que los *extraneus* incurran en un delito correlativo que no exige condiciones especiales en el sujeto-agente.

A riesgo de expresarlo con criterio tautológico, hay que enfatizar que no se encuentra en Colombia una norma similar, ni entre las circunstancias comunicables del art. 25 del Código Penal están las calidades típicas de autor, que BACIGALUPO llama "circunstancias personales que fundamentan la punibilidad"[35], pero que no pueden, *stricto sensu*, considerarse circunstancias, pues estas, como lo precisa FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, son componentes que por no hacer parte de los elementos

[33] JAIME BERNAL CUÉLLAR y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, ob. cit., pág. 267.

[34] FRANCESO ANTOLISEI, *Manual de derecho penal*, parte general, 8ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1988, pág. 404.

[35] ENRIQUE BACIGALUPO, ob. cit., pág. 204.

del tipo, inciden en la penalidad, mas no en su existencia[36]. Como circunstancias de agravación punitiva, aparecen generalmente descritas en tipos subordinados o complementarios, y de allí que supongan la existencia del básico o fundamental. Concretándonos a las circunstancias personales, quien colabora para que otro dé muerte a su padre, con conocimiento de tal condición, será cómplice de homicidio agravado, pues se le transfiere un factor que sin estar involucrado en el tipo penal básico del homicidio, sí afecta la penalidad, agravándola. Ello no sucede con la calidad de empleado oficial, que al hacer parte de la composición de tipos básicos como el peculado por apropiación, es elemento integrante de su estructura típica.

7. ALGUNAS TESIS SOBRE EL *EXTRANEUS* COMO INTERVINIENTE DELICTIVO

a) *Solución de ascendencia italiana*. Ha existido una posición de origen italiano y de la cual fuimos partidarios[37], según la cual el *extraneus* responde, a título de determinador o de cómplice, del mismo delito especial a cuyo autor determina o colabora, en virtud del efecto de amplificación que de los modelos delictivos de sujeto activo cualificado, cumple el mecanismo de la parte general conocido como participación (determinación y complicidad).

Entre nosotros, el primer antecedente jurisprudencial en este sentido parece ser el de la Corte Suprema de Justicia, en decisión del 28 de abril de 1959[38]. Doctrinariamente la inicial formulación creemos que corrió a cargo de JESÚS BERNAL PINZÓN, quien, partiendo del concepto restrictivo de autor, asienta que solamente aquél que ha realizado la "conducta típica puede ser autor de delito; los otros serán meros partícipes"; y para estos la punibilidad "no nace de la violación de la norma típica, sino de aquella que consagra la participación (hoy arts. 23 y 24 del C. P.)", y responderán "por el mismo título de delito del autor, porque el hecho es único". Siguiendo a RICCIO, remata su concepto afirmando que no es necesario que el extraño (partícipe en sentido estricto) conozca la calidad del sujeto calificado, pues como lo explica el doctrinante italiano "Queriendo el hecho, responderá del delito que constituya el hecho", de manera que "responderá de peculado y no de abuso de confianza; de concusión y no de estafa"[39].

La Corte acogió estos planteamientos al revisar en vía de apelación el llamamiento a juicio como autor del delito de peculado por aplicación oficial diferente, de un personero municipal. Los hechos, en suma, fueron los siguientes: en vista de que no había persona capacitada dentro de los mismos empleados de la administración municipal que elaborara el acuerdo de presupuesto para presentarlo al Concejo, el alcalde tuvo la idea de contratar a un particular para que hiciera ese trabajo, y le sugirió al personero la forma como debía pagar esa cuenta por otro fondo,

[36] JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, ob. cit., pág. 417.

[37] La prohijamos en *Estudio del peculado*, Bogotá, Edit. Jurídicas Wilches, 1986, págs. 99 y ss.

[38] "G. J.", t. XCI, pág. 208.

[39] JESÚS BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Edit. Temis, 1965, págs. 36 y ss.

ya que para dichos gastos estaba agotada la partida, lo que este aceptó. El alcalde ordenó entonces elaborar la cuenta, y la tesorera, finalmente, expidió el respectivo cheque. Concluyó el alto tribunal de justicia con el razonamiento de que, "es indudable que los autores del peculado materia de las instructivas son el alcalde... y la tesorera..., pues ciertamente son los únicos capaces de realizar la conducta típica descrita en el artículo 150 del Código Penal, siendo los funcionarios que administran los bienes municipales. Pero es incuestionable que el personero... es partícipe de la infracción, porque la tipicidad de su conducta no surge del modelo de la parte especial, sino de la norma extensiva o complementaria de la parte general (art. 20 del C. P.), pues cooperó de modo necesario a la realización del delito, no habiendo disposición de ordenamiento jurídico alguno que establezca como condición *sine qua non* para el pago de las cuentas el visto bueno del personero. De suerte que, debe confirmarse el proveído apelado, mas con la modificación de que se le compromete con el vocatorio, no como autor del delito de peculado, sino como partícipe o cooperador no necesario del mismo"[40].

LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, por su parte, creyó ver entre las circunstancias transferibles, las calidades típicas de autor para sostener dicha tesis[41], pero quien le dio sólida estructuración al planteamiento fue REYES ECHANDÍA, partiendo de CARRARA, ANTOLISEI, BETTIOL, pero especialmente de NOVOA MONREAL. En apretada síntesis, los siguientes fueron los razonamientos del eximio jurista: si bien la conducta descrita en los tipos penales que requieren de un sujeto activo cualificado se ha de predicar de quien tenga esa cualificación, ello solo indica que esa persona puede concurrir como autora, mientras que el *extraneus*, quien como tal no posee esa condición especial y que la ley no se la exige, puede intervenir a título de cómplice, derivándose su punibilidad no del respectivo modelo comportamental, sino del dispositivo amplificador de la complicidad. Así como no es posible negar que el extraño que facilite la relación sexual entre dos hermanos, es cómplice de incesto, también resulta innegable que el particular que colabora con el gerente de una empresa pública para que este traslade fondos a otra empresa, con una específica destinación, sin cumplir los requisitos legales pertinentes, es cómplice de tal modalidad peculadora, pues estaría contribuyendo a lesionar el bien jurídico de la administración pública. A diferencia de BERNAL PINZÓN, indica que solo puede haber complicidad responsable del *extraneus*, cuando este conozca la calidad especial del autor y sepa que es a él a quien le presta ayuda[42].

Aun en el caso de que el *extraneus* realizara con el *intraneus* mancomunadamente la conducta típica especial, partidarios de esta corriente no le dan a aquel la categoría de coautor, sino de cómplice, aduciendo que al no tener con la administración

[40] Cas. penal del 14 de diciembre de 1974. Magistrado ponente: doctor MARIO ALARIO DI FILIPPO, "G. J.", t. CXLIII, parte 2ª, núms. 2378 a 2389, págs. 1139 a 1141.

[41] LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *Derecho penal*, parte general, vol. II, Bogotá, Edit. Temis, 1969, pág. 202.

[42] ALFONSO REYES E., ob. cit., págs. 237 y ss.

pública deber funcional alguno, jurídicamente no puede llevar a cabo el comportamiento de un sujeto activo cualificado. MANTILLA JÁCOME extrema la tesis, al plantear que el particular tiene capacidad legal de actuar como coautor de un delito especial[43].

Más recientemente la Corte acogió y adicionó el planteamiento, al estimar "que las mismas razones que se dan respecto del cómplice son de recibo para resolver la situación del determinador, ya que este no es realmente autor sino persona que provoca en otro la realización del hecho punible, bien a través del mandato, del convenio, de la orden, del consejo, de la coacción. Es perfectamente posible que un particular planee un peculado y determine a un funcionario a que se apropie de los bienes cuya administración se le ha encomendado, así como es posible que un sujeto en quien no concurra relación de parentesco con la víctima de un incesto, determine a un pariente de esta a que realice sobre ella actos erótico-sexuales. De no aceptarse este planteamiento la conducta del determinador carecería de significación jurídico-penal, a menos que por sí misma configurase delito autónomo". Este pronunciamiento se consignó en Sala integrada por el magistrado REYES ECHANDÍA y del cual fue ponente el también ilustre penalista LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO[44].

No habíamos reparado que este planteo viola flagrantemente el principio fundamental del derecho penal, de legalidad del hecho punible y de la pena, y que constituye regularmente una forma de aplicación analógica *in malam partem*, pues si el catálogo punitivo reclama para algunas de sus descripciones que sean realizadas por sujetos activos cualificados, la ampliación de su radio de acción a través del dispositivo amplificador de la participación, solo puede legalmente afectar las actividades de determinación o de coadyuvancia de quienes tengan esa misma exigencia típica, pues igual función de garantía cumple el tipo penal con relación a su autor, que su mecanismo extensivo respecto de los partícipes. La seguridad jurídica, que protege la tipicidad, no operaría de manera integral si quien sabiendo que solo puede ser partícipe en tipos penales de sujeto activo indeterminado, a la postre se le sometiera a una sanción que no es la legalmente determinada antes de su participación criminosa, de tal manera que no estando permitida la comunicabilidad de las calidades típicas de autor en nuestro ordenamiento penal, legalmente no es procedente la complementación de un delito propio o *ad intraneus* con partícipes que carecen de la cualificación ni, por contera, hacerle extensivas sus consecuencias punitivas, regularmente más severas. Si el tipo penal como garantía contiene todos los presupuestos que condicionan la aplicación de una pena, para poder esparcir la comprendida en un tipo penal de concreta cualificación en el sujeto que lo puede realizar, a la persona del determinador o del cómplice mediante el citado mecanismo extensivo, estos deben tener la misma categoría especial del autor, so pena de romperse con un principio tan caro en nuestra época y que va ínsito en toda forma codelincuencial. Si el legislador no tiene necesidad de advertir que los *extraneus* solo pueden ser

[43] Así lo ha predicado en conferencias sobre el tema.

[44] Casación del 3 de junio de 1983, en *Jurisprudencia penal de la Corte*, 1983, Bogotá, Jurídicas Radar, 1984.

sancionados como partícipes de delitos de sujeto activo indeterminado, dado el carácter genérico del dispositivo amplificador y su necesaria relación con los correspondientes modelos comportamentales de la parte especial, cuya capacidad de aplicabilidad extiende a los partícipes, *a fortiori* no requiere prevenir acerca de que únicamente los *intraneus* pueden recibir consecuencias punitivas derivadas de la participación en delitos especiales, si igualmente poseen la calidad típica de su autor, que son quienes pueden violar deberes funcionales para con la administración pública.

Si —como ya quedara demostrado conforme a la solución legislativa colombiana— de la convergencia intencional o teleológica no necesariamente deriva la unidad de título incriminativo, pues ella no existe en el sistema penal patrio, la solución en examen es merecedora de críticas desde el punto de vista político-criminal, puesto que conduce a la impunidad de la conducta del *extraneus* que yerra sobre la cualificación típica del *intraneus* (cree erradamente que se trata de un particular). En efecto, repetimos que el mismo REYES ECHANDÍA advertía que el determinador o cómplice no será responsable por falta de dolo, en la medida en que ignore dicha cualificación y "tal desconocimiento haya sido insuperable; en tal caso, estaríase ante un error esencial sobre un elemento del tipo (cualificación del sujeto activo) que configura causal de inculpabilidad..."[45].

Censurable, por lo ilegal, resulta también el tratamiento que de cómplice le da al *extraneus* que realiza mancomunadamente con el *intraneus* el delito especial. Las distintas formas de intervención en el hecho punible están determinadas por el ordenamiento penal, lo mismo que su marco de punición, de donde la consecuencia dogmática que de tal situación debe derivarse, es la de no poder ser sujeto-agente del punible, pero en modo alguno atribuírsele arbitrariamente una labor de coadyuvancia, que es ontológicamente diversa de la que lleva a cabo un coautor, lo que además implica una trasnochada aplicación del concepto extensivo de autor, que como ya se viera, parte de la insostenible teoría causal de la *conditio sine qua non* o equivalencia de las causas.

b) *Teoría del dominio del injusto*. Partiendo del marco de la teoría del dominio del hecho, MARIO SALAZAR MARÍN elabora un erudito intento para distinguir entre autor y partícipe, involucrando en tal postura el dominio del injusto. Aduce que para ser autor no basta con tener las riendas del acontecimiento del hecho material, y concluye que con tal replanteamiento no es necesario acudir a elementos adicionales para determinar la autoría en casos que son traídos por autores como BACIGALUPO, STRATENWERTH, ROXIN y ZAFFARONI (los tipos penales que requieren ánimos especiales; delitos de propia mano y delitos especiales). Consecuentemente, en lo relativo a delitos especiales, estima que no es necesario el agregado del requisito complementario para predicar el dominio del hecho exclusivamente por el que posee la cualidad jurídica como la de ser un un empleado oficial, porque de todas maneras constituye un elemento normativo inherente y propio del correspondiente tipo de injusto. Interrogándose sobre qué pasa con estos delitos en la autoría mediata, establece que

[45] ALFONSO REYES E., ob. cit., págs. 237 y ss.

si un particular se apodera de los caudales de una tesorería, bajo la dirección del tesorero, aquel "no podrá ser coautor de peculado, pues a lo sumo podrá ser partícipe, ya que tampoco será autor de un delito distinto (hurto, por ejemplo), por el principio de la unidad de incriminación (el delito cometido es peculado y no hurto o ambos a la vez)"[46].

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA le observa a esta formulación que un "dominio del injusto" depende del derecho positivo y no de lo que los sujetos hagan o piensen. Añade el notable tratadista que apuntaría en sentido correcto si se refiriera a un dominio de la acción típica[47]. Aun así deja intactos los graves cuestionamientos observados a la tesis que ubica al *intraneus* como partícipe.

c) *Posición que tiene como base la división de los delitos especiales en propios e impropios*. Frente a estas posturas, se está formando y consolidando otra, la cual arranca de la clasificación de los delitos especiales en propios e impropios, para aceptar que en aquellos no es jurídicamente viable la intervención del *intraneus*, y sí, en cambio, en los impropios, en cuyo caso la conducta es ubicable en un tipo penal paralelo que recoja un modelo comportamental realizable por sujeto activo indeterminado.

Delitos especiales propios, son aquellos que no encuentran correspondencia con un delito común, de tal manera que siendo la categoría especial del agente elemento *sine qua non* para la existencia del delito, la intervención del *extraneus* sería atípica[48]. De esta manera resulta inconcebible que un particular cometa un peculado por aplicación oficial diferente.

Por el contrario, siendo los delitos especiales impropios los que se corresponden con un delito común, que como tal describe el mismo hecho pero realizable por quien no tiene cualidad especial, al concurrir con el sujeto activo calificado, responde conforme a la figura común correlativa y de acuerdo a su forma de intervención, o sea, a título de autor, determinador o cómplice, según el caso. Así, por ejemplo, un empleado oficial y un particular se apropian de un bien estatal que aquel administra, con la coadyuvancia de otro *extraneus*. El primero deberá responder como autor de peculado por apropiación; el segundo, como sujeto-agente de hurto, que revestiría la forma agravada de haberse cometido sobre bien del Estado (art. 372, ord. 2° del C. P.), y como cómplice de este último delito, el tercero de ellos. Esa identidad del hecho representado en la presencia de una misma conducta y de un mismo objeto material, se está cumpliendo en el ejemplo propuesto.

Ahora, el error del *extraneus* que concurra en esta situación, en relación con la calidad típica del *intraneus*, carece de toda relevancia jurídica, pues resulta claro que conozca o no esa condición especial, responderá del delito común paralelo y de

[46] MARIO SALAZAR MARÍN, ob. cit., págs. 27 y ss.

[47] JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, ob. cit., pág. 393.

[48] GONZALO QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, Barcelona, Edit. Cymys, 1974, pág. 31 y JOSÉ MANUEL GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, derecho penal, parte general, Madrid, Edit. Civitas, S. A., 1984, pág. 155.

acuerdo a su forma de intervención. Si bien discurriendo en dirección opuesta a la nuestra, URIEL FRANCO escribe con capacidad que "...el yerro aquí no es admisible al de otras situaciones justificadamente impunibles, como, por ejemplo, ocurriría cuando el colaborador en un hurto ignorara el carácter ajeno de la cosa, pues faltaría la conciencia de lo antijurídico. En cambio, cuando el aportante en peculado se equivoca sobre la calidad del autor, puede, sin embargo, estar al tanto de que existe apropiación de bien ajeno y tener entonces conciencia de su aporte a una conducta lesiva del orden jurídico"[49].

Tampoco tiene ninguna incidencia que el *extraneus* tenga o no ese conocimiento en los delitos especiales propios, toda vez que su intervención en ellos de todas maneras no encuadraría en tipo penal alguno.

En lo atinente con los delitos contra la administración pública, son especiales propios el peculado por aplicación oficial diferente, el peculado culposo, la concusión en su modalidad de solicitar, el cohecho pasivo, la celebración indebida de contratos, el enriquecimiento ilícito, el prevaricato en sus distintas formas y los abusos de autoridad. Todos estos delitos especiales no encuentran represión dentro del catálogo de hechos punibles cuando son realizados por un particular y su existencia se sujeta a una situación de deber con la administración pública. En cambio, hay otros tipos penales que sí hallan un delito común correspondiente al que remitir, sin exigir cualificación alguna del sujeto activo. Algunas veces esta circunstancia determina el cambio del bien jurídico tutelado, como ocurre en el caso del peculado por apropiación y uso, que encuentran esa reciprocidad con el abuso de confianza o hurto; el peculado por error ajeno, que en cierta forma encuentra el tipo común paralelo en el aprovechamiento de error ajeno o el caso descrito en el art. 361 del Código Penal; el constreñimiento como forma de concusión aparece tipificado en el art. 355, y como extorsión tratándose de dineros u otro aprovechamiento patrimonial ilícito; o en el 276 como simple constreñimiento ilegal. Otras veces la cualificación del sujeto activo determina la aparición de tipos especiales o subordinados; son ejemplo de la primera clase los arts. 328 y 286 (violación de habitación ajena por empleado oficial); constituyen ejemplos de la segunda, el ordinal 1° del art. 324 (cuando el homicidio se comete en un pariente), el hurto entre condueños (art. 353) y el secuestro de pariente (ord. 4° del art. 270), todas estas disposiciones del mencionado ordenamiento[50].

A guisa de conclusión, creemos que este último es el punto de vista correcto en la solución de los problemas que suscita la múltiple intervención en los delitos especiales, no solo porque constituye una elaboración asaz sencilla y simétrica, sino también porque respeta un valladar que debe ser infranqueable, cual es el principio fundamental de la legalidad de los delitos y de las penas; hace responder a cada codelincuente de su real intervención y teniendo en cuenta si respecto de él, se puede predicar violación de deberes funcionales; se ajusta armónicamente al sistema penal colombiano y soluciona las inconveniencias político-criminales que presentan posiciones contrarias.

[49] URIEL FRANCO, *El peculado*, Bogotá, Edit. Temis, 1987, pág. 45.
[50] JORGE ALBERTO HERNÁNDEZ E., ob. cit., págs. 3 y 4.

La dignificación de la justicia: un imposible lógico*

*Andrés Nanclares A.***

> "Dije que había entre nosotros una sociedad de hombres educados desde su juventud en el arte de demostrar, mediante palabras intencionalmente multiplicadas, que lo blanco es negro y lo negro blanco, según el dinero que se les pague. De esta sociedad, el resto de la gente es esclava".
>
> (Swift)

Estas palabras del autor de los *Viajes de Gulliver* ponen de frente, como dolorosa estocada, una de las llagas de la condición del abogado. Uno piensa, cuando medita sobre ellas, en lo difícil que es la tarea de los participantes en este "Primer Simposio Nacional de Jueces".

En una sociedad esquizoide como la que padecemos, cuyo motor es el ejercicio constante del atropello y del absurdo como modalidad del razonamiento, hablar de *dignidad* y de *justicia* equivale a subvertir el orden público moral establecido.

Por eso no soy muy optimista sobre los resultados de este foro. En este tipo de sociedades, porque las palabras han sido vaciadas de su significación, es imposible hacer luz sobre algún hecho o alguna situación. Lo negro es blanco. Lo absurdo es lógico. Los más retardatarios, ocultos bajo la máscara del humanitarismo, posan de ser los más avanzados. ¿Con cuáles palabras y con qué tipo de personas puede elaborarse, entonces, una ponencia sobre la dignificación de la justicia?

* Ponencia elaborada para presentar al I Simposio Nacional de Jueces, Medellín, 1992.

** Juez primero penal del Circuito de Medellín.

Imposible hacerlo, señores, entre otras cosas porque la *dignidad* es uno de los seudónimos de la *libertad*, y aquí, para decirlo de una vez, las cadenas y las mordazas flotan en el aire. Aquí es imposible el ejercicio de la libertad. Ni al oído puede opinarse sobre ciertas cosas. Las jaulas, como dicen que decía KAFKA, vuelan hacia los pájaros. El que menos uno piensa, su mejor amigo o el más allegado de sus vecinos, es correveidile, por intereses vitandos inconfesables, del autoritarismo más abominable. Y si la libertad no puede ejercerse, la dignidad de los hombres, de suyo, queda suprimida. ¿Cómo hablar de la dignidad de la justicia si los jueces, ellos mismos, se hallan aprisionados entre el miedo a los hacedores de la ley y los quebrantadores de ella?

Por eso mismo, reclamar justicia a través del aparato judicial es la más candorosa de las candideces. Nuestros jueces a duras penas son dispensadores de intereses. Nuestros jueces no son transmisores de valores —el valor justicia, por ejemplo— sino guardianes de intereses políticos y económicos. Uno se sorprende de que la gente, incluso los más encumbrados juristas, se refieran tan ingenuamente a la "administración de justicia". Lo más ajeno a los jueces, como institución, es precisamente la justicia. La justicia, entendida como valor, es algo esencial, algo histórico, algo que no cabe en la estrecha estructura de una norma positiva. Los jueces, a lo sumo, pueden administrar la ley. Y al administrar la ley, dispensan al ciudadano, bajo esa apariencia, simples relaciones *formales* de equidad.

Desde su inicio, como puede verse, resulta iluso, en estas condiciones, plantear el tema de la dignidad de los jueces. El aparato judicial, por su misma naturaleza de muñeco de ventrílocuo del régimen, es ajeno a la justicia. Y la dignidad en su seno, por cercenamiento absoluto del ejercicio de la libertad, es un imposible lógico.

No quiero engañarme, entonces, con los resultados de lo que aquí se debata. Los participantes, todos abogados, harán malabares, como lo dice el autor de los *Viajes de Gulliver*, para convencernos de que en este medio de hienas hambrientas es posible, con dignidad, hallar la justicia por medio de la aplicación de una ley envenenada por intereses económicos.

Yo no creo en esto. Me niego a ser colonizado, para que no se me esclavice por los coyotes de la ley. Ellos mismos, si ahondan en su propia condición, tienen que estar convencidos de lo engañoso de su tarea. Yo, sin previamente proponer el despabilamiento sistemático frente a lo cotidiano como rasgo distintivo de un nuevo tipo de juez y el extrañamiento como regla frente a los intereses y a las actitudes de las mentalidades más atrasadas, no me atrevería, por pura higiene mental, a pensar que a partir de la finalización de este simposio, y con la ayuda de las pautas de *gerencialización* de la administración de justicia, va a darse al juez la dignidad del hombre pleno, libre, creativo, y no la irrisoria de simple *instrumento de ajuste* del establecimiento.

Insisto en que esta es una sociedad esquizoide. Los participantes en este evento, si cavilan un poco más sobre la semiótica general del país, me darán la razón en cuanto a considerar como *babélica* la entraña de su condición y como azaroso el trazado de rutas de su destino. Imposible, entonces, en un medio de estas caracte-

rísticas, la dignidad de un tipo de *juez sin estilo* como el que pulula en la rama judicial. Ellos, los jueces de hoy, son el producto de una sociedad en rápido proceso de *fachistización*. Ellos, nuestros jueces, han ido adquiriendo el perfil de uno de esos grifos de la antigua cultura: mitad hombres de choque del establecimiento y mitad portaestandartes del autoritarismo. Ellos podrían ser representados por la toga del magistrado y el revólver al cinto del "sheriff" de la sociedad de los hombres más hirsutos y cerreros.

Son jueces fruto de una época de transición. Su personalidad es una amalgama de contrarios: la ley y la fuerza. Por eso en ellos es imposible, hoy por hoy, la dignidad de los hombres de pensamiento. Son una mixtura abominable. Son un amasijo de fuerzas encontradas que diluyen en un mar de intereses su más recóndita dignidad de hombres. Así los ha ido haciendo la formación social en la cual ejercen su función.

Desde la universidad los van orientando hacia este tipo de actitud. No es el conocimiento sino el ascenso en la escala de sueldos lo que de veras les interesa. Son jueces hechos a las volandas, sin un sustrato teórico y político de verdadera raigambre en principios esenciales.

Pero eso es lo único que puede esperarse de profesores de la misma estirpe. Porque hacer catedráticos a la manera como se sopla y se hacen botellas, sin la catadura anímica del creador, pero sí con la castradora y empobrecedora postura del *repetidor de códigos* sin dimensión interior, parece ser uno de los más importantes cometidos de estas *factorías de doctores* en que se han convertido las universidades. Los profesores universitarios de hoy, generalmente jueces, magistrados y litigantes, no tienen tiempo, porque lo tienen todo comprometido en sus tareas ordinarias, de preparar su cátedra. Ejercen la docencia, no por vocación, no por compromiso con el conocimiento, sino por agregar un renglón más a su currículo. ¿Pueden adivinar ustedes cuál es la vivencia que sobre la *dignidad* llegan a transmitir estos docentes? Por eso se hace necesario, y además urgente, por pura legítima defensa de la calidad de los hombres de *mentalidad planetaria*, prohibir desde hoy y para siempre el empleo de *profesores golondrina* en las universidades del país. Se necesita un tipo de profesor arraigado en la universidad y compenetrado con el estudiante. Un maestro comprometido no solo con el saber sino con el conocimiento.

Podría extenderme, pero no lo hago para no fatigarlos, sobre la esterilidad humana e intelectual del nuevo abogado que están produciendo nuestras escuelas de derecho. En ellos, por la formación que están *comprando* a las universidades en cómodas o incómodas cuotas semestrales, no puede germinar sino el más llano de los conceptos sobre la dignidad y la justicia.

¿Podrá entender de dignidad y de justicia un detestable arribista que solo aspira a dar el salto de gamo desde la citaduría de un juzgado a la más alta de las magistraturas? Yo lo dudo, señores. A este tipo de hombre su individualismo enfermizo lo obnubila para interiorizar las más altas creaciones del espíritu. Sus motivaciones son escandalosamente rastreras y sus miras demasiado estrechas. ¿Puede llegar a ser penetrante un juez, simple tecnólogo de códigos, a quien soló le interesa ascender

en la escala de sueldos para mejorar su pensión de jubilación? ¿Habrá en él compromiso con el pensamiento? ¿No llevará en su conciencia y en sus actitudes diarias el lastre del burocratismo que corroe a la rama judicial a todo lo ancho y a todo lo profundo de su estructura anacrónica?

Todo esto, señores, mientras no se remedie de un tajo, no propiciará la dignidad de quienes, hasta hoy, solo hacen el denigrante papel de "bocas de la ley". Mientras tanto, esperar enriquecimiento espiritual del hombre-juez por medio de la eficacia gerencial, es algo absurdo y utópico, algo que solo puede anidar en las mentalidades más ingenuas. Es preciso partir de que el juez, por su misma condición de instrumento de poder de una sociedad envilecida, no puede ser dispensador de justicia en el más alto de sus significados. Y luego, cuando se haga conciencia sobre este punto, esencial como ninguno para deslindar campos entre lo material y lo formal, debe abordarse el tema de la dignidad como aquel cataclismo interior que solo es posible en hombres decididos al ejercicio indoblegable de su libertad.

Todo esto, desde luego, habremos de tratarlo bajo la mirada sardónica del más frío de los monstruos fríos, que es como NIETSZCHE llamaba al Estado. Es tal la fortaleza de este "ogro filantrópico", tal su estoicismo frente a la arremetida de quienes se niegan a ser esclavistas de nuevo cuño mediante el manejo interesado de las leyes, que permite a los cuervos que él mismo ha criado, divertirse ensayando a sacarle los ojos, como van a hacerlo a partir de este día, en este simposio, los más reconocidos talmudistas del medio judicial.

La prevalencia del ejecutivo en la reforma judicial

Comentarios político-criminales

*Jaime Sandoval Fernández**

INTRODUCCIÓN

En nuestro país desde hace ya bastante rato se viene discutiendo sobre las bondades de una reforma de procedimiento penal que incluya el sistema acusatorio y a la Fiscalía General de la Nación como su órgano central. Tal proyecto en sus distintas propuestas ha encontrado considerable resistencia, hasta el punto de haberse configurado en su contra un discurso jurídico político que si bien propende por una reforma de nuestra justicia, considera que no resultan del todo convincentes los argumentos más usuales con los cuales se presenta el proyecto de fiscalía (efectos declarados), si se colocan frente a sus efectos ocultos o no declarados.

Los gestores de la reforma expresan que el nuevo sistema traería consigo la modernización de la justicia, la separación de la función acusatoria de la juzgadora, radicada cada una de ellas en funcionarios jurisdiccionales distintos, la centralización de la instrucción —acusación en la Fiscalía General, con las ventajas de la inmediación, centralización de los recursos técnicos, etc. Junto a esos efectos declarados que aparecen como la razonada justificación del cambio, estarían otros más que a pesar de no hacer parte del discurso oficial se ven como los efectos que realmente serán conseguidos, los cuales parecen encuadrar en un régimen de inclinaciones autoritarias.

El discurso disidente destaca dos aspectos centrales en la política criminal oficial que hacen parte de esos efectos no declarados de la reforma. Primero: Cada vez más el ejecutivo expande su primacía

* Prof. de derecho penal en la Universidad del Norte, Barranquilla.

sobre las otras ramas del poder público y, en especial, en lo que ahora nos atañe al órgano jurisdiccional. Segundo: Las reiteradas reformas a la justicia penal han sepultado los pocos logros hacia un derecho penal democrático y afianzado la justicia que recorta los derechos de los ciudadanos y entroniza el autoritarismo.

Examinemos si estos planteamientos —especialmente el primero— tienen asidero en la actual reforma de nuestra justicia —Constitución Nacional y Código de Procedimiento Penal— y para tales fines analicemos la relación del ejecutivo con tres de las instituciones básicas del sistema jurídico: Fiscalía, Corte Constitucional y Consejo Superior de la Judicatura, no sin antes hacer una alusión superficial a los tribunales militares para los civiles.

1. La intromisión del ejecutivo en la rama jurisdiccional

A) *Legislación extraordinaria y consejos verbales de guerra*

La intromisión del ejecutivo en la rama jurisdiccional es de vieja data[1]. El estado de sitio, que de excepción se transformó en regla general, permitió al ejecutivo legislar a su antojo. De esta forma se establecieron los consejos verbales de guerra (tribunales militares) para juzgar civiles, inicialmente en los delitos políticos y con posterioridad en el narcotráfico. Estos procedimientos, muy a pesar de haber sido aplicados durante un extenso lapso, fueron considerados por sectores de oposición como abiertamente inconstitucionales y lesivos de la democracia participativa. La Corte Suprema de Justicia —la del palacio— en histórica votación, llegó a dividirse en dos sectores numéricamente iguales que se pronunciaron en pro y en contra de su constitucionalidad, divergencia que fue decidida por un conjuez quien dio vía libre a la continuación de estos procedimientos (C. S. de J., sent. 3 julio 1984).

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia —posterior al palacio—, en decisión esperada y afortunada recogió la opinión de mayor respaldo entre los juristas demócratas colombianos y se pronunció por la inconstitucionalidad de los tribunales militares para los civiles (C. S. de J., sent. 5 marzo 1987).

Esta tradición democrática fue seguida por nuestra Constitución vigente. El art. 213 *in fine*, al referirse a los estados de excepción manifiesta: "En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar". Asimismo, el art. 214 num. 3 expresa: "No se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado". Y, por último, el art. 252 dispone que aún durante los estados de excepción (212-213) "el gobierno no podrá suprimir ni modificar los organismos ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento"[2].

Resulta reconfortante saber que nuestra Constitución siguió dicha orientación, sobre todo en estos días, cuando importantes personajes de la vida política intentan desempolvar la vieja fórmula de los consejos verbales para los civiles, no obstante ir a contrapelo de la tradición democrática en Colombia[3].

B) *Ejecutivo y Fiscalía General de la Nación*

Uno de los aspectos más polémicos cuando se discute sobre la Fiscalía General de la Nación concierne a su ubicación en las ramas del poder, así como al órgano (funcionario) del que depende su nombramiento. En últimas, de lo que se trata es de saber *si estamos ante un órgano jurisdiccional independiente de las otras ramas* —del ejecutivo— o si, por el contrario, depende de aquel.

Lo anterior también tiene su explicación histórica. La rama jurisdiccional que tenía en el vértice de su autoridad a la Corte Suprema de Justicia, mediante la implantación del sistema de cooptación para elegir sus miembros, mantuvo siempre su independencia del ejecutivo. Ello garantizaba que en el ejercicio de la actividad jurisdiccional el gobierno no tenía injerencia directa. Por eso, frente a las propuestas de reforma a la justicia siempre existió la preocupación de conservar esa autonomía, más aún cuando algunos tropiezos del pasado hacían prever que se pretendería menguarla.

La Constituyente permitió que se expresaran los dos modelos antes mencionados. Para el proyecto de reforma constitucional del gobierno[4], el fiscal sería nombrado por el presidente de la república y era de su libre remoción[5]. Esta opinión representaba la más clara propuesta de injerencia del ejecutivo en la rama jurisdiccional. Por supuesto semejante pretensión provocó un rechazo enorme.

Siguiendo esencialmente la misma línea del proyecto de gobierno para el M-19[6] el fiscal debía ser nombrado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia

[1] Esa dependencia del poder judicial al ejecutivo ha sido señalada como una de las características del autoritarismo en América Latina. (Ver Emilio García Méndez, "Poder, política y derecho en América Latina", en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 26, Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1985, pág. 223).

[2] El exministro de justicia, en aquel entonces constituyente, se mostró incómodo con esta última disposición, pues de acuerdo con el gobierno y su desmesurado fervor de penetrar la rama jurisdiccional, encontraba aquí un serio obstáculo. Sus palabras fueron las siguientes: "...no podemos amarrar al ejecutivo, único responsable de la preservación y restablecimiento del orden público para que no pueda modificar los organismos involucrados en la acusación y juzgamiento de los delitos" (Fernando Carrillo, *Gaceta Constitucional*, núm. 81, pág. 15).

[3] La Corte Suprema de Justicia ha cuestionado estos organismos, inclusive en tratándose del juzgamiento de militares, dada la forma como funcionan. Las palabras que transcribimos nos eximen de cualquier otro comentario: "Pero el juez militar no pertenece a la carrera judicial separada orgánicamente de las demás ramas. Su dependencia del ejecutivo no es precisamente el signo más claro de su autonomía" (Pablo Cáceres, *Gaceta Constitucional*, núm. 57, pág. 22).

[4] Ver *Gaceta Constitucional*, núm. 5, pág. 19.

[5] El exministro de justicia caracterizó a la Fiscalía como "entidad cercana al poder ejecutivo" (F. Carrillo, *Gaceta Constitucional*, núm. 69, pág. 5). Pero si se examina lo propuesto más bien se trataba de una entidad totalmente dependiente del ejecutivo.

[6] Ver *Gaceta Constitucional*, núm. 8, pág. 11.

de lista que enviara el presidente de la república[7]. A primera vista parecía que esta propuesta cuyo agenciador tenía el rótulo de ser el principal grupo de oposición en la Constituyente, estaba cimentada en la tradición democrática de la rama jurisdiccional, mas no es así, pues como ya vimos esta ha mantenido su total autonomía del ejecutivo. Al traspiés hay que buscarle alguna otra explicación. Quizás pueda encontrarse en el exacerbado afán presidencialista que recorrió la Constituyente en cabeza de las jefaturas allí representadas, o tal vez de cierta prevención ante la rama jurisdiccional, de la que después del holocausto de palacio era demasiado optimista esperar un tratamiento igualitario, con perdón y olvido[8].

Otros proyectos —como el de HERNANDO LONDOÑO— mantuvieron la total independencia de la Fiscalía en relación con el ejecutivo[9], aunque lamentablemente no tuvieron el respaldo necesario y quedaron en minoría.

Al final se aprobó la fórmula del art. 249 de nuestra Constitución, que sigue los pasos de la propuesta del "Eme". "El fiscal de la nación será elegido para un período de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el presidente de la república"[10].

Como es fácil deducir, con esta norma se saldó de un tajo la vieja discrepancia. Si se pregunta quién elige al fiscal, se contesta que la Corte Suprema de Justicia; sin embargo, ello solo es así formalmente. Es como si dijésemos: "Usted elige, pero yo le digo a quién". El que nombra realmente al fiscal es el presidente. Él dice quiénes son los tres candidatos entre los cuales la Corte Suprema "escoge"

[7] Esta fórmula no era nueva; la utilizó la reforma constitucional del 79. (Ver MARÍA TERESA GARCÉS, *Gaceta Constitucional*, núm. 90, pág. 15). ABELLO ROCA en el informe-ponencia para primer debate sugería que el fiscal fuese "escogido por el presidente de la república de terna enviada por el Consejo Superior de la Judicatura" (CARLOS DANIEL ABELLO ROCA, *Gaceta Constitucional*, núm. 81, pág. 11 y núm. 73, pág. 3). Esta propuesta permitía también la injerencia del ejecutivo en la elección del fiscal, aunque era menos deficiente que la aprobada finalmente. El que partiese del Consejo Superior de la Judicatura sin previamente haber clarificado su composición no daba mayor autonomía a la Fiscalía; bien podía haberse tomado este órgano el ejecutivo y por intermedio suyo nombrar "su fiscal". Siguiendo ese mismo camino, era menos defectuosa la propuesta que consideraba que debía ser la Corte Suprema de Justicia la que debía presentar la terna y el presidente elegía (JAIME FAJARDO, *Gaceta Constitucional*, núm. 128, pág. 8). Con anterioridad ABELLO ROCA había propuesto que el fiscal fuese escogido por el Senado de lista enviada por el Consejo Superior de la Judicatura (*Gaceta Constitucional*, núm. 51, pág. 10) lo que nos pareció todavía menos confiable no solamente por lo que anotamos en relación con su otra propuesta, antes vista, sino además porque adicionaba la participación del Senado, por excelencia el órgano en que se desbordan los vicios de la política en Colombia, lo que, a su vez, constituía un precedente poco recomendable para la elección del fiscal. A nuestro entender el fiscal y su nombramiento debían ser totalmente independientes no solo del ejecutivo sino también del legislativo, ateniéndose a los órganos que componen la administración de justicia.

[8] La providencia del juez sin rostro contra la cúpula del M-19 parece confirmar esa prevención.

[9] HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, *Gaceta Constitucional*, núm. 10, pág. 1. *Gaceta Constitucional*, núm. 9. Proyecto presentado con Juan Gómez Martínez, pág. 10 (art. 70): "será elegido por voto directo de los ciudadanos".

[10] Con ella se manifestó de acuerdo, lógicamente, el exministro de justicia, calificándola de "la más conveniente" (F. CARRILLO, *Gaceta Constitucional*, núm. 81, pág. 14). De igual manera la acogió el ministro de aquel entonces (J. GIRALDO ÁNGEL, *Gaceta Constitucional*, núm. 128, pág. 6).

y, por consiguiente, el otrora postulado de la autonomía jurisdiccional ante el ejecutivo, una vez más sufrió variaciones fundamentales. Así el art. 228 de la Constitución, cuando se refiere a las decisiones judiciales y dice que "son independientes" a lo menos quedó notoriamente restringido.

De la misma manera se saldó la otra discrepancia. ¿A qué rama del poder pertenece la Fiscalía? Dice el último inciso del art. 249: "forma parte de la rama jurisdiccional". En el mismo sentido se pronuncia el art. 116. Pero el problema es otro. No se trata solamente de saber si formalmente es un órgano jurisdiccional. Además deberá preguntarse si mantiene su independencia como órgano jurisdiccional, autonomía con la cual no cuenta como ya hemos visto.

C) *Poder selectivo del ejecutivo en la justicia*

De lo dicho en el apartado anterior se coligen los reales efectos de la separación funcional entre instrucción y juzgamiento en lo que corresponde a la injerencia del ejecutivo en el poder judicial. De la fase instructiva-investigativa que antes era función exclusiva de los jueces —independiente del ejecutivo— ahora se ocupa la Fiscalía General, órgano que depende en su nombramiento del presidente.

El poder selectivo que está en manos del ejecutivo o bajo su injerencia es el más importante de la administración de justicia en cuanto decide, mediante la instrucción, qué personas serán juzgadas y cuáles no (C. de P. P., arts. 120 nums. 1 y 4, 121, 439 y 444) y mediante la investigación previa, contra qué personas habrá o no instrucción, "si hay o no ejercicio de la acción penal" (C. de P. P., arts. 319, 320 y 327).

El fiscal general tiene toda la potestad para ejercer ese poder selectivo en virtud de la facultad de "dirigir, realizar y complementar la investigación" (C. de P. P., art. 67), por lo cual puede apersonarse directamente de esta desplazando al fiscal delegado o remitir la investigación de un fiscal a otro, según lo establecido por la normatividad procesal penal. Según esta el fiscal de la nación podrá: "Cuando lo *considere necesario* y en los casos excepcionales que requieran su *atención directa*, investigar, calificar y acusar desplazando a cualquier fiscal delegado. Contra las decisiones que tome en desarrollo de la instrucción *solo procede el recurso de reposición* (C. de P. P., art. 221 núm. 3) (el subrayado es nuestro).

Asimismo, el fiscal podrá "ordenar la remisión de la actuación adelantada por un fiscal delegado al despacho de cualquier otro...". (Ibíd. art. 121 num. 5).

En conclusión, no solamente hay injerencia del ejecutivo en la administración de justicia, sino que esta se ejerce en la parte más importante de su poder selectivo[11].

D) *Ejecutivo y Corte Constitucional*

La Constituyente fue escenario también de la confrontación entre dos opiniones divergentes sobre el control constitucional. De una parte, quienes eran partidarios

[11] Con anterioridad, mediante la ley 23 de 1991 y el decreto 800 de 1991 se otorgó competencia a los inspectores de policía para conocer de las contravenciones especiales —hechos punibles— que dado su carácter debían ser conocidas por los jueces. Es decir, se continuó la directriz de quitar espacio al poder judicial.

de que tal función la siguiera cumpliendo como hasta ese entonces la Corte Suprema de Justicia en compañía del Consejo de Estado. Y de otra, quienes estaban de acuerdo con la Corte Constitucional, organismo independiente de la Corte Suprema de Justicia, quitándole a esta dicha función.

En favor de la Corte Suprema de Justicia las razones técnico-jurídicas y las políticas se compaginan. De lo primero ya sabemos que la Sala Constitucional (de especialistas) complementada por la Sala Plena tenía la ventaja de integrar en conceptos síntesis las opiniones de constitucionalistas y especialistas de las demás ramas del derecho[12]. Pero, además, el sistema que nos regía conservaba autonomía ante las otras ramas del poder: ejecutivo y legislativo. Con razón ha dicho VELASCO GUERRERO: "Si lo que se busca es entonces no abandonar la experiencia colombiana que en su forma actual nos viene del acto legislativo 3 de 1910 y goza merecida fama de ser uno de los mejores del mundo contemporáneo...", "pero tampoco de politizar nuestro sistema, cabría preguntarse para qué, entonces, cambiaríamos lo nuestro, original y de vieja data, solo por el prurito de importar lo que de suyo nos pertenece por derecho propio..."[12 bis] (*Gaceta Constitucional*, núm. 36, pág. 26).

Para los partidarios de la Corte Constitucional —entre quienes se dice había muchos interesados en pasar factura de antiguas deudas a la Corte Suprema— se trataba de crear un nuevo organismo mediante regulaciones distintas. No obstante, punto clave en esta perspectiva era el cercenarle a la Corte Suprema de Justicia su autonomía frente a las demás ramas del poder en ejercicio del control constitucional. Alternaban en este grupo quienes eran partidarios del control ejercido por una Corte Constitucional elegida por el Congreso de acuerdo con la mayoría política del momento, hasta quienes se manifestaron por un origen híbrido en el que participaran los tres poderes, posición esta que fue la triunfante. Según el art. 239 de la Constitución, los magistrados serán elegidos por el Senado de la República de sendas ternas que le presenten el presidente de la república, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Obsérvese a su vez que el socorrido criterio de la Corte Constitucional integrada solo por constitucionalistas, al final se dejó a un lado, pues los magistrados serán "de diversas especialidades del derecho" (C. N., art. 239); evidentemente eran otras las razones del cambio.

En conclusión, el ejecutivo también interviene ahora en el control constitucional, en la integración de la Corte Constitucional, mediante el envío de terna al Congreso.

E) *Ejecutivo y Consejo Superior de la Judicatura*

Como si lo anterior fuera poco, el ejecutivo interviene en la conformación del Consejo Superior de la Judicatura. No solo indirectamente en la integración de la

[12] En la Constituyente, la Corte Suprema de Justicia presentó la propuesta de enriquecer este sistema cuando se decidan derechos ciudadanos sobre exequibilidad de leyes o sobre objeciones presidenciales contra proyectos de ley, que quedarían en la Sala Constitucional aumentada por un magistrado de las salas de casación civil, penal y laboral (PABLO CÁCERES, *Gaceta Constitucional*, núm. 57, pág. 22).

[12 bis] *Gaceta Constitucional*, núm. 36, pág. 26.

Sala Administrativa a la cual corresponde un magistrado por la Corte Constitucional (C. N., art. 254 inc. 1°), sino de manera directa en la escogencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria que la integran siete magistrados elegidos por el Congreso de *ternas enviadas por el gobierno* (C. N., art. 254). No olvidemos que entre las importantes funciones de este organismo se encuentra la del art. 256 num 3 de la Constitución: "Examinar la conducta y *sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial*...".

En consonancia con esta norma se dictó el decreto 2652 de 1991, que entre otras regulaciones señala en su art. 3° que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria conoce en única instancia de los procesos disciplinarios que se adelanten contra los magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y el fiscal general, de los magistrados de los tribunales y consejos seccionales y de los demás funcionarios cuya designación corresponda al Consejo Superior.

El art. 10.1 del citado decreto expresa que la Sala Disciplinaria de los consejos seccionales de la judicatura conocen en primera instancia de los procesos disciplinarios que se adelanten contra los jueces.

Como se ve claramente, el ejecutivo también interviene en las formas de control a la rama judicial. Asimismo, el ejecutivo determina las directrices de la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura, pues hace mayoría con 7 magistrados de 13 que componen aquella (decreto 2652 de 1991, arts. 1° a 4°). Esta sala tiene entre otras funciones las siguientes:

Según el num. 5 del art. 4° del citado decreto: determinar la estructura y las plantas de personal de las corporaciones y juzgados; crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la rama judicial.

De acuerdo con el num. 6 del mismo artículo: enviar a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado, listas no inferiores a tres candidatos para proveer los cargos que se hallen vacantes en estas corporaciones, dentro de las cuales deberá incluir por lo menos uno que provenga de la carrera judicial.

Es decir, el ejecutivo también penetró la cooptación de los organismos jurisdiccionales señalándoles entre quiénes se elegirán los cargos vacantes; una vez más "ustedes eligen y yo digo a quién".

Y, según el num. 7: elaborar y presentar a la Corte Suprema y al Consejo de Estado, las listas de candidatos que reúnan las condiciones para ser designados magistrados de los respectivos tribunales, de acuerdo con las normas de carrera judicial.

No creemos que quede aún alguna duda sobre la injerencia extrema del ejecutivo en la rama jurisdiccional.

2. LA INJERENCIA DEL EJECUTIVO EN LA RAMA JURISDICCIONAL. TENDENCIA GENERALIZADA EN LATINOAMÉRICA

Las dictaduras militares que surcaron Latinoamérica, afortunadamente no tuvieron operancia en Colombia (excepto la del 53, bastante lejos en el tiempo).

Acá se prefirió gobernar con un esquema de democracia restringida, en la que la predominancia del ejecutivo apoyada en los estados excepcionales (estado de sitio) dio gran protagonismo al ejército, sin necesidad de que este dirigiera formalmente al Estado mediante dictaduras. Por supuesto, tal protagonismo también incluyó la justicia militar para los civiles.

En la actualidad, Latinoamérica recompone sus sistemas de gobierno. Las antiguas dictaduras militares dieron paso a democracias restringidas, en las cuales el ejército o bien siguió manteniendo su importancia en el gobierno —aunque diezmada—, como por ejemplo Chile, donde Aylwin tiene como jefe de las fuerzas militares a Pinochet y en donde los procesos penales por desaparecimientos, a excepción de Letelier y otros pocos, parecen no poder llegar más lejos, o bien pasó a un segundo plano pese a sus coletazos reiterados, como en el caso argentino, donde no obstante la justicia penal tampoco llegó a más. Sin embargo, nuevas formas de autoritarismo se ensayan por estos lares. El ejemplo más reciente es el de Fujimori, quien arreció su injerencia disolviendo el Congreso e interviniendo el poder judicial, con la complacencia de organismos internacionales decisorios. Ahora propone una constituyente que reforme las instituciones peruanas, pero después de haberse consumado su ilegítimo proceder[13].

Por lo pronto, nuestro país no ha necesitado acudir a tan nefastos accionares, aunque también se haya orientado a consolidar la tendencia autoritaria del gobierno y, en especial, a invadir las funciones jurisdiccionales. Mal precedente para una Constitución que en su art. 1° nos habla del Estado social de derecho, democrático, participativo y pluralista. Y que en el art. 113 nos señala: "Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente...".

Colaboración es distinto de injerencia. La función separada de la rama jurisdiccional es administrar justicia. No es saludable para la democracia que el ejecutivo intervenga, porque así nuestra Constitución se coloca en el mismo camino que cruza Latinoamérica: el afianzamiento del autoritarismo.

Las pugnas interinstitucionales que comenzaron a darse en Colombia: veedor-Procuraduría-Congreso-Corte Constitucional-Corte Suprema de Justicia-poder judicial-Congreso-presidente, y las demás que surgirán, nos presentan a un ejecutivo entrometido en la función jurisdiccional con los riesgos normales de que las decisiones judiciales puedan ser dirigidas externamente.

3. Ejecutivo y rama jurisdiccional en las disposiciones transitorias de la Constitución

Hasta aquí hemos analizado la relación del ejecutivo con el poder judicial, ateniéndonos a lo dispuesto por la Constitución y el Código de Procedimiento Penal.

[13] Otro caso especial es el de Carlos A. Pérez en Venezuela, que para conjurar su caída ha nombrado canciller al exministro de defensa, general Fernando Ochoa.

Por último, haremos un bosquejo de lo que acontece en las disposiciones transitorias de la Constitución Nacional.

A) *Fiscalía General de la Nación y Código de Procedimiento Penal*

Es de todos sabido que las facultades extraordinarias concedidas al presidente se constituyeron en el mecanismo por excelencia para hacer y reformar códigos penales en Colombia. Por esta razón fue de buen recibo que la Constitución Nacional hubiera puesto punto final a esta desviación del poder, al disponer expresamente en su art. 150, num. 10 inciso final que dichas facultades no se podrán conferir para "expedir códigos...", función por excelencia del Congreso.

Todo parecía color de rosa hasta que el art. transitorio 5° expresó: "Revístase al presidente de la república de expresas facultades extraordinarias para: a) Expedir las normas que organicen la Fiscalía General y las normas de procedimiento penal".

En virtud de estas facultades el presidente expidió el decreto 2700 de 1991 o Código de Procedimiento Penal que entró a regir en el mes de julio de 1992.

En conclusión, el ejecutivo continuó su intromisión en la rama jurisdiccional ejerciendo la facultad de expedir códigos (propia del Congreso). Así dio las últimas pinceladas a la organización de la Fiscalía, entidad que como ya vimos le permite usufructuar la función jurisdiccional. Es decir, "se bailó su propia música".

B) *Ejecutivo y Corte Constitucional*

Dispuso el art. transitorio 22 que la primera Corte Constitucional estará integrada por siete magistrados, de los cuales dos serán designados por el presidente, sendos por la Corte Suprema, Consejo de Estado y procurador general. Estos cinco elegirán a los otros dos de ternas que presente el presidente. En conclusión: de los siete magistrados, cuatro son del presidente, esto es, el ejecutivo dispone en la Corte Constitucional. Por supuesto se logró el objetivo. El control constitucional tenderá a ser proclive al ejecutivo en momentos tan delicados como los actuales, en que se requiere mayor celo para resguardar la Carta. La ley que "legalizó" los auxilios, sancionada sin reparos por el presidente, nos da una idea de para qué sirve ese control funcional. A lo menos se trata de una precaria imparcialidad de quien decide sobre la constitucionalidad o no de la ley, si su origen se entrecruza con quien tiene interés manifiesto de que sea reconocida conforme a la Constitución.

C) *Ejecutivo y Consejo Superior de la Judicatura*

Ya vimos que el gobierno debe presentar las ternas para que el Congreso elija los miembros de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria. El art. transitorio 25 agrega que por primera vez los designará el presidente directamente.

En síntesis, Fiscalía, Corte Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura —Sala Disciplinaria y Sala Plena— están en manos del ejecutivo, muestra palpable de la injerencia desmedida del ejecutivo en la rama jurisdiccional.

4. Conclusiones

1. La actual reforma judicial le restó autonomía a la rama jurisdiccional frente al poder ejecutivo.

1.1 Antes la instrucción la ejercían los jueces sin injerencia directa del ejecutivo. Ahora le corresponde al fiscal nombrado mediante terna que elabore el presidente.

1.2 La injerencia del ejecutivo en la rama jurisdiccional le permite ejercer poder selectivo —el más importante— mediante el cual se decide sobre qué personas se ejerce la acción penal y sobre qué otras no, así como quiénes serán o no juzgados.

1.3 El ejecutivo interviene en el control constitucional. Para la elección de magistrados de la Corte Constitucional presenta terna al Senado.

1.4 El ejecutivo interviene en el Consejo Superior de la Judicatura. Indirectamente, pues un magistrado de la sala administrativa corresponde a la Corte Constitucional y, directamente, porque la Sala Jurisdiccional Disciplinaria será elegida por el Congreso de ternas enviadas por el gobierno. Cabe relievar que este organismo cumple función de control a los jueces.

De la misma manera decide las directrices de la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura, organismo que elabora las ternas para llenar las vacantes en estas corporaciones, determina la estructura, plantas de personal de corporaciones y juzgados, crea, suprime, fusiona y traslada cargos en la rama judicial.

2. Se afianza en Colombia una tendencia del ejercicio del poder en Latinoamérica que permite la predominancia del ejecutivo sobre los otros poderes, en particular en la rama jurisdiccional.

2.1 La colaboración entre poderes se afirma sobre las funciones separadas de cada uno de ellos. La función de administrar justicia corresponde a la rama jurisdiccional y cualquier intromisión en esta entorpece la colaboración armónica.

2.2. La pugna interinstitucional que ya ha comenzado en Colombia: Veedor-Procuraduría-Congreso, Corte Constitucional-Corte Suprema de Justicia, poder jurisdiccional-presidente y las demás que vendrán, nos presentan un ejecutivo que penetró la función jurisdiccional con los riesgos propios de que haga prevalecer su parecer en las decisiones judiciales cuando lo estime conveniente.

3. Tal parece que la politización, entendida como la influencia de los grupos hegemónicos del poder político en las decisiones de la rama judicial alcanzará niveles desmesurados con la reforma actual de nuestra justicia.

La quiebra de los mitos

(Realidades de la independencia judicial y de la selección de los jueces en Latinoamérica).

*Roberto Bergalli**

La rama jurisdiccional es seguramente el flanco más débil de los Estados latinoamericanos. Diferentes aspectos vinculados a la denominada *cuestión judicial* hacen que la legitimación de las administraciones de justicia se haya hecho cada vez más difícil dentro de la forma que el Estado ha ido asumiendo en Latinoamérica.

Mientras el derecho y los discursos jurídicos se han mantenido dentro del marco de concepciones iusnaturalistas-tomistas o iuspositivistas, la idea de una administración de justicia que aplica meramente el ordenamiento jurídico ha impedido que surgieran interrogantes o que se cuestionara el papel que la jurisdicción cumple frente a regímenes de injusticia social.

En efecto, la cultura jurídica latinoamericana, con pocas fisuras, se ha mantenido unida o dependiendo de las tradiciones francesas o germanas que, hasta mediados del siglo XX, han continuado en Europa la función legitimante de los ordenamientos jurídicos cumplida por la disciplina que los estudia. Esta ha sido una función que, de modo más o menos cambiante, se ha llevado a cabo a través de sus propias conceptualizaciones; es decir, mediante las operaciones que ella ha realizado sobre las normas y para justificar la inserción de las innovaciones legislativas en relación con todo el ordenamiento jurídico, [V. para todos estos aspectos, DE GIORGI, 1979].

Mas, a finales de la década de 1970 se vuelve a poner en primer plano en Europa, como objeto privilegiado de reflexión, la antigua ambigüedad que siempre ha caracterizado el papel del jurista a partir de la experiencia del derecho moderno. Ambigüedad esta en el sentido de que el jurista se había colocado, por una parte, en la sociedad y en el equilibrio de los poderes institucionales como *custodio de la legalidad positiva*, o sea de la positividad del derecho y, por tanto,

* Catedrático de la Universidad de Barcelona.

como *portador de un conocimiento técnico* en condiciones de garantizar que la solución de los problemas particulares —del caso judicial concreto— pudiera ocurrir siempre sobre la base del procedimiento de subsunción del hecho concreto en la norma jurídica existente.

He aquí, por tanto, una mayor ambigüedad, pues el jurista aparecía también como garante de la legitimación del entero ordenamiento jurídico, o sea de la correspondencia de las normas y de los preceptos jurídicos particulares con la racionalidad jurídica. Científico del derecho era entonces, en ese sentido legitimador, aquel portador de un conocimiento capaz de mediar entre la positividad de la norma y la racionalidad jurídica intrínseca o inmanente a la misma estructura lógica de la noción de norma, tarea para la cual se le preparaba específicamente [acerca de este orientado proceso de formación del jurista en las facultades de derecho hasta esa época, cfr. WIETHÖLTER, 1968].

Es así entonces como se puede comprobar que la ambigüedad del jurista es la misma ambigüedad de la relación entre positividad y legitimidad que atraviesa toda la historia del pensamiento jurídico moderno y que está en la base de la tradicional distinción entre aquellos que se ocupan del problema de la justicia (¿qué cosa es derecho?) y de los que se ocupan de la aplicación o de la comprensión de las normas sancionadas por el legislador. [Crf. BARCELLONA, 1984, pág. 9].

Si desde los comienzos del presente siglo el tema en discusión giraba en torno a la interpretación del derecho, el cual confrontaba a quienes sostenían la cerrazón del sistema —y por tanto la deducción sobre líneas internas de los cánones hermenéuticos— con aquellos que, en cambio, sostenían la validez del recurso a la tipología social o a los datos extrajurídicos obtenibles en el análisis de la realidad social, en la actualidad el debate encara directamente la teoría de las fuentes, o sea el tema mismo de las normas, de la noción de norma y de normatividad [una síntesis de este debate puede encontrarse en BARATTA, 1983]. En consecuencia, hoy no es tanto la técnica de determinación de los contenidos de las leyes y de las posibles referencias a datos extralegislativos lo que preocupa, sino la idea misma de derecho lo que se pone como *quid* para la cultura jurídica europea de las dos últimas décadas.

Este fenómeno ha sido particularmente evidente en algunos casos, y especialmente en aquellos en que los propios juristas han teorizado explícitamente sobre la función del juez como representante y garante de los intereses excluidos, de los intereses débiles, de aquella parte de la sociedad que de algún modo sufre procesos de marginalización y respecto de la cual la jurisdicción puede y debe cumplir una labor. Semejante labor ha tenido una relevancia especial en aquellos ámbitos culturales en los cuales, por vigencia de explícitos principios constitucionales, ciertas corrientes de la magistratura judicial, movidas por una sensibilidad democrática, han decidido profundizar tales principios y hacerlos eficaces mediante la actividad jurisdiccional, aun contrariando los propios ordenamientos jurídicos que por variadas razones permanecen todavía enclaustrados en conceptos autoritarios sobre la sociedad civil, cuando no inmersos en una ideología fascista.

Más allá de la argumentación jurídica que para propiciar la solución del caso individual debe tender de cualquier manera a apoyarse sobre el dato normativo, aquello que más llama la atención de ese tipo de reflexión es el tema explícito de la referencia a la representación social que se asume como base de la intervención jurisdiccional en el caso y haciendo empleo de forma amplia de aquellos principios constitucionales, orientada a obtener resultados de justicia respecto de franjas de la sociedad que sufren profundas desigualdades o que viven al margen de los grandes poderes u organizaciones de intereses. El problema de la *suplencia* que han debido afrontar aquellas corrientes de la magistratura ha determinado particularmente la actividad jurisdiccional de la última década en países donde los poderes políticos han abandonado la protección de los grupos sociales más desaventajados. El caso italiano, particularmente el de *Magistratura democrática* (MD) y, últimamente, el español con *Jueces para la democracia*, aunque con menor incidencia social, han demostrado que, cuando los jueces se proponen una reformulación entre derecho y política, a través de un análisis de la praxis jurídica entendida como descubrimiento de la *politización de la magistratura*, del papel del jurista y de los mismos contenidos normativos, no solo es posible hacer un "uso alternativo del derecho" sino que también puede influirse hasta en la propia epistemología jurídica[1].

Lo dicho hasta ahora prueba sencillamente las posibilidades que surgen de una actividad jurisdiccional liberada de los compromisos a los que se ve constreñida por el papel legitimador del ordenamiento jurídico atribuido al juez como técnico u operador dedicado estrictamente a la aplicación de las normas.

1) Mas tales posibilidades dependen casi que naturalmente de dos aspectos fundamentales que configuran lo que con propiedad se denomina *cuestión judicial*. Tales aspectos están íntimamente relacionados a su vez entre sí. Uno, que atraviesa verticalmente toda esa cuestión judicial, es el fenómeno de la *independencia judicial*, y, otro, es el que alimenta esencialmente al primero, por lo que parece tener una naturaleza mucho más técnica, vinculado a la propia organización interna de la estructura jurisdiccional pero, como todos los demás aspectos, es de esencia exquisitamente política. Me refiero aquí al problema de la *selección de los jueces y magistrados* que componen los distintos niveles de la jurisdicción y que comparativamente está resuelto en las organizaciones judiciales según los modelos sobre los que estos están tradicionalmente diseñados. [PIZZORUSSO, 1987].

Modelos de organización como el anglosajón y el italiano (en consecuencia de este, también el español) tienen resueltos estos problemas de modo diferente.

[1] Hay una vasta literatura producida en Italia por la corriente *Magistratura democrática*; y en España, aunque en menor medida, por la *Asociación "Jueces para la democracia"*, junto a la *Asociación Progresista de Fiscales*. Ver, en todo caso, Atti del Congresso di Rimini, *Crisi istituzionale e rinnovamento democratico della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1975; o Atti del sesto Congresso nazionale, *Poteri e Giurisdizione*, Jovene editore, Napoli, 1985; pero, sobre todo, la colección de la revista *Questione Giustizia* (Franco Angeli, Milano), para poder conocer el nivel de compromiso y de debate a que ha llegado en Italia la cultura democrática de los jueces italianos. En España, con idénticos fines, aunque obviamente con un menor desarrollo pero con un gran empeño, los jueces democráticos llevan adelante una lucha semejante desde las páginas de *Jueces para la democracia* (Información y debate), Edisa, Madrid.

Mientras que en el primero las técnicas de selección están más condicionadas por el poder político que en el segundo, en aquel la independencia se garantiza por la conciencia difundida en la sociedad del alto valor que se le reconoce a los jueces y no por las garantías jurídicas del tipo de las que han sido introducidas, con una eficaz aplicación en Italia (y también en España). En cambio, los modelos francés y soviético, que parecen ser mucho más dependientes de los poderes políticos en sus organizaciones judiciales, exhiben mecánicas de selección diferentes, aunque en la práctica ninguna de ellas garantiza la eficiencia de jueces y magistrados; en el primero, por la injerencia que tienen las elevadas jerarquías judiciales en la preselección de los jueces [PICARD, 1987] y, en el segundo, por las directivas que aquellas dan a los órganos judiciales inferiores sobre la forma como deben ejercer sus funciones [SMIRNOV, 1987].

Los dos aspectos a que he hecho mención van luego a unirse en un tema que, sobre todo en los dos modelos continentales europeos a los cuales he aludido —el francés y el italiano—, constituye un asunto central para el análisis de las organizaciones judiciales contemporáneas. Me refiero al tan debatido *gobierno de la administración de justicia* y a sus explicitadas formas de auto o cogobierno.

1.1) En América Latina el debate sobre la cuestión judicial es hasta ahora de escasa relevancia, habiendo quedado generalmente relegado al marco de relaciones entre el llamado "poder judicial" y los demás poderes del Estado y, en especial, el ejecutivo. Esto quiere decir que el tratamiento de semejante cuestión ha sido tradicionalmente emprendido por los especialistas en derecho constitucional. Con permanente referencia a MONTESQUIEU, ellos han analizado los dos aspectos antes citados (independencia judicial y selección de los jueces) mediante interpretaciones de la teoría de los tres poderes del Estado, sin haber tomado en consideración todos los otros elementos que han venido configurando la *sociología de la justicia* [cfr. BERGALLI, 1983, 1990], como aquel campo en el que una multiplicidad de disciplinas sociales y de la conducta humana suministran sus aportes. Es evidente que para que esto ocurriera, ocultando o desviando la atención sobre fenómenos tan específicos que hacen a la organización interna de las estructuras judiciales o a las ideologías y al comportamiento de los jueces y magistrados que las componen, han primado obstáculos de carácter cultural, en particular de cultura política y jurídica. Por lo demás, en el ámbito de esa cultura política, pocos especialistas se han distinguido por el estudio de la función cumplida por el derecho en Latinoamérica, en la configuración de la forma-Estado; viceversa, tampoco los juristas —salvo contadas excepciones (como más adelante se verá)— han profundizado en las falencias que genera la consideración singular de sus discursos y de las instancias de aplicación del derecho, apegados meramente al estudio interno de los ordenamientos jurídicos. El uso y las prácticas jurídicas alternativas del derecho que están surgiendo en América Latina no provienen de quienes reflexionan sobre él en la forma tradicional, sino de aquellos juristas —abogados— que han comprendido los reclamos

de los movimientos sociales en la búsqueda de justicia social, por lo que dejan de acudir para la solución de sus conflictos al derecho y a los tribunales del Estado[2].

Ahora bien, será muy difícil hacer aquí un análisis pormenorizado acerca de cómo el fenómeno de la independencia judicial se manifiesta en todos los Estados latinoamericanos. Por otra parte, si dicho fenómeno se alimenta esencialmente con los mecanismos que se emplean para la selección de los jueces, la tarea sería aún más compleja, pues estaría obligado a entrar en cada uno de los sistemas nacionales activos en los respectivos países y detinados a configurar sus diferentes cuerpos judiciales. Pero estos no son los objetivos del presente trabajo. El análisis que aquí se pretende exponer más bien se orienta a rescatar las características generales que emergen de aquellos aspectos centrales de la cuestión judicial latinoamericana, para luego extraer de ellas algunas conclusiones que permitan poner al descubierto las ideologías que guían la administración de justicia en el continente.

Por consiguiente, en una visión panorámica, conviene tomar los sistemas de los tres países de los extremos y el centro continentales para recoger aquellas características que luego se verán esparcidas, con matizaciones, por las demás organizaciones judiciales de la región. Argentina, México y Brasil constituyen ejemplos típicos de organización piramidal de sus administraciones de justicia, teniendo en cuenta que sus respectivas jurisdicciones de provincias o Estados confederados se configuran del mismo modo que las federales y estas, a su vez, reproducen el modelo anglo-norteamericano con una Corte Suprema en la cúspide de la pirámide a la cual se le exige que en parte cumpla un papel que, por ejemplo en el modelo francés, se le atribuye al Ministerio de Justicia.

La organización judicial se basa entonces sobre la Corte Suprema, y los constitucionalistas han pensado siempre que la independencia de la magistratura depende esencialmente de la de los jueces (ministros) que integran ese alto tribunal. El sistema norteamericano de designación política con un cierto control (nombramiento por el Ejecutivo con acuerdo del Senado) está en vigor en los tres grandes países. Pero otro numeroso grupo de Estados ha preferido evitar cualquier intervención del ejecutivo y confía al Parlamento la elección de los jueces de la Corte Suprema, pensando que de este modo se alejan las interferencias de factores políticos. Si la República Dominicana, Bolivia, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Uruguay y Venezuela han seguido ese tipo de sistema tampoco han asegurado mejor que los otros la independencia judicial, pues la inestabilidad institucional y la frecuencia de interrupciones a la legalidad constitucional como rasgo principal de todo el continente —salvo muy contadas excepciones— han burlado la salvaguardia de toda independencia judicial. Por lo demás, si la cláusula de inamovilidad de los jueces es ciertamente la más importante de las garantías que se adoptan en su selección y nombramiento, el hecho ya comprobado por LAMBERT en 1963 de que entonces

[2] Tal uso y prácticas alternativas del derecho tienen un interesante reflejo en la actividad de grupos de juristas orientados a tales fines. Un marco de expresión de tales manifestaciones se encuentra en el Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, con sede en Santa Fe de Bogotá y en sus diversas publicaciones, siendo la más difundida *El otro derecho*, de Edit. Temis, Bogotá.

en catorce países regían sistemas de nombramiento temporal de los jueces de la Corte Suprema y en algunos el mandato era por cierto breve (a veces menor que el del presidente de la república), revela que la independencia judicial en el cuadro de la teoría de la separación de los poderes es más un mito que una realidad en Latinoamérica. Pero, de todos modos, y como además ese fenómeno no solo se observa en el ámbito de las cortes supremas, sino también respecto de los demás jueces federales y nacionales, conviene analizar algún caso concreto para hacer patente la carga ideológica con la que se sostiene ese mito en Latinoamérica. El caso de la República Argentina es sin duda el más útil a tal fin, sin perjuicio de atender a otros también.

2) La elección del caso argentino para poder analizar la realidad de los dos aspectos centrales a la cuestión judicial latinoamericana, como lo son los de la *independencia judicial* y el de la *selección de los jueces* no obedece a un capricho. Existen motivos para escogerlo; entre ellos aparecen no solo las vicisitudes que han particularmente rodeado la estructura y la vida de la organización judicial argentina en relación con los cambios a que se han visto sometidas las instituciones políticas, sino que también deben destacarse algunos fenómenos como el protagonismo asumido por jueces y fiscales en tiempos recientes a raíz de sucesos de carácter político. Por último, existe el más sencillo motivo personal de un mejor conocimiento de la cuestión sobre la cual me he explayado reiteradamente.

2.1) La Constitución argentina y la llamada ley de "Organización de la Justicia Nacional" (dec./ley 1285/58, ratific. por ley 14.467 y posteriores modificaciones), prevén un sistema bastante *sencillo*, por una parte, y eminentemente *político*, por la otra, para la selección (o elección) —reclutamiento, nombramiento, promoción y remoción— de los jueces federales y nacionales que, en diversas composiciones, integran los juzgados de la instancia, los tribunales o cámaras colegiados de 2ª instancia, y hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Cuando digo "sencillo" me refiero obviamente a las condiciones requeridas para ser juez de la Corte Suprema y de los llamados "tribunales inferiores" (art. 97 C. N. y arts. 4, 5, 6 y 7 de la ley de Organización de la Justicia Nacional, O. J. N.); mientras que, cuando digo "político", estoy únicamente recordando por ahora su origen, en tanto es el poder ejecutivo (PE) y complementariamente el Legislativo, los que permiten el nombramiento (art. 86, inc. 5° C. N.) y proceden a la remoción (arts. 45 y 51 C. N.) de los jueces que configuran el denominado "Poder Judicial de la Nación".

Es obvio que este sistema de elección de jueces federales y nacionales argentinos responde en un todo —al igual que en México y Brasil— a la primacía de los poderes políticos que constituyen el Estado argentino. Se ha pretendido, ciertamente, que la falta de legitimidad para ese poder judicial quedará en parte subsanada por la privilegiada intervención del ejecutivo y del legislativo en el nombramiento y remoción de los jueces, pues, ellos sí, como lo prevé la C. N., resultan elegidos —aunque de forma indirecta el presidente y el vicepresidente de la nación (arts. 81 y 85 C. N.)— por el voto popular (arts. 37 y 46 C. N., para diputados y senadores). Pero, también es obvio que este sistema ha generado graves problemas de *dependencia* o de *débil independencia* de la jurisdicción, como trataré de demostrarlo.

2.2) Existe en Argentina una larga tradición que ha procurado dar rango de auténtico poder del Estado al judicial, intentando ubicarlo en el mismo nivel de autonomía de la que gozan el ejecutivo y el legislativo. Aquí no haré ni siquiera una síntesis de tal tradición pues, por otra parte, ya la he hecho en otras ocasiones [cfr. BERGALLÍ, 1984a, 1984b, 1984c, 1984d]. Y si bien mi resistencia a reconocerle al judicial esa naturaleza arraiga en una de las dos grandes tesis actuales que los teóricos del Estado contemporáneo han elaborado para interpretar la antigua tesis del poder tripartito expuesta por MONTESQUIEU, quizá ella pueda entenderse como un *ex abrupto*. Pero ocurre que dicha tesis, seguida por los teóricos del Estado liberal, también necesitó y ha sido interpretada desde dos grandes corrientes: la que, al tiempo que verifica la superación de los límites impuestos por la teoría de la división de poderes, a raíz de la presencia de nuevas dinámicas sociales, piensa que ya son necesarias nuevas articulaciones institucionales; y la que, a raíz de la pérdida de vigor de la separación de los poderes encuentra un nuevo sostén para el Estado en la llamada "soberanía popular", concepto este que suministra una lógica unificadora para todas ls expresiones de los poderes estatales, incluido el judicial [cfr., por todos PIZZORUSSO, 1982, págs. 58 y ss.].

Desde este último punto de vista se alega una substancial recomposición posible en la hipótesis de la unidad del comando popular y esta manera de ver es quizá la que permite interpretar muchas de las transformaciones por las que están pasando los cuerpos judiciales de los países post-industriales. No obstante, es muy importante resaltar aquí que, pese a toda esta dinámica que ha sacudido las rígidas concepciones en torno a la ubicación de la administración de justicia en el esquema institucional; que ha alterado la vieja imagen de los jueces por sobre la sociedad y que ha otorgado a estos una nueva representación social en el cuadro de los aparatos estatales, haciéndolos portadores de valores emergentes, la actividad jurisdiccional sigue encontrando sus mejores puntos de apoyo en el marco del Estado de derecho.

No obstante lo dicho, sigo pensando que mi resistencia a reconocerle verdadera naturaleza de poder a la rama jurisdiccional del Estado argentino y fuera del plano teórico, se apoya sobre unos hechos (y aquí se constata la necesidad de observarlos según los instrumentos de esa parte de la sociología jurídica que se conoce como *sociología de la justicia*) que creo haberlos ilustrado ampliamente en trabajos anteriores y que son suficientemente veraces como para confirmarla a través de la práctica real de la jurisdicción en Argentina y en otros países latinoamericanos.

2.3) Me refiero, por una parte, a decisiones de la Corte Suprema de Justicia, pronunciadas en críticas opurtunidades, mediante las cuales se prestó una legitimación a regímenes *de facto* instaurados con el empleo de la fuerza militar. Por otra parte, recuerdo decisiones del poder político que directamente avanzaron sobre el máximo tribunal argentino para obtener su adhesión. Y, por último, mencionó verdaderas intervenciones de fuerza para "deshacerse" de jueces incómodos, como ocurrió en Colombia en noviembre de 1985, en el Palacio de Justicia de Bogotá.

2.3.1) Así puede afirmarse que la jurisdicción confirmó la intervención golpista en la República Argentina y no fue nada casual, en consecuencia, que luego de

semejantes actitudes de la Corte Suprema de Justicia la propia forma-Estado de derecho quedará más tarde como una mera expresión de deseos.

El máximo tribunal argentino había seguido una tradición de la jurisprudencia norteamericana, conocida como doctrina de las *political questions* por la cual, según el clásico principio de la división de poderes —que se presenta como eje central del diseño constitucional norteamericano—, "las cuestiones políticas no están sujetas al conocimiento judicial". La naturaleza de semejantes cuestiones fue detenidamente examinada por los constitucionalistas nacionales, y yo mismo me ocupé de ellas hace unos años [cfr. BERGALLI, 1984a cit., págs. 64-74].

Lo que aquí importa destacar es la abstracción que semejante doctrina imponía a los tribunales de justicia para intervenir en situaciones de índole política. De tal modo, esto traducía —particularmente para la justicia federal y la Corte Suprema, dadas la estructura constitucional y la organización judicial argentinas— una total prescindencia en las alternativas que eventualmente pudieran rodear el juego de los poderes políticos. No obstante, en 10 de septiembre de 1930 y en 5 de julio de 1943 —ante los golpes de Estado producidos por los movimientos de días anteriores a esas fechas—, la Corte Suprema —con diferentes composiciones— adoptó sendas decisiones (expresadas mediante las respectivas "Acordadas") con las cuales atribuyó, por lo tanto, en forma espontánea y sin requerimiento institucional alguno, una legitimidad a los gobiernos militares impuestos por aquellas asonadas castrenses que así habían destituido a los que hasta entonces tenían toda la legalidad democrática a su favor (presididos por Hipólito Yrigoyen y Ramón S. Castillo, respectivamente), aun cuando pudiera imputárseles defectos en el ejercicio de sus funciones.

Tales decisiones, más allá de su significado de cambio histórico en la posición de la Corte Suprema —cuya valoración se descuenta pero excede los límites de este análisis—, lo que hicieron fue desplazar a los magistrados de ámbito federal y nacional de su naturaleza *de jure* a otra *de facto*, pues al dejarse de lado la Constitución, que exige otro tipo de legitimación para el ejecutivo, ellos perdieron su legitimidad institucional [v. PÉREZ GHILHOU, 1983, con bibliografía ilustrativa]. Esto que ocurrió de la forma descrita en aquellas ocasiones, volvió a repetirse posteriormente, aunque con diferencias de hecho e institucionales, en las siguientes interrupciones de la legalidad constitucional de los años 1955, 1966 y 1976. Así fue como el reiterado reconocimiento posterior a los "golpes" de la "nueva" legalidad otorgado por los jueces, sus nombramientos y promociones al margen del sistema previsto por la Constitución (art. 86, inc. 5° C. N.) y el desconocimiento total o parcial de esta por los poderes ejecutivos provisionales, en muchos de sus aspectos pero especialmente en el de las garantías individuales, pusieron a la administración de justicia argentina en las condiciones *de facto* que todos los demás aparatos del Estado.

Una situación como la descrita, por la que reiteradamente ha pasado la clase judicial argentina en diferentes etapas, no fue esporádica ni casual. Comenzó en 1930 y se ha prolongado, con algunas breves intermitencias, por lo menos hasta 1983. Es verdad entonces que los vaivenes característicos del régimen político-ins-

titucional, a lo largo de cincuenta y tres años en los cuales una plena legalidad rigió en cortos períodos, colocaron a la clase judicial en situación de inestabilidad casi permanente. Con ello, la necesaria independencia para que la jurisdicción funcione como verdadero poder del Estado argentino se vio aún más debilitada de lo que siempre estuvo, en razón del propio esquema previsto para ella por la Constitución y por virtud de la primacía que los poderes políticos poseen en el proceso de selección, nombramiento, promoción y remoción de los jueces.

2.3.2) Por lo demás, mi resistencia a aceptar la tradición que otorga naturaleza de auténtico poder del Estado a la rama jurisdiccional se apoya en los propios comportamientos que los magistrados han brindado, a veces corporativamente. En efecto, las muestras de sometimiento que ha dado el cuerpo judicial —dejando aquí obviamente a salvo el caso de muchos jueces que, individualmente, dieron pruebas de autonomía de criterio en repetidas oportunidades, actuando con competencia e integridad frente al autoritarismo—, sobre todo en períodos *de facto*, agravadas en el último tiempo de irracionalidad y barbarie entre 1975 y 1983, han revelado la escasa independencia con que la jurisdicción actuaba en el país lo que, por su parte, generó un gran descreimiento ciudadano y su deslegitimación institucional.

El reiterado ejemplo de los *habeas corpus*, presentados por millares y rechazados sin alguna o con escasa investigación, durante los ocho años de agudo terrorismo estatal, constituye la prueba terminante de aquel sometimiento. Así lo enfatizó el propio *Informe* de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), cuando puntualizó:

"Así fue que, el mismo día del golpe de Estado, se cambió la composición del Poder Judicial a nivel de la Corte Suprema, del Procurador General de la Nación y de los Tribunales Superiores de Provincia, al propio tiempo que se puso «en comisión» a la totalidad de sus otros miembros. Todo juez, para ser designado o confirmado, debió previamente jurar fidelidad a las actas y objetivos del «proceso» liderado por la junta militar. A partir de allí la actividad judicial adoptó un perfil harto singular.

"Señalada por la Ley Suprema de la Nación como amparo de los habitantes contra los desbordes autoritarios, cohonestó la usurpación del poder y posibilitó que un cúmulo de aberraciones jurídicas adquirieran visos de legalidad. Salvo excepciones, homologó la aplicación discrecional de las facultades de arresto que dimanan del estado de sitio, admitiendo la validez de informes secretos provenientes de los organismos de seguridad para justificar la detención de ciudadanos por tiempo indefinido. E, igualmente, le imprimió un *trámite meramente formal al recurso de 'habeas corpus', tornándolo totalmente ineficaz* en orden a desalentar la política de desaparición forzada de personas. El poder judicial, que debía erigirse en freno del absolutismo imperante, devino en los hechos en un simulacro de la función jurisdiccional para cobertura de su imagen externa...

"Hubo, sin embargo, jueces que, dentro de las tremendas presiones sufridas por la situación reinante, cumplieron su función con la dignidad y el decoro que se esperaba de ellos. Pero también es real que hubo quienes, teniendo el deber

jurídico de proteger a las personas y a sus bienes, dejaron de hacerlo; quienes pudiendo limitar el abuso de las detenciones arbitrarias avalaron la aplicación de verdaderas penas sin juicio previo; y quienes, por fin, con su indiferencia, exhibieron una conducta cómplice con los secuestros y las desapariciones. La población llegó a presentir que era inútil recurrir al amparo judicial para preservar sus derechos esenciales. La situación creada alcanzó tal notoriedad y difusión en la comunidad internacional, que un tribunal suizo negó la extradición de cinco argentinos, a pesar de cumplirse todos los demás requisitos del respectivo tratado, fundando su decisión en razones de inseguridad para la vida de los delincuentes que debían extraditarse". [V. CONADEP, 1984, págs. 391-2]. (Las cursivas han sido agregadas al original).

Por todo ello, causan perplejidad las afirmaciones emitidas por magistrados que, en tiempos de democracia, olvidando sin duda su participación anterior en administraciones de justicia *de facto* aunque cumpliendo de forma relevante su función en el Estado de derecho, pueden ser interpretadas como coberturas de las tareas desempeñadas por ellos mismos durante la dictadura. En efecto, se les preguntó:

(Periodista) "Hay declaraciones suyas que me han llamado la atención. Usted dijo una vez que había empezado a conocer la realidad de la Argentina de los últimos años al encargarse del juicio. Y, ¿qué pasó con los *habeas corpus* en favor de los desaparecidos, que jamás prosperaron durante esos años?". Y el entrevistado respondió:

(Entrevistado) "Por aquel entonces, al menos en los primeros años del régimen, fui juez. Los *habeas corpus* se presentaban y las autoridades negaban la existencia de detenidos o secuestrados. ¿Qué podíamos hacer nosotros? ¿Qué podía hacer un juez? ¿Allanar la Escuela Mecánica de la Armada? ¿Decir, entrégueme al detenido? Todo esto suena a fantasía". [V. STRASSERA, 1986].

Para entender mejor las respuestas del entrevistado, que se acaban de transcribir, conviene hacer presente que el Dr. Julio C. Strassera, fiscal ante la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital, entonces, dictaminó luego sobre la llamada "ley de obediencia debida" que esta no era inconstitucional [v. DUHALDE, 1987). Ciertamente, al abandonar ese cargo judicial, fue nombrado por el gobierno del Dr. Raúl Alfonsín como embajador ante los Organismos de Derechos Humanos en Ginebra, puesto en el que fue confirmado por el presidente Carlos S. Menem; recientemente, abrumado por los indultos dictados respecto de los mismos excomandantes militares cuyas condenas él mismo había solicitado ante aquel tribunal federal, acaba de dimitir como representante diplomático argentino.

Sin embargo, tantas o más perplejidades que las declaraciones antes transcritas provocan las decisiones de la jurisdicción y, en este sentido, me remito a la ya famosa sentencia de 9 de diciembre de 1985, emitida respecto de los nueve comandantes integrantes de las tres primeras juntas militares que ocuparon por la fuerza el Estado argentino desde el 24 de marzo de 1976. La Cámara Federal en lo Criminal y Correccional que emitió tal sentencia estuvo integrada por algunos conspicuos funcionarios judiciales que durante el régimen militar anterior ocuparon puestos

relevantes bien en la justicia ordinaria, bien en la federal, bien en la Procuración de la Nación (órgano máximo del ministerio público en Argentina), y hasta en la propia Corte Suprema de Justicia (secretario de esta, en la dictadura, fue el presidente de esa Cámara Federal, Dr. Andrés D'Alessio). Por ante todas estas instancias jurisdiccionales se tramitaron los *habeas corpus* de que se habla, y los integrantes de aquellas habían obviamente prestado juramento a sus cargos por la "nueva" legalidad (según lo establecía entonces la "ley" 21.258, impuesta desde el Ejecutivo por sus ocupantes *de facto*), muy diferente del que prescribe la Constitución argentina (art. 98). No obstante, el gobierno democrático del Dr. Alfonsín promovió a todos esos funcionarios para integrar la Cámara Federal aludida de la que emanó la sentencia aludida. Esta, por cierto lenitiva y ambigua como fue cuestionada [cfr. BERGALLI, 1985], fue la que preparó —a partir de su punto 30— la hipótesis de obediencia debida como causa de inculpabilidad o justificación, paulatinamente luego instrumentalizada hasta llegarse a las tesis exculpatorias de casi toda la jerarquía castrense y de seguridad mediante la aplicación de la respectiva ley que sancionara el Congreso el 30 de mayo de 1987 y que fuera promulgada con el núm. 23.521.

2.3.3) Si se pudiera hacer un análisis estadístico de los nombramientos de magistrados judiciales realizados en los períodos *de facto* de la historia institucional argentina, seguramente podría comprobarse el mayor número de ellos en relación con los efectuados en las épocas en que la Constitución rigió de pleno. De tal modo, se comprobarían las facilidades que el sistema de elección de jueces que rige en Argentina ha dado para que los ejecutivos provisionales intervinieran —entonces ya sí, sin la mínima participación del Senado (por las clausuras del Congreso en esas épocas) y, por ende, sin ningún control popular— en la supuesta independencia que se atribuye al denominado "Poder Judicial". Ello así, pues la facultad con que el art. 86, inc. 22, C. N. inviste al presidente de la nación para llenar las vacantes de los empleos que requieren el acuerdo del Senado y que ocurran durante su receso, por medio de nombramientos "en comisión" que expirarán al final de la siguiente legislatura (la Constitución habla naturalmente de los recesos ordinarios y no de los impuestos por los regímenes *de facto*[3]), de la cual, como he dicho, los ejecutivos provisionales han hecho largo uso, solo ha prolongado la interinidad del juez, que queda a la espera de que se produzca la recuperación del Estado de derecho para alcanzar la convalidación, que llegará por medio de una nueva propuesta del ejecuti-

[3] Muy recientemente se ha podido constatar en Argentina el empleo de este sistema para cubrir unas vacantes en la justicia federal y nacional, aunque ese procedimiento fue abiertamente repudiado por un buen sector de la propia clase judicial al haber dado el poder ejecutivo un uso instrumental y desprolijo de la facultad que le otorga la Constitución Nacional para designar a magistrados durante los recesos legislativos ordinarios. En el caso de que se habla, que se conoce como el "decretazo", pese a la resistencia de algunos tribunales colegiados que debían recibir el juramento de los 14 jueces propuestos mediante decreto del ejecutivo encabezado por el Dr. Carlos S. Menem, la Corte Suprema avaló ese procedimiento no obstante que las vacantes databan de fechas anteriores a la finalización del período ordinario de sesiones del Legislativo (v. "Los camaristas rechazaron a jueces nacidos del «decretazo» y «la Corte y el decretazo»", en pág. 12 del 17 y 20 de noviembre de 1990, respectivamente, Buenos Aires).

vo constitucional y el acuerdo senatorial. Pero, también y antes, esos nombramientos "en comisión" lo que hacían era favorecer el necesario "amiguismo" o imprescindible confianza con los personeros del régimen *de facto* para que durante la vigencia de este el eventual candidato pudiera ser nombrado.

La historia judicial argentina, particularmente la de los últimos sesenta años, está cargada de las tensiones y de los apremios corridos por quienes se consideraron aspirantes a jueces. Producidos los golpes de Estado, el juez debe buscar el "contacto" con la Secretaría de Justicia para alcanzar finalmente la promoción en la jerarquía jurisdiccional o para evitar ser desplazado por un substituto también nombrado *de facto*. Recuperada la vigencia de la Constitución, intenta hallar el amigo político influyente que le asegure la propuesta del ejecutivo y el posterior acuerdo del Senado a fin de mantener la estabilidad en el cargo o le procure el ansiado nombramiento. Semejantes ajetreos han dejado a la clase judicial argentina, en todo este tiempo, verdaderamente expuesta, por una parte, a las presiones que pudieran venir del campo político o del militar y, por otra, obligada a formar algunas de las distintas "familias" o aristocracias judiciales con influyentes conexiones sobre aquellos estamentos; pero, de una u otra forma, en condiciones muy precarias para que la jurisdicción pudiera mantener una cierta independencia.

2.3.4) En materia de decisiones del poder político que han revelado un avance sobre la administración de justicia, al punto de dejar vulnerado el principio de la independencia judicial, se recuerda siempre en Argentina la iniciativa del ejecutivo encabezado por el general Juan D. Perón de promover el juicio político (arts. 45 y 51, C. N.) a los integrantes de la Corte Suprema, después de haber asumido el gobierno gracias al triunfo en las elecciones de 1946. La integración de ese alto tribunal provenía de la composición de sus cinco miembros, llevada a cabo en períodos políticos anteriores, lo cual podía hacer presumir que las decisiones que adoptara fueran contrarias al espíritu de los cambios que se proponía realizar el gobierno peronista. Pero, según se afirma, entre Perón y la Corte Suprema había ciertas "cuentas pendientes", pues la última había anulado algunos decretos del gobierno *de facto*, anterior a las elecciones, que también había integrado Perón, poniendo en tela de constitucionalidad de la Secretaría de Trabajo y Previsión, que había estado a cargo de aquel.

Como ha escrito FÉLIX LUNA [1972, pág. 45], "El alto tribunal, compuesto por juristas de mentalidad liberal, no podía convivir con el nuevo régimen y era previsible que de algún modo sus integrantes quedarían desplazados. Pero la forma en que se los removió fue torpe e hipócrita. En octubre de 1946 se inició el juicio político contra cuatro de los cinco miembros de la Corte, con pretextos que no convencieron a nadie.

Destituidos después del juicio constitucional de rigor, sus vacantes fueron cubiertas con magistrados que desde ese momento pusieron al alto tribunal al servicio de los propósitos del gobierno, no tanto en sus decisiones jurisprudenciales como en actos formales de servilismo que pronto los desconceptuaron ante la opinión pública". Por lo demás, el hecho mismo del juicio político a los jueces de la Corte

Suprema ha sido inscrito por otros autores dentro del marco de una estrategia que incluía, asimismo, la disolución de otros centros o instituciones en los que se concentraban grupos de opinión contraria a los designios políticos de Perón. Así ocurrió con la intervención en la autonomía de la Universidad Nacional, con la disolución de asociaciones de empresarios y la creación de la Confederación General de Empresarios, etc. [v. LAÍNO, 1985, pág. 87].

Pero, indudablemente, el ejemplo más reciente de actitudes políticas contrarias al principio de la independencia judicial, estuvo constituido por la modificación del número de integrantes de la Corte Suprema de Justicia. El aumento de los componentes de este tribunal ha sido desde hace mucho un asunto que ha recibido diversas consideraciones; durante otros gobiernos constitucionales se llevaron a cabo iniciativas en tal sentido, casi siempre fundadas en razones de mejor distribución de la tarea para lo cual siempre se pensaba en la división del tribunal en Salas con lo que, necesariamente, debía elevarse el número de los jueces. Incluso durante el gobierno del Dr. Alfonsín se propició una reforma con tal fin.

Sin embargo, fue a comienzos del mandato del Dr. Carlos S. Menem cuando una iniciativa semejante tuvo fuerte impulso. Habría que detallar numerosas alternativas que precedieron la propuesta oficialista de la ley pertinente para proceder a tal reforma, mas quizá sea suficiente destacar que ante el proceso de privatización de variadas actividades económicas a cargo del Estado argentino y, sobre todo, ante la política de indultos para los responsables militares por las violaciones de derechos humanos que se había anunciado y se inició, era presumible que la Corte Suprema fuera llamada a decidir en asuntos tan trascendentes. De hecho, en el período previo a la sanción de la ley que aumentaría el número de los jueces de la Corte de cinco a nueve, se produjo un sinnúmero de cuestionamientos públicos al comportamiento de algunos de los integrantes del tribunal, mientras el juez Jorge Bacqué, que tan respetables votos había formulado en fallos donde se convalidaba la obediencia debida como causa de inculpabilidad, optó por renunciar a su cargo.

Aprobada la ley e integrada la Corte Suprema con aquellos jueces que completaban el número de nueve, rápidamente el tribunal dio muestras de complacencia frente a asuntos en los que el gobierno nacional necesitaba una convalidación jurisprudencial. Fue así como, con la nueva composición, la Corte Suprema adoptó una doctrina hasta el momento jamás asumida y que contraría no solo una tradición por demás asentada, sino que además va contra la propia instauración del recurso extraordinario (ley 48) mediante el cual solo es posible abrir la vía hacia el conocimiento del alto tribunal, en un caso concreto. El denominado *per saltum*, aplicado por primera vez en la decisión acerca de las contrataciones por la venta de la compañía aérea estatal Aerolíneas Argentinas, señala el comienzo de una jurisprudencia que algunos ya tacharon de "adicta" por anticipado, durante la discusión del proyecto de ley de reforma de la Corte Suprema [v. discurso del senador SOLARI YRIGOYEN en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 29, IX, 1989], pues ella permite el avocamiento por el tribunal de ciertos asuntos que él considera necesarios de su conocimiento directo.

2.3.5) El caso extremo que aquí puede exponerse como demostración de los avances que el poder político ha realizado sobre la independencia judicial en Latinoamérica, creo que es el producido en Colombia con motivo de la ocupación del Palacio de Justicia, en Bogotá, por un grupo armado perteneciente a las que entonces eran fuerzas guerrilleras del Movimiento 19 de Abril (M-19).

El proceso de desnaturalización de la administración de justicia que viene padeciendo Colombia arraiga su origen en la instauración de un régimen político que ha sido considerado como uno de los factores decisivos en la prolongación de la *violencia* producida por la sociedad colombiana, por lo menos desde la muerte de Jorge Eliécer Gaitán el 9 de abril de 1948. Posteriormente se han ido agregando otros factores extraños al mencionado pero que, añadidos en su conjunto, han producido el cuadro tan deteriorado de convivencia civil que hoy se observa.

No obstante, muy serios estudios sobre la extracción sociológica de los miembros de la clase judicial colombiana, de sus procesos de formación, de la imagen que la sociedad se ha configurado de ellos, del uso y abuso de la excepcionalidad penal y el estado de sitio como modos de degradación del Estado de derecho, etc., han demostrado la inferioridad en que la jurisdicción se encontraba cuando la Corte Suprema —presidida por el insigne jurista ALFONSO REYES ECHANDÍA— decidió emprender investigaciones acerca de las violaciones de derechos humanos atribuibles a las fuerzas militares [cfr. BERGALLI, 1986]. Cuando el alto tribunal se encontraba estudiando estos graves asuntos, se produjo el asalto al Palacio de Justicia. La tremenda reacción desatada por las fuerzas armadas, que prácticamente calcinó a un número nunca determinado de ocupantes del edificio, también terminó con las vidas de veintidós jueces encabezados por el propio REYES ECHANDÍA, pese a que este hubiera reclamado al mismo presidente de la república, Belisario Betancur, que diera orden de interrumpir el ataque militar; las palabras de aquel quedarán grabadas para la historia de las responsabilidades compartidas por el poder militar y el poder político en Latinoamérica, respecto de una mancillada independencia judicial.

2.4) Lo que he expuesto hasta ahora se relaciona con la llamada *independencia* exterior a la propia estructura judicial y, en consecuencia, asimismo, con un sistema de elección de los jueces que la integran, que se instaura y actúa desde fuera de ella. Es decir que, desde instancias, instituciones y momentos ajenos al aparato judicial se producen los impulsos que tienden a su configuración. Pero es también en ellos donde anidan los elementos que a la postre generan su dependencia de otros ámbitos institucionales del Estado o de poderes fácticos y ajenos a los legitimados constitucionalmente.

Sin embargo, existen unos aspectos internos a la organización judicial que merecen una consideración pues son los que, asimismo, provocan obstáculos para que el fenómeno de la independencia también tenga una cara interior. Ellos se vinculan con la particular estructura piramidal que en general exhiben las administraciones de justicia latinoamericanas, pero que en la argentina tienen caracteres propios.

Dentro del aparato judicial, los niveles de vigilancia sobre el comportamiento de sus integrantes y la adhesión de sus decisiones a la ideología jurídica dominante están aseguradas por el reparto de competencias sancionadoras otorgadas a las instancias superiores. Estas aparecen investidas de la necesaria capacidad sancionadora para aplicar correcciones a los jueces "inferiores". La conservación de la disciplina está siempre en las manos de los tribunales de alzada que llegan a dictar incluso sus propios reglamentos, los cuales deben ser observados en el trámite de aplicación de sanciones.

Pero la forma más eficiente de controlar el comportamiento de los jueces y mantener la adhesión ideológica se manifiesta en la fuerza que los tribunales superiores ejercen para revisar las sentencias que no reflejan tal adhesión. En Argentina esto se complementa con el empleo de los llamados fallos "plenarios", adoptados por los tribunales colegiados con el fin de uniformar la jurisprudencia.

En la realidad, esta situación se ha convertido en una verdadera pérdida de la independencia de cada juez que, al imponérsele una manera de decidir, se encuentra limitado por esas instancias cuando ve que su criterio se aparta del "superior". De esta forma, el verdadero *Poder* Judicial que debería estar distribuido en la cabeza de cada miembro de la jurisdicción, se ha cristalizado en los diferentes tribunales de rango más elevado o, finalmente, en la Corte Suprema de Justicia a su vez aprisionada, como ya se ha visto, por los vaivenes de los regímenes de gobierno.

En consecuencia, quiero destacar aquí el valor y el peso que tienen las llamadas sentencias "plenarias" o simplemente "plenarios" emitidos por las cámaras de apelaciones; sobre todo, cómo están prescritas cuando, como se dijo, se dirigen a unificar la jurisprudencia de las distintas salas que componen el tribunal o para evitar sentencias contradictorias de los juzgados de la instancia como, asimismo, para fijar la interpretación de la ley aplicable a cada caso, siempre que la Cámara, o a iniciativa de cualquiera de sus salas, entendiera que es conveniente. De la lectura de la propia norma que impone reglas de interpretación a los jueces y los somete a una decisión ajena a la fundamentación de sus criterios de decisión, puede extraerse la conclusión de hasta qué punto está internamente limitada la independencia judicial en Argentina. En efecto, la mencionada OJN, en su art. 27, entiende que:

"La interpretación de la ley aceptada en una sentencia plenaria, es de aplicación *obligatoria* para la misma Cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales la Cámara que la pronuncie sea tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces de primera instancia o de Cámara dejen a salvo su opinión personal".

Una concepción tan severa e inflexible de la interpretación del derecho —como se esbozó al comienzo de este trabajo— contrasta visiblemente con todas las propuestas modernas y democráticas formuladas que pretenden concebir al derecho y la jurisprudencia como instrumentos revulsivos con el fin de afianzar una práctica juridicopolítica específica la cual, en función de nuevos criterios, más apegados a la realidad, tienda a la solución emancipadora de tensiones y contradicciones en aquellas formaciones sociales que pasan por un período de profunda crisis. La celosa uniformización de las decisiones de los tribunales que prescribe esta concepción de la interpretación

judicial del derecho —la cual, por cierto, proviene de la filosofía iuspositivista— ha impedido en Latinoamérica, pero como se ha visto especialmente en Argentina, que los jueces y en general los tribunales de justicia asumieran la necesaria conciencia acerca de la función política del derecho, de su interdependencia con las relaciones sociales, económicas y de su verdadera idoneidad como factor de cambio social [cfr. NOVOA MONREAL, 1983, esp. 39-44].

3) A esta altura de la exposición debería parecer evidente que una tentativa de solución a los numerosos obstáculos que se oponen para que el principio de la *independencia judicial* en Latinoamérica deje de ser un mito, ha de pasar principalmente por dos reformas. Una, que evidentemente atañe a las formas de la organización judicial, a su reubicación en la estructura de los aparatos del Estado, a la desburocratización y democratización interna de la propia pirámide jerárquica; y, otra, que se debe manifestar en la misma cultura de los jueces, en la cual debe comenzar a cambiar la propia autoimagen que ellos generan de sí, al mismo tiempo que su inserción real en los problemas y conflictos que llegan a su conocimiento los lleven a concebir el derecho que aplican como un instrumento de transformación social.

La experiencia europea muestra que esas reformas fueron posibles, por lo menos se han podido intentar, a partir de la configuración de un sistema que ha dado en llamarse como de *gobierno de la administración de justicia*. Sobre tal tipo de sistema hay múltiples estudios, y yo mismo los he descrito al tiempo de emitir una valoración crítica sobre él, en la perspectiva de una eventual aplicación a las organizaciones judiciales latinoamericanas [respecto de la experiencia de los gobiernos de la administración de justicia en Europa occidental, cfr. por todos, ZANCHETTA, 1987; respecto a América Latina, y en particular a Argentina, cfr. BERGALLI, 1984a, 1991, págs. 102-110].

Empero, para llegar a hacer realidad formas de auto o cogobierno de la justicia es imprescindible contar con que los propios integrantes de los cuerpos judiciales lleguen a realizar una toma de conciencia del papel que ellos mismos pueden cumplir en semejante transformación. La adopción de una identidad que los identifique con el ciudadano desprotegido que reclama su intervención para la solución del conflicto que lo aflige, solo puede alcanzarse si su compromiso llega a empeñarlo colectivamente con los demás compañeros que tienen una sensibilidad semejante. El nacimiento de un asociacionismo judicial que pretenda incidir como para participar en el logro de aquellas formas nuevas de organización de la administración de justicia, únicamente se legitima si está desprovisto de todo afán corporativo, pues, en la medida que una reestructuración de los aparatos se adecúe a las demandas que la sociedad le formula, es cuando más se justifica el compromiso de sus integrantes.

Esa clase de asociacionismo judicial y las corrientes democráticas que han orientado en Europa el movimiento colectivo de jueces y magistrados para librar batallas en el campo de las libertades civiles, constituyen un ejemplo en el cual deben observarse los colegas latinoamericanos. Es sabido que en muchos ámbitos ellos están más preocupados hasta por la propia salvaguardia; el riesgo físico y la misma pérdida de la vida son los peligros a que se ven expuestos muchos jueces latinoamericanos cuando se enfrentan a la corrupción de los políticos, al desmedido lucro de los empresarios, a la criminalidad organizada o al despiadado autoritarismo militar. Pero también otros se preocupan por no perder protagonismo y, con desprecio de los intereses sociales que les corresponde proteger, coquetean con el poder allí donde este se manifieste. El cambio de imagen que esto supone va en desmedro de la representación social que los jueces deben asumir, sobre todo en aquellas sociedades en que las creencias populares sobre el derecho y la justicia están muy deterioradas por los usos privilegiantes que de ambos se ha hecho o demasiado mediatizadas por los discursos demagógicos.

La lucha por unas sociedades más justas, donde todos los derechos humanos estén protegidos, comenzando por el derecho a la vida, y el logro de formas de gobierno auténticamente democráticas, son aspiraciones con las cuales los jueces deben colaborar. Pero solo pueden hacerlo si el instrumento jurídico que van a emplear se aplica desde una organización abierta al conocimiento de los ciudadanos. Una forma de alcanzar esta meta es que en los órganos de gobierno para la administración de justicia que deben crearse en Latinoamérica, debe contemplarse no solo una adecuada representación de los propios jueces y magistrados, junto a la del poder legislativo, sino que asimismo deberá tenerse en cuenta la necesidad de que otras fuerzas sociales —como las universidades, los sindicatos de trabajadores y empresarios— puedan hacer oír su voz aunque sea desde fuera de la composición institucional de tales órganos. De aquí salen los conceptos de auto o cogobierno que, por ahora, han tenido una incipiente aparición, con vida muy efímera o tan solo como propuestas a legislar [así fueron los casos que, en Venezuela primero y luego en Colombia, no llegaron a alcanzar el nivel de funcionamiento [cfr. CHIOSSONE 1980 y NEMOGA SOTO, 1987, respectivamente].

Por último, las reflexiones y propuestas que se acaban de emitir únicamente pueden discutirse si se aceptan los precedentes que han dado origen a todas ellas. Tales precedentes se encuentran insertos en el desarrollo histórico de una cuestión judicial latinoamericana, la cual, por sus especificidades propias de formaciones sociales dependientes en lo económico ha hecho del derecho, de los discursos jurídicos y de sus organizaciones judiciales, instrumentos idóneos para profundizar la dominación y la hegemonía política [cfr. BERGALLI, 1990]. Es hora, entonces, de que los jueces latinoamericanos asuman la carga de la transformación reclamada y dejen de ser transmisores de unas ideologías jurídicas y judiciales que la impiden.

BIBLIOGRAFÍA

BARATTA, A.: *La jurisprudencia y la ciencia jurídica como fuente del derecho*, en Anuario de la Facultad de Derecho-Estudi General de Lleida, "Las fuentes del Derecho", eu Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 1983.

BARCELLONA, P.: *I soggetti e le norme*, coll. per la storia del pensiero giuridico moderno 16, Milano, Giuffrè editore, 1984.

BERGALLI, R.: *La instancia judicial*, en R. BERGALLI et al., "El pensamiento criminológico", vol. II: Estado y Control, col. Homosociologicus 29, Península, Barcelona, 73-94. Hay coedición latinoamericana, Bogotá, Edit. Temis, 1983.

BERGALLI, R.: *Estado democrático y cuestión judicial*. (Vías para alcanzar una auténtica y democrática independencia judicial), Buenos Aires, Depalma, 1984a.

BERGALLI, R.: *Independencia, autogobierno y asociacionismo de los jueces por una práctica judicial alternativa*, en O. OSZLAK (comp.) "Proceso, crisis y transición democrática/1", Buenos Aires, Biblioteca Política Argentina 45, Centro Editor de América Latina, 1984b, págs. 69-101.

BERGALLI, R.: *La estructura judicial en América Latina*. (Bases para una necesaria organización democrática de la administración de justicia en América Latina desde la cuestión argentina), en G. RUSCHE y O. KIRCHHEIMER, "Pena y estructura social", Bogotá, Edit. Temis, (trad. E. García Méndez), col. Pensamiento Jurídico Contemporáneo, 1984c, XVII-XLIV.

BERGALLI, R.: *El Estado democrático y la cuestión judicial: el caso argentino*, en "Afers Internacionals", CIDOB-Barcelona, primavera núm. 3, 1984d, págs. 47-77.

BERGALLI, R.: *Argentina: aspectos de una sentencia y sus repercusiones*, en "Afers Internacionals", CIDOB-Barcelona, tardor-hivern núm. 7, 1985, págs. 121-124. Ha aparecido en italiano, con el título *L'obedienza dovuta* (Argentina: la sentenza contro i membri delle giunte militari), en "Antigone-Bimestrale di critica dell'emergenza", il Manifesto anni '80, Roma, págs. 38-39.

BERGALLI, R.: *El poder y los jueces latinoamericanos* (Los modelos argentino y colombiano), en "Afers Internacionals", CIDOB-Barcelona, primavera núm. 8, 1986, págs. 49-61.

BERGALLI, R.: *Jueces y justicia en Latinoamérica*. (Un aspecto de la sociología del control penal), en L. ANIYAR DE CASTRO (ed.), "Criminología en América Latina", serie Criminología en los países en desarrollo, Roma, UNICRI, 1990, págs. 71-90.

BERGALLI, R.: *Selección de jueces y autogobierno de la administración de justicia*, en R. BERGALLI (ed.), "Sociología del control penal", Oñati Proceedings (en prensa), Instituto Internacional de Sociología Jurídica, Oñati (Gipuzkoa), 1991.

CONADEP: *Nunca más*, Informe de la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas, 4ª ed., EUDEBA, Buenos Aires, diciembre, 1984.

DE GIORGI, R.: *Scienza del diritto e legitimazione*, De Donato, Bari.

DUHALDE, E.: *Strassera: La estatura del hombre*, en: Madres de Plaza de Mayo, año III, núm. 32, julio, Buenos Aires, 1987, pág. 7.

LAIÑO, F. H.: *De Yrigoyen a Alfonsín* (Relato de un testigo del drama argentino), Buenos Aires, Plus Ultra, 1985.

LAMBERT, J.: *Amérique latine*, Paris, Presses Universitaires de France. Hay versión en italiano (trad. S. De Sanctis), "L'America latina", Roma, Editori Riuniti, 1966.

LUNA, F.: *De Perón a Lanusse, 1943/1973*, Barcelona, Biblioteca Universal Planeta, Panorama 8, 1972.

PÉREZ GHILHOU, D.: *Los jueces de facto - Amnistía política*, Temas de controversia constitucional, Buenos Aires, Depalma, 1983.

PICARD, E.: *Come progredire rimanendo immobili?* (Riflessioni sullo stato della magistratura in Francia), en P. L. ZANCHETTA (a cura di), "Governo e autogoverno della magistratura nell'Europa occidental", Quaderni di'Questione Giustizia, Milano, Franco Angeli, 1987, págs. 51-73.

PIZZORUSSO, A.: *Ordinamenti giudiziari, forme di governo, realtà politiche*, en P. L. ZANCHETTA (a cura di), 1987, *op. cit.*, págs. 159-175.

SMIRNOV, L. N.: *La Côur Supreme de l'Union des Républiques socialistes sovietiques*, en P. BELLET y A. TUNC, "La Côur judiciaire supreme", Paris, Economica, 1978, págs. 373 y ss., esp. 380.

STRASSERA, J. C.: *Mi deseo es que nada quede impune*, Texto: S. Palacio, en *La Vanguardia* (Revista semanal), 19 enero, Barcelona, 1986, págs. 6-11.

WIETHÖLTER, R.: *Rechtswissenschaft*, Frankfurt, Fischer, 1968, a. M.

ZANCHETTA, P. L.: (a cura di), *Governo e autogoverno della magistratura nell'Europa occidentale*, Quaderni di 'Questione Giustizia', Milano, Franco Angeli, 1987.

Jueces, Constitución y Estado de derecho hoy*

*Perfecto Andrés Ibáñez***

G. RADBRUCH, en su excelente y hoy clásica *Introducción a la ciencia del derecho*, recordaba la fábula judicial del molinero Sanssouci, al que Federico II habría preguntado: —"¿No sabes que yo podría cogerte el molino sin compensación ninguna?", para recibir la ya mítica respuesta: —"Sí, de no existir tribunales en Berlín".

Pero lo cierto es que recogía también la historia verdadera, esto es, "la del molinero Arnold (1780), en cuyo asunto el rey sustituyó la sentencia del tribunal; que se le antojó injusta, por una decisión o acto de fuerza y envío al diablo a los jueces que la habían dictado, colmándolos de improperios y desprecios"[1].

El episodio que se reporta como auténtico, con el contrapunto de su reelaboración literaria, más allá de la anécdota, o precisamente en la anécdota, ambos en su relación, expresan muy gráficamente la realidad de una tensión entre el modelo ideal y la forma de existencia efectiva de la administración de justicia, que recorre la historia moderna de la institución y está asimismo en su peripecia actual.

Efectivamente, la evolución doctrinal y práctica que lleva de la justicia de gabinete al poder judicial se encuentra especialmente marcada por la contradicción. Así, es bien paradójico que un significativo apunte histórico de *independencia judicial* frente al poder político —es el caso de los *Parlements* franceses— tuviera que producirse por

* Ponencia presentada al "Primer Seminario Internacional sobre la independencia judicial en Latinoamérica", celebrado en Buenos Aires (Argentina), en marzo de 1991.

** Magistrado español, militante de la asociación *Jueces para la democracia*.

[1] G. RADBRUCH, *Introducción a la ciencia del derecho*, trad. de L. Recasens Siches; prólogo de F. de los Ríos, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1939, págs. 146-147.

una vía tan singular como la patrimonialización de la función de juzgar, fuera hecha posible por la venalidad de los oficios. Como paradójico resulta también que un punto de referencia central del concepto actual de la institución, cual es la aportación de MONTESQUIEU, se nutra de preocupaciones propias de la sociedad estamental.

Esos ingredientes de paradoja, e incluso de contradicción, afloran también hoy en la tensión que evidentemente se da entre la justicia como aparato de control y como tal sometido a la lógica del poder, y la justicia, al mismo tiempo, órgano y función de determinados principios de libertad y en esa dimensión dotada de ciertas garantías frente al poder, de cierta dimensión de *contra-poder*.

Nada autoriza, sin embargo, a inferir que la permanencia de esas constantes de problematicidad, en lo que toca a la jurisdicción, puede ser sugestiva de una cierta intemporalidad de los problemas.

Y es que, en efecto, la experiencia práctica y la reflexión teórica han contribuido a producir significativos cambios de inflexión en el modo actual de discurrir sobre esos lugares comunes. Voy a detenerme en algunos de ellos que considero de particular interés, tomando como punto de referencia, y naturalmente de forma esquemática, algunas vicisitudes del poder judicial en la transición a la democracia en España. Un *poder judicial* que sale de la experiencia constituyente fortalecido en su significación institucional, después de una larga etapa de *administración de justicia* como pura articulación del ejecutivo.

En la peripecia española de estos últimos años cabe registrar un dato que me parece digno de reflexión. Es la preocupación suscitada en algunos medios políticos y en ciertos sectores de la opinión pública por una cuestión que ya había dejado de ser polémica: la legitimación del poder judicial.

En efecto, la Constitución había asumido sin particular debate el tradicional sistema de selección de jueces exclusivamente fundado en la acreditación de un bagaje técnico jurídico.

Sin embargo, a raíz de la victoria electoral del partido socialista, en 1982, la legitimidad político-democrática de la magistratura para ejercer su función comenzó a ser cuestionada.

Se dijo por cualificados exponentes de la entonces reciente mayoría parlamentaria, que ello obedecía a la falta de coherencia entre los valores encarnados por esta última, representativa de la gran mayoría del pueblo español, y los expresados por los jueces, que, naturalmente, no debían a las urnas su acceso a la función.

Podrían citarse algunos asuntos ilustrativos de la realidad de ese desajuste. Pero vistos hoy, casi diez años más tarde, me parece que tienen un significado más bien anecdótico y no podemos permitir que en nuestro análisis ocupen el lugar de los árboles que no dejan ver el bosque, que es lo que ocurriría una vez más si cayéramos en el simplismo de reducir la cuestión justicia en la transición española al conflicto de unos jueces reaccionarios, preconstitucionales, con una mayoría política de progreso.

Que ello se diera en mayor o menor medida no quiere decir que fuera *el problema*. Aunque solo sea porque tuvo que pasar muy poco tiempo para que los *problemáticos* empezaran a ser jueces bien constitucionales. Pero es que, además, no resulta difícil identificar tambien en años anteriores atisbos de esa situación.

Después de vivir en primera persona estas vicisitudes y tras reflexionar y debatir no poco sobre ellas, tengo la impresión de haber llegado a una conclusión que estimo puede ser de cierta fertilidad en el plano interpretativo del fenómeno aludido. Creo, para decirlo en términos bastante simples, que si en nuestro país no hubiera habido una magistratura como la existente en 1982, una magistratura fácilmente demonizable en términos políticamente tan elementales, habría habido que inventarla. Porque lo que no cabía transmitir a la opinión en el marco de una Constitución que había optado por un poder judicial dotado de un notable nivel de independencia, es que pudiera ser precisamente ese el problema. Es decir no aquellos jueces, sino la significación objetiva en términos político-constitucionales de la instancia judicial. Y ello por una serie de circunstancias.

La primera de estas, por su alcance, estuvo representada, ya en 1978, por la emergencia de la propia Constitución.

En efecto, la inserción de la Constitución democrática en nuestro ordenamiento se produjo en la condición de texto de "valor normativo inmediato y directo", productor de una "*vinculación más fuerte*, en la tradicional expresión del constitucionalismo americano", de aplicación directa por los jueces, obligados desde ese momento a "enjuiciar con el parámetro constitucional todas las normas con rango inferior a la ley"[2]. Tal eficacia salía además reforzada mediante la disposición derogatoria "de cuantas disposiciones se opongan" a lo establecido en la Constitución.

Por otra parte, el compromiso expresado en el Preámbulo de esta última de "establecer una sociedad democrática avanzada", unido a la franca acogida del que se conoce como *principio de efectividad*[3] (art. 9.2) tomado de la Constitución italiana, representaba para la magistratura, para decirlo con FERRARESE "un directo incentivo a medirse con los temas de la democracia y de la igualdad y a sentirse sometidos a un juicio de legitimidad, tendente a verificar su credibilidad de dispensadores de una real justicia en sentido sustancial"[4].

No quiere esto último decir, naturalmente, que la simple apertura de esa línea de principio hubiera venido a producir una reconversión de los jueces al nuevo planteamiento. Pero es indudable que ese hecho normativo —la consagración de una "función promocional del derecho"[5]— introducía un relevante fermento trans-

[2] Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Edit. Civitas, 1981, págs. 64-66.

[3] Cfr. P. ANDRÉS IBÁÑEZ, "Acerca del «principio de efectividad»", en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, n. O, marzo 1986, págs. 77-79.

[4] M. R. FERRARESE, *L'istituzione difficile. La magistratura tra professione e sistema politico*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1984, pág. 14.

[5] Cfr. N. BOBBIO, "La funzione promozionale del diritto", en *Dalla struttura alla funzione, Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizione di comunità, Milán, 1977, págs. 13 y ss.

formador del papel de aquellos, al suponer un claro cuestionamiento del punto de vista del positivismo dogmático, hasta entonces netamente imperante.

A este cúmulo de circunstancias debe añadirse el surgimiento de muchas cuestiones nuevas, de nuevas subjetividades jurídicas muy activas en la reivindicación por vía judicial, y también una notable inflación legislativa, caracterizada por la voluntad de *consenso*, que en la práctica fue a traducirse en el desplazamiento sobre el momento aplicativo de muchas cuestiones problemáticas no resueltas en el de producción normativa.

De otra parte, la acción de gobierno estuvo inevitablemente marcada por un extraordinario decisionismo. Propio, por un lado, de la actuación mediante las técnicas típicas del *welfare state*, y debido también a la conciencia un tanto mesiánica profundamente arraigada en la mayoría gobernante de hallarse en el ejercicio de una tarea histórica y con la cobertura de un verdadero superávit de legitimidad. No es difícil ver en ello la raíz del alumbramiento de una nueva forma de razón de Estado que ha inspirado notablemente la acción política de los últimos años.

A todo esto tendría que añadirse, asimismo, cierto cambio de inflexión también en la propia morfología de la intervención judicial, derivado de la nueva situación interna de la magistratura.

Me refiero sobre todo a la pérdida, al menos relativa, de significación del momento jerárquico. Este es a su vez un fenómeno de cierta complejidad, debido a varios factores. En primer término, a la privación al vértice jurisdiccional del control político de la carrera, desplazado ahora al nuevo órgano de gobierno, el Consejo General del Poder Judicial. Y en segundo lugar, al nuevo clima generado por el movimiento asociativo.

Así resulta que las transformaciones de orden legal, el reforzamiento de la incidencia práctica de la intervención judicial, y una mayor libertad y autonomía en la actuación de los jueces, contribuyeron decididamente a dar a la instancia judicial una relevancia política que hasta entonces no había tenido, limitada como había estado a ser en gran medida una articulación más del ejecutivo durante el periodo franquista.

Por eso no tiene nada de extraño que las cuestiones de legitimación, ausentes de la escena durante tantos años, entrasen de manera abrupta en el debate público. Como se explica también que las cuestiones de independencia y responsabilidad fueran objeto de tratamiento desde perspectivas no habituales.

Con todo, hablar de la existencia de debate no quiere decir que este fuera precisamente rico.

En efecto, el cuestionamiento en clave meramente pragmática de la legitimación de la magistratura buscaba pura y simplemente reforzar las posiciones del ejecutivo frente a la misma y recuperar, al menos en parte, la capacidad de control político perdida en la forma a que antes se ha hecho mención.

No cabe aquí entrar en el examen de toda la serie de vicisitudes en que fue desgranándose el complejo proceso a que todo esto dió lugar[6]. Me interesan las grandes líneas del problema, como hilo conductor de estas reflexiones sobre juez y Constitución.

Pues bien, desde ese punto de vista, lo cierto es que en amplios sectores políticos, y también en algunos sectores de opinión judicial, sobre todo progresista, ha llegado a instalarse la idea harto paradójica de que el poder judicial tendría "legitimidad constitucional pero no legitimidad democrática", por decirlo con palabras que siguen pareciendo alucinantes, escuchadas hace bien poco al que fuera vicepresidente del anterior Consejo General del Poder Judicial[7].

Idea que no solo degrada a una instancia de fundamental significación dentro del esquema conceptual y práctico del Estado de derecho, sino que incluso retroactúa harto negativamente sobre la propia Constitución que, de ser un orden coherente desde el punto de vista de la organización del poder, pasaría a padecer una notable esquizofrenia.

Es verdad que, como apuntaba al comienzo, corresponde a la misma esencia de lo judicial encarnar un cierto grado de contradictoriedad por lo que tiene de doble valencia en su significación constitucional y en su proyección institucional. Pero esa realidad demanda una lectura bien distinta.

[6] Resulta ineludible hacer referencia, sin embargo, a una de ellas. Es la mofidicación en el modo de formación del Consejo General del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1° de julio de 1985.

En un momento de especial intensidad del conflicto entre la mayoría gobernante y el sector mayoritario de la magistratura asociada, representado por la *Asociación Profesional de la Magistratura*, en torno al proyecto en discusión de aquella ley, se introdujo de manera inopinada en la misma el cambio aludido. El art. 112 dispuso que la componente judicial del Consejo (12 miembros sobre 20) sería elegida directamente por las cámaras y no por los jueces.

Promovido un recurso de inconstitucionalidad en este punto, el Tribunal Constitucional (sentencia 108/1986, de 26 de julio) la desestimó, por entender que la opción acogida por el legislador tenía cabida en la previsión del texto fundamental.

No obstante, decía el Tribunal: "se corre el riesgo de frustrar la finalidad señalada por la norma constitucional si las Cámaras, a la hora de efectuar sus propuestas, olvidan el objetivo perseguido y, actuando con criterios admisibles en otros terrenos, pero no en este, atienden solo a la división de fuerzas existentes en su propio seno y distribuyen los puestos a cubrir entre los distintos partidos en proporción a la fuerza parlamentaria de estos. La lógica del Estado de partidos empuja a mantener el márgen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder y entre ellos, señaladamente, el Poder Judicial.

"La existencia y aun la probabilidad de ese riesgo, creado por un precepto que hace posible, aunque no necesaria, una actuación contraria al espíritu de la norma constitucional, parece aconsejar su sustitución...".

La experiencia de dos renovaciones del Consejo por el nuevo procedimiento ha dado ampliamente la razón en este punto al Tribunal Constitucional.

[7] Me refiero a MANUEL PERIS, en su intervención sobre "El gobierno de los jueces en España", en las jornadas sobre *Legitimidad democrática y poder judicial*, celebradas en la Facultad de Derecho de Valencia, durante los días 14-16 de noviembre de 1990, bajo los auspicios del Seminario de Sociología del Derecho.

En mi opinión, la formulación más acabada que se ha dado a la cuestión es la debida a LUIGI FERRAJOLI[8].

La legitimación de la función judicial en el Estado de derecho tiene una doble dimensión y se encuentra estrechamente ligada a la naturaleza de *contra-poder*, que en el reparto de funciones dentro de esa estructura estatal se le ha asignado a la instancia jurisdiccional.

El judicial es *contra-poder*, en cuanto tiene atribuido el control de legalidad de los actos de la administración, y en alguna medida el de legitimidad constitucional de los actos del legislativo; y porque le corresponde la tutela de los derecho fundamentales del ciudadano frente a cualquier tipo de intervenciones, incluidas las que pudieran provenir de dentro del propio Estado.

Esto hace al autor hablar de una doble fuente de legitimación: *formal* y *sustancial*. Constituida la primera por la sujeción solo a la ley; y la segunda por la función de tutela de los derechos fundamentales.

Pero obliga a llevar todavía más lejos el discurso de la legitimación, hasta salir en clave polémica al encuentro del punto de vista más tradicional no exento de cierto jacobinismo ingenuo y muy arraigado en la izquierda. Obliga a cuestionarse si una legitimación de tipo representativo podría resultar compatible con la atribución de las funciones a que se ha hecho mención, en la medida en que el juez debe estar en situación de poder ejercer su cometido constitucional incluso contra la mayoría política[9].

Por otra parte, se da también la circunstancia de que el poder judicial, en el Estado democrático de derecho, está llamado a desempeñar una verdadera función legitimadora, aunque solo sea por la indudable eficacia *deslegitimadora* que la censura judicial implica. Piénsese en el procesamiento de un funcionario o de un exponente del poder político. (Es una paradoja aparente que evidencia la inconsistencia del punto de vista a que antes me he referido).

De este modo, en el plano teórico y también en la práctica, se produce una evidente confluencia entre las dos líneas de pensamiento y dos formas de concebir

[8] Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Laterza, Roma-Bari 1989, págs. 551 y ss.

[9] Resulta paradigmática a este respecto la valiente actitud de la juez Huerta, obligada a enfrentarse al gobierno democrático, por el comportamiento obstruccionista de este con la jurisdicción, al negar la comparecencia de cierto número de guardias civiles en la investigación de un posible hecho de tortura en dependencias policiales ("caso Linaza", en el que hoy han recaído condenas, justamente por aquel delito). Como he escrito en otro lugar "precisamente esa actitud de la juez, supuestamente desestabilizadora de no se sabe —o quizás ya si— qué inconfesables equilibrios, tiene en este punto, aparte de su extraordinario valor práctico, una notable carga simbólica. Al extremo de que podría decirse que ella sola —sin siquiera el apoyo del Consejo General del Poder Judicial— encarnó allí y entonces, frente a la mayoría, frente a un poder legítimo pero ilegítimamente ejercido en este caso, *toda la legitimidad del Estado democrático*". (En "Refrescar la memoria democrática". *El país*, 1° de diciembre de 1990. También en mi "Independencia del juez pero autonomía de la guardia civil: a propósito del «caso Huerta»", en *Justicia/conflicto*, Madrid, Edit. Tecnos, 1988, págs. 206 y ss.

empíricamente el poder judicial que, tomando a MONTESQUIEU como punto de referencia, llegaron a concretarse en dos modelos bien diversos: el representado por el constitucionalismo francés y acogido básicamente en muchos otros países del continente europeo; y el propio del constitucionalismo americano.

De la primera subsiste el principio de supremacía del poder legislativo, pero expresivamente corregido, como hemos visto, mediante la idea —que se toma de la segunda— de que el juez puede o debe serlo también de la ley desde la Constitución, y hallarse en condiciones de hacer valer una y otra frente a todos, incluido el mismo poder político, según idea tan cara a TOCQUEVILLE[10].

Esto último, por cierto, ha resultado más realizable de lo que en su momento pensaba ese autor, en la medida en que, en algunos ordenamientos —es el caso sobre todo italiano, pero también el español—, el gobierno de la magistratura ha quedado fuera del control del ejecutivo.

El paso que significa esta opción, que se concreta institucionalmente en la emergencia de los Consejos (*Consiglio Superiore della Magistratura* y *Consejo General del Poder Judicial*), tuvo ciertamente en ambos casos un origen histórico íntimamente ligado por coyunturas con cierto grado de similitud, pero vino a suponer una contribución de extraordinaria relevancia en la construcción del modelo de organización judicial que demanda el Estado democrático de derecho.

En efecto, en uno y otro caso la incorporación del nuevo órgano estuvo determinada en lo inmediato por la necesidad de dotar a la magistratura de un sistema de gobierno que, evitando el mandarinato de los jueces y propiciando cierto grado de coordinación con la representación de la soberanía popular, pudiera ser al mismo tiempo garantía de independencia y de no manipulación. Ello en vista de la preocupante funcionalidad de las judicaturas italiana y española, cortadas por el patrón liberal de gobierno desde el ejecutivo, a los proyectos autoritarios mussoliniano y franquista.

La experiencia —ya larga la italiana, mucho más breve la española, las dos sin duda insatisfactorias desde tantos puntos de vista— han puesto de manifiesto, a mi entender, que encarnan —si bien más genuinamente la italiana— una línea de principio que es la que mejor se acomoda a las exigencias de legitimación del poder judicial, que se expresan en la afortunada formulación de FERRAJOLI.

Por otra parte, contribuyen también a dar efectividad a lo que PIZZORUSSO ha llamado "pluralismo institucional", como forma de "desarrollo de la «demo-

[10] Esa idea en el caso español, como en otras experiencias continentales, se toma de manera atenuada ("sistema de justicia constitucional concentrada"), puesto que el control de constitucionalidad resulta atribuido a un Tribunal Constitucional, organizado al márgen de la jurisdicción ordinaria. (Cfr. "La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas", en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, págs. 121 y ss.).

De extraordinaria relevancia en los primeros momentos de la transición fue la actividad desarrollada por el Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo, en materia de garantías procesales, abriendo vía en la práctica de la jurisdicción ordinaria —no sin dificultades— a una sensibilidad al respecto antes casi inexistente.

cracia participativa», configurada no como una alternativa a la democracia representativa, sino sobre todo como un enriquecimiento de la misma"[11].

La nueva situación generada por la experiencia de los Consejos y los cambios experimentados en el sistema de legalidad ha producido algunas consecuencias relevantes en el ámbito de la independencia judicial y, consecuentemente en el orden de la responsabilidad.

En términos generales y como ya se ha señalado, el nuevo modelo de gobieno o de administración de la jurisdicción buscaba y, en efecto, produjo como resultado un reforzamiento de la independencia judicial. Y ello tanto si se atiende a la consideración de la misma desde el punto de vista *externo* como desde el punto de vista *interno*: al operarse una evidente extracción del juez del área de influencia del ejecutivo y, al mismo tiempo, al producirse una significativa atenuación del momento jerárquico. Esto último de forma más notoria en Italia por la práctica abolición de la *carrera*; pero también en España, como consecuencia de la pérdida de la capacidad de control político directo experimentada por el vértice jurisdiccional. En ambos casos, asimismo, merced al desarrollo del movimiento asociativo, por lo que este tiene de inserción de un fenómeno democrático-representativo en una estructura tradicionalmente jerárquica; y de apertura del ámbito de la justicia al pluralismo político-cultural.

Además, junto a aquello, la impregnación política del papel del juez, debido, como ha señalado LUHMANN[12], a que el "deslizamiento" de algunos problemas decisionales al ámbito de la jurisdicción ha producido una consecuencia de extraordinaria relevancia, como es el paso de la vieja situación de equilibrio-subordinación del poder judicial en relación con los otros poderes a una nueva, caracterizada, como ha dicho FERRARESE, por el "aumento del peso específico"[13] de este último, sobre todo bajo la forma de intervención penal.

De ahí una consecuencia importante en el plano de la independencia, o por mejor decir, de su valoración, puesto que en el ámbito de los operadores políticos se habría pasado de una reivindicación inequívoca de la misma como condición de democracia, a otra en la que son cada vez más las voces de alarma y de ¡cuidado, demasiada independencia!

Bien notorio es el caso italiano, por la evidente colocación bajo sospecha de un importante sector de la clase política, a que han dado lugar conocidos procesos.

Pero no menos significativo me parece el español. En efecto, entre nosotros, los sectores progresistas del arco constitucional protagonizaron durante los primeros años de la transición un verdadero "judicialismo militante"[14], y precisamente con

[11] A. PIZZORUSSO, "Il Consiglio superiore della magistratura nella forma di governo vigente in Italia", en *Questione Giustizia*, 2 de 1984, pág. 292.

[12] N. LUHMANN, *Stato di diritto e sistema sociale*, trad. de F. Spalla, Nápoles, Guida Editori, 1978, pág. 59.

[13] M. R. FERRARESE, *op. cit.*, pág. 39.

[14] Me he referido a ello en mi "Transición en la justicia/justicia de la transición", en *Justicia/conflicto*, ed. cit., págs. 32 y ss.

aquellos jueces. Lo que no fue obstáculo para de ahí pasar directamente a la demonización indiscriminada una vez alcanzadas posiciones de gobierno, y tanto al comienzo por defecto, como enseguida también por supuesto exceso de Constitución, en actitudes jurisdiccionales incómodas.

Tales circunstancias han producido en España un estado de cosas digno de reflexión, en lo que concierne a la cultura democrática de la independencia.

Este valor, rasgo esencial de la jurisdicción, ha sido con frecuencia políticamente —y diré que interesadamente— degradado a pura excrecencia corporativa, trinchera de la derecha política después de su pérdida de presencia en los otros poderes del Estado democrático en las elecciones de 1982. Imagen, por lo demás, francamente sugestiva en vista de las actitudes difundidas al respecto desde la derecha judicial.

Así, la independencia como valor ha resultado en buena medida patrimonializada por la cultura de esa derecha; con la connivencia implícita, e incluso con la utilización táctica de la situación por el poder democrático, poco interesado en potenciar ni siquiera el debate sobre lo que al fin representaría para él una forma de control.

De ahí que la izquierda judicial o, como preferirán algunos, el sector progresista de la magistratura en España, no acabe de verse libre de cierto complejo de culpa al enfrentarse con el problema. Con un curioso resultado en el plano de la experiencia concreta: observa en general un extraño *pudor* que le impide hablar y comprometerse en la elaboración de un discurso teórico sobre el tipo de independencia que sin embargo generalmente practica con ejemplaridad.

Es sintomático que, por ejemplo, *Jueces para la Democracia* haya expresado en estos años una mayor preocupación por el control que por la independencia del mismo. Y que, en ocasiones, el miedo a coincidir con la derecha judicial en la defensa de aquella frente a algún ataque concreto haya operado de forma disuasoria.

Resulta también bastante expresivo el hecho de que el nuevo presidente del Consejo General del Poder Judicial haya dedicado uno de sus primeros pronunciamientos públicos a recomendar *prudencia* a los jueces de Andalucía que investigan un posible delito con claras implicaciones políticas de algunos exponentes de la mayoría gobernante. La otra a sugerir a los componentes de la última promoción del Centro de Estudios Judiciales que desempeñen su función en *coordinación* con los demás poderes.

Es bien perceptible el creciente desasosiego que en medios políticos y en los de gobierno del poder judicial producen las actuaciones judiciales, sobre todo penales, que se proyectan sobre las actividades del ejecutivo. Ese desasosiego se disfraza en ocasiones de preocupación por el equilibrio constitucional de poderes; otras veces de luhmaniana preocupación por el crecimiento de la "complejidad" y su traducción en un nuevo factor de "ingobernabilidad". Cuando no se torna en lamento por la *perdida* certeza del derecho. Es el mensaje implícito en las llamadas a la *coordinación* y a la *prudencia* y en cierta añoranza vergonzante de un tiempo contraseñado por el valor constrictivo del precedente que, al parecer, evitaba la actual dispersión de criterios jurisdiccionales y un cierto aventurismo judicial.

De ahí que sea necesario llamar la atención sobre los riesgos que para la independencia, democrática y constitucionalmente entendida, podrían representar ese tipo de reclamos, en la medida en que, en un caso, parecen sugerir un tipo de relación del juez con las otras instancias de poder distinta de la que implica el sometimiento y aplicación de la ley, y que sin duda estuvo presente en las experiencias de gobierno de la justicia por el ejecutivo. Y, en el otro, evocan un modo de prevalencia de los criterios jurisprudenciales, nacido no de la libre dialéctica interpretativa, sino de la autoafirmación jerárquico-administrativa de la casación, en su antigua calidad de órgano de gobierno heterónomo y autocrático.

Por otra parte, con olvido de que, como escribió SENESE hace ya algunos años, "la única posible «certeza» del derecho, alcanzable en una sociedad democrática y pluralista (pasa) no a través de una apriorística imposición autoritaria, sino sobre todo a través del debate y la confrontación de las argumentaciones y de su congruencia con puntos de vista socialmente significativos es decir con valores ya irrevocablemente puestos como base de la convivencia civil por las normas constitucionales"[15].

Como no podía ser menos, la *responsabilidad*, en especial en su vertiente *disciplinaria*, ha sido frecuentemente llamada en causa en esta situación conflictual. Sobre todo a partir del momento en que se cobra conciencia cierta del amplio espacio que las nuevas realidades normativas y extranormativas abren el trabajo del juez en el ámbito de la interpretación. Si esto es así ¿cómo sujetar de nuevo al juez *desvinculado*? Esta preocupación, que hizo explícita D. SIMON[16] en su conocida obra, ha impulsado directamente, desde luego en nuestro país, en los medios del poder a un redescubrimiento de la disciplina como factor de cohesión y de integración subordinada de los jueces en el gobierno político de la coyuntura.

Así, resulta —y cualquiera de las experiencias europeas homólogas es también rica en supuestos de este género— que el uso del instrumento disciplinario como medio de interferir y condicionar el producto jurisdiccional, expulsado, al menos en apariencia, por la puerta, vuelve a entrar por la ventana en recurrentes usos y abusos de los distintos órganos de gobierno.

En el caso de España hay dos buenos ejemplos de este modo de actuar: Uno, es el de las llamadas *diligencias informativas*, que con notable frecuencia se proyectan sobre procesos en curso como una forma de vigilancia administrativa. Otro, al menos en la experiencia del anterior Consejo (el actual lleva apenas unos meses en el ejercicio de sus funciones), es la apertura de expedientes disciplinarios con motivos a veces triviales a jueces simplemente incómodos. Y también el haber dado patente de legitimidad a la inquisición disciplinaria sobre el contenido de las resoluciones judiciales por haberse empleado en ellas términos tenidos por impropios

[15] En *Atti del Seminario su: La magistratura italiana nel sistema politico e nell'ordinamento costituzionale*, Milano, Dott. A. Giuffré, 1978, pág. 83.

[16] Cfr. D. SIMON, *La independencia del juez*, trad, de C. Ximénez-Carrillo, con prólogo de M. A. Aparicio, Barcelona, Edic. Ariel, 1985, págs. 71 y ss., entre otras.

en la crítica de reiteradas actuaciones, desde luego francamente criticables en aquel caso, del ministerio fiscal.

Esos datos y la sospechosa reiteración con que, desde sectores de la mayoría gobernante, se insiste en la ampliación de las actuaciones disciplinarias en relación con el ejercicio de la libertad de expresión por parte de los jueces; en la reducción de toda la acción de gobierno a disciplina; resultan claramente significativos de un afán de recomponer por esa vía —limitando algunas manifestaciones incómodas de la independencia judicial— lo que se valora como un simple desajuste, casi una cuestión de *orden público*.

Creo que nadie que siga con atención las vicisitudes de la instancia judicial y su actual papel en esas realidades políticas podría negar la existencia en ellas de importantes quiebras con respecto al modelo ideal prefigurado en las correspondientes constituciones.

Para decirlo con palabras bien simples: resulta evidente la pérdida de protagonismo y de capacidad de control de la institución parlamentaria; la hipertrofia de la dimensión político-administrativa; y, consecuentemente, un alto grado de exposición de este último género de actividades a la fiscalización, muchas veces penal y casi siempre escasamente eficaz.

Simultáneamente se registra una evidente huida en los centros de decisión político-administrativos a zonas oscuras de los aparatos, al reparo de cualquier tipo de censura desde la legalidad. E incluso, cuando esta se produce, cabe advertir actitudes abiertamente resistentes al control jurisdiccional, casos en que el poder legítimo, el poder democrático, protagoniza poco edificantes huidas del derecho.

(La negativa del gobierno español a dar información sobre el uso de *fondos reservados* del Ministerio del Interior que con toda probabilidad sirvieron para financiar actividades terroristas contra el terrorismo de ETA, resulta ser en este punto un caso emblemático).

En otro plano de menor espectacularidad, pero no menos significativo, se sitúa la resistencia sistemática de la administración a dar ejecución a las resoluciones judiciales firmes que contradicen o enmiendan otras suyas impugnadas ante la jurisdicción.

Consecuentemente, según el campo, cabe registrar disfunciones que van desde la hipertrofia y el caos de la producción legislativa, en ocasiones, hasta el simple vacío de legalidad, en otras; ejercicios de decisionismo político que muchas veces, o tienen poco que ver, o toleran mal el dictado de la ley; desplazamientos sobre la institución judicial de tareas que lo mismo suponen la subrogación en el inexistente control del poder ejecutivo desde las cámaras, que la demanda de realización de expectativas generadas por la proclamación constitucional de derechos sociales insatisfechos... Situaciones, en suma, sintomáticas de una grave patología del Estado de derecho, que convierten al juez en un anómalo operador político por subrogación.

Mientras tanto, el llamado "poder judicial" permanece básicamente en sus constantes históricas de infradotación en todos los órdenes. Del que por cierto la de

carácter cultural no es la menos relevante, habida cuenta de la magnitud cualitativa de los nuevos problemas. Esto le impide afrontar la creciente demanda social de *ordinaria justicia*, pero también es *garantía* de su incapacidad para dar satisfacción a las nuevas demandas, que, sin embargo, se dirigen sobre él cada vez con mayor presión.

Pues bien, se quiera o no se quiera tal es el contexto, o incluso la *constitución material* del poder judicial hoy, sobre el que pesa también una fuerte exigencia de realización de los valores consagrados en la Constitución formalmente entendida.

En esta última perspectiva, parece que lo deseable sería el retorno de la mediación judicial a su verdadera dimensión constitucional, y esta debe ser una preocupación tendencial de los propios jueces. Pero no puede caerse en la ingenuidad de creer que esto sea posible, y ni siquiera deseable, si no se produjera un movimiento complementario de las demás instancias de poder hacia la ocupación de su genuino espacio igualmente constitucional.

De ahí que esa preocupación no deba favorecer en modo alguno la inadmisible entrada en el juego reductivo de la *coordinación*, del colateralismo, de la pérdida de significación de la magistratura como institución básica del Estado de derecho, de la independencia judicial como verdadera condición de democracia. Así, ni absurdas pretensiones de imposibles gobiernos de la sociedad desde el juzgado, ni el juez *deus ex machina*, pero tampoco el juez *comprensivo* con las dificultades de gobernabilidad y presto a entrar en *complicidades* que signifiquen cesiones de algo, como la independencia, que es rigurosamente indisponible y que no puede ser degradada en nombre de nada a la condición de dudoso valor táctico. La independencia de los jueces, lejos de lo que a veces se sugiere, no pierde ni un ápice de su sentido frente al *poder-bueno*, sino que es presupuesto incondicionado de la siempre difícil bondad del poder en sentido fuerte.

Ahora bien, si no cabe tolerar interferencias en el ejercicio de la jurisdicción, la conciencia de que este hoy tiene una dimensión de excesiva y en ese grado incluso de indeseable consistencia política de sobre-politización patológica, debe llevar a los jueces a un extraordinariamente cuidadoso, responsable y comprometido desempeño de sus funciones. A esforzarse en el desarrollo de una nueva cultura de la independencia, muchos de cuyos elementos ya están en la propia práctica de tantos jueces demócratas. Y hacerlo, como ha escrito SENESE, sin "negar la especificidad del terreno en el que esa función política se ejercita, especificidad que está dada por las mediaciones culturales e ideales del discurso jurídico. Son precisamente estas mediaciones las que hacen que la decisión judicial no se exprese por norma como burda adhesión a la posición de esta o aquella parte política sino sobre todo como afirmación de opciones de valor, de principios ideales, referibles si a las diversas concepciones políticas que se enfrentan en la sociedad pero no inmediatamente superponibles a las contingentes posiciones de esta o aquella fuerza política"[17].

[17] S. SENESE, *op. cit.*, pág. 135.

Queda fuera de duda que los valores que demandan nuestra adhesión son los constitucionalmente consagrados, homologados por las declaraciones internacionales de derechos. Valores que al margen de todo coyunturalismo deben inspirar y traducirse en el contenido de las resoluciones. Pero diría que antes incluso informan nuestro modo de operar judicial, el proceso mismo.

Digo esto en la certeza de que la inflación de, a veces desgraciadamente supuesta, *constitucionalidad* en el discurso externo apenas logra ocultar un gravísimo déficit de empeño constitucional, de empeño democrático, en el trabajo jurisdiccional.

En efecto, no puede afirmarse que la función judicial, sobre todo en aquello que tiene de ejercicio de poder concreto frente al ciudadano individual resulte suficientemente permeable a los valores de la democracia. La jurisdicción sigue registrando todavía altos niveles de decisionismo autocrático, de falta de racionalidad en la adopción y en la justificación de las decisiones. Continúa protagonizando espectaculares fugas frente a la posible efectividad de la crítica, por las conocidas vías de escape del hermetismo, de las motivaciones *pro forma* o de la carencia de motivación sin más. Actitudes coherentes con opciones de fondo, que son de puro y simple control social de muy difícil justificación en la perspectiva de aquellos principios.

De ahí la importancia que, junto a la crítica del ejercicio de otros poderes ejercida desde la Constitución y la ley, los jueces practiquen con el mismo empeño la crítica del propio poder. Es decir la que el ciudadano-juez, sustrayéndose a cualquier mal entendido compromiso de *omertà* corporativa, tiene el ineludible deber de ejercer desde su privilegiada posición de conocimiento de las interioridades del sistema, como modo de favorecer la crítica pública.

LUIGI FERRAJOLI ha dado irreprochable tratamiento teórico a lo que hasta ahora era quizás solo una intuición nacida al calor de la reflexión autocrítica de algunos sectores de la izquierda judicial europea, singularmente *Magistratura Democrática* en Italia. El autor afirma que hay una particularidad constitutiva del poder en el Estado de derecho: y es que los valores que él consagra nunca son del todo realizables, en la medida en que contienen un alto grado de utopía. De aquí se sigue "una latente y estructural *ilegitimidad jurídica* del Estado de derecho, debida a la ambición de las promesas formuladas en sus niveles normativos superiores y no mantenidas en los niveles inferiores"[18]. Esta dimensión del Estado de derecho representa, frente a los precedentes modelos históricos de Estado, un factor de extraordinaria positividad por el componente dinámico que encierra y la dialéctica que necesariamente injerta en todos los momentos del sistema.

Es evidente que esa ilegitimidad afecta también al trabajo del juez, en la medida en que, asimismo en palabras de FERRAJOLI, "la legitimidad de la función judicial, al residir en los vínculos impuestos a la misma por la ley en garantía de su carácter cognitivo y para tutela de los derechos de los ciudadanos es siempre parcial e imperfecta..." porque "en alguna medida, potestativa"[19].

[18] L. FERRAJOLI, *op. cit.*, págs. 907-908.

[19] L. FERRAJOLI, *op. cit.*, pág. 556.

Esta doble constatación delimita bien plásticamente el campo de acción y el compromiso constitucional del juez en el Estado democrático. Debe, por una parte, contribuir eficientemente a la reducción de aquel —paradójicamente irreductible— coeficiente de ilegitimidad difusa que afecta al sistema de poder como tal, mediante un esfuerzo consciente en favor de la realización efectiva de los valores que expresan los derechos fundamentales consagrados en el ordenamiento. Que además atribuye imperativamente al juez esa tarea.

Y, por otra parte, tendrá que contribuir al mismo tiempo a limitar tanto como le sea posible el nivel de ilegitimidad que aquel margen de discrecionalidad inevitable confiere al trabajo jurisdiccional, poniendo en juego instrumentos de autocrítica y racionalización del propio quehacer a los que antes he aludido.

La tarea no es nada fácil, porque implica repensar y a veces reinventar las mismas categorías y los instrumentos teóricos y prácticos de que nos servimos diariamente; y hacerlo en la perspectiva de que el judicial es, desde luego, ahora un campo problemático donde los haya. Pero también desde la certeza de que, como hemos visto, no existe (solo) el judicial como problema, como supuesto elemento perturbador de la paz del Estado de derecho, que deba ser tratado aisladamente.

El verdadero problema está en la crisis profunda que actualmente aqueja al Estado democrático de derecho y la salida de ella tendrá que pasar seguramente por una auténtica refundación del mismo sobre los que proclama —aunque desconoce— como sus verdaderos principios inspiradores.

Por eso, si al molinero Sanssouci siguiera precupándole la conservación de su pequeña industria, hoy podría estar tranquilo. No —o no solo, ni principalmente— porque existan "tribunales en Berlín"; sino porque al Federico II de hoy, al "nuevo Leviatán" no le interesan los molinos. Y caso de interesarle, es lo cierto que la propiedad sí ha sabido dotarse de medios eficientes de protección.

Bien distinta es la situación de otros viejos y sobre todo nuevos derechos, a cuya peripecia frente al poder se ajusta mucho mejor la historia real del molinero Arnold que no la fábula de Sanssouci, como hemos visto. A pesar de que existan —y menos mal que existen— "tribunales en Berlín".

No quiero concluir sin dedicar unas palabras de entrañable homenaje a un magistrado ya fallecido, español en su origen, ahora latinoamericano universal: SANTIAGO SENTÍS MELENDO. Como dato significativo diré que, siendo todavía un joven juez de primera instancia, fue el adaptador para Reus de la entonces clásica *Organización de tribunales (Ajustada al programa para las oposiciones a ingreso en la carrera judicial)*, de ORTIZ-ARCE y MENÉNDEZ-PIDAL, con motivo de la convocatoria de 1932 (había que hablar del jurado, del Tribunal de Garantías Constitucionales). Después, como juez por la democracia se vería obligado a vivir la amarga experiencia del exilio. Sin duda bastante menos dura gracias a la hospitalidad fraternal hallada de este lado del Atlántico. Desde aquí, desde Argentina, con su labor de enseñante, de escritor, pero sobre todo de traductor prolífico y editor, puso a nuestro alcance obras y un ejemplo que hoy son parte inestimable de nuestro bagaje,

de nuestra cultura jurídica democrática. Para muchas generaciones de jueces y juristas españoles y latinoamericanos su nombre se encuentra indisolublemente unido sobre todo al de CALAMANDREI, y con él a la idea y el esfuerzo en favor de un derecho procesal garantista y funcional a los valores del Estado de derecho. Por eso de él puede decirse, como escribió CAPELLETTI a propósito de CALAMANDREI, en páginas no por casualidad escritas para ser publicadas en América Latina, que fue un gran procesalista, un gran jurista, porque fue un grande y vigoroso defensor de la libertad.

De ahí que me parezca justo convocarle hoy aquí, entre nosotros, a través de la gratitud y el recuerdo, como el mejor exponente de lo mucho que nos une y un estímulo extraordinariamente valioso para emprender con energía lo mucho que nos queda por hacer.

La influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*

*Antonio Ma. Lorca Navarrete***

Desde el punto de vista de la *protección de los derechos humanos* y de la observancia de las diversas *garantías procesales*, es perfectamente válido que la tutela judicial efectiva, mediante el debido proceso, neutralice un concreto "determinismo nacionalista" que pueda constreñirlo.

Para ello resulta sumamente útil y práctico la denuncia de ese "determinismo nacionalista", que afecta a la protección de los derechos humanos y a las propias garantías procesales, a través de *instancias jurisdiccionales supranacionales*.

En Europa es posible llevar a cabo esa denuncia por intermedio del denominado Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH). Para ello solo se requiere, en principio, dos cosas:

— La primera, relativa a que el Estado denunciante integre en su ordenamiento interno el *Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, celebrado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

— La segunda, condicionada a que ese mismo Estado reconozca la competencia del TEDH.

* Este texto formó parte de la Ponencia General presentada en las XII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en Mérida (Bajadoz - España) en el mes de mayo de 1990.

** Catedrático de Derecho Procesal Universidad del País Vasco (España).

Por lo que a España se refiere, el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950 (a partir de aquí "Convenio"), fue ratificado por instrumento de 29 de septiembre de 1979 y publicado en el BOE de 10 de octubre de ese año, en el que España reconocía, asimismo, la competencia del TEDH a efectos del art. 46 del Convenio. De modo que no cabe duda de que el más beneficiado del amparo que ofrece, no ya el TC español, sino el TEDH, será el justiciable, con independencia de su nacionalidad, pues, como establece el art. 53 del Convenio, "las Altas Partes Contratantes se comprometen a conformarse a las decisiones del Tribunal en los litigios que sean parte" y, además, según el art. 50 del mismo "si la decisión del Tribunal declara que una resolución tomada o una medida ordenada por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad de una Parte Contratante se encuentra, total o parcialmente, en oposición con obligaciones que se derivan del presente Convenio y si el derecho interno de dicha Parte solo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de esta resolución o medida, la decisión del Tribunal concederá, si procede, una satisfacción equitativa a la parte lesionada".

El TEDH se inserta dentro del denominado Consejo de Europa, en el cual se hallan perfectamente diferenciados los tres poderes: *legislativo*, representado por la Asamblea Parlamentaria, *ejecutivo*, compuesto por el Consejo, al que pertenecen los ministros de asuntos exteriores de las naciones que forman el Consejo de Europa, y *judicial*, o sea, *el Tribunal de los Derechos Humanos*, que está compuesto por veintiún jueces que pertenecen, cada uno, a una de las citadas naciones y que al formar parte de dicho Tribunal lo hacen elegidos como juristas destacados y no por razones políticas.

El TEDH, con sede en Estrasburgo, entiende, en razón del Convenio de 4 de noviembre de 1950, *de las reclamaciones que puedan formular los súbditos de una nación determinada contra su gobierno y las que cualesquiera gobiernos contra otros de otras naciones, siempre que hayan firmado las correspondientes convenciones internacionales*. Los particulares y las naciones deben hacerlo ante la *Comisión Europea de Derechos Humanos*, que las estudiará y les dará curso ante el Tribunal.

En lo que respecta a las reclamaciones de los particulares contra el país al que pertenecen, en síntesis, deben basarse en la violación de los siguientes derechos: a la libertad y a la seguridad; a un proceso justo; a no ser sometidos a torturas; al respeto a la vida privada; a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; a la libertad de asociación y de fundar sindicatos y a tener elecciones libres. En cuanto a las naciones, estarán sujetas al Tribunal, siempre que se refieran a temas de materias internacionales que hayan sido objeto de convenciones ratificadas por los gobiernos respectivos.

Una vez presentada la reclamación por los particulares o por los gobiernos de los Estados miembros del Consejo de Europa, si este no puede llegar a poner de acuerdo a las partes en contienda, preparará un informe sobre los hechos y hará constar su propia opinión sobre el tema y pasará las actuaciones al Tribunal.

La Sala se compone de siete miembros, elegidos entre los veintiuno que forman dicho Tribunal (art. 43 del Convenio). Puede asistir a las sesiones, sin voz ni voto, el magistrado que sea nacional del Estado del que resulte ser el litigante. Se celebra *sin vista pública y se pronuncia la sentencia correspondiente*, que no puede ser recurrida, por lo que tiene el carácter de definitiva. Sus resoluciones son ejecutadas mediante su envío al órgano ejecutivo, compuesto, como se ha dicho, por todos los ministros de Asuntos Exteriores de las naciones miembros del Consejo de Europa, el cual se encargará de que se cumplan en la nación afectada por ellas (arts. 53 y 54 del Convenio).

El TEDH, pues, posee virtualidad práctica en orden a la efectividad de sus resoluciones judiciales y, por tanto, su jurisprudencia es plenamente válida para hacer valer los derechos humanos entre los países signatarios del Consejo de Europa. De ahí que esa misma jurisprudencia del TEDH adquiera especial relieve *y que la misma sea fielmente seguida como barómetro que en todo momento indica y pulsa la credibilidad democrática de los países signatarios del Convenio Europeo de los Derechos Humanos.*

En España va siendo cada vez más frecuente que la jurisprudencia emanada del TEDH sea tenida en cuenta por el propio Tribunal Constitucional (TC) español, y en ese ámbito es posible, además, distinguir entre la *aplicación directa* de esa jurisprudencia, de un lado, y de otro, lo que se podría llamar el *efecto reflejo o interpretativo* de esa misma jurisprudencia del TEDH, que no implica su aplicación directa y sí, en cambio, un uso "ilustrativo" en orden a la solución de las cuestiones planteadas ante el TC.

Y todo ello, en fin, como consecuencia del criterio que establece el art. 10.2 C, según el cual, "las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España", lo que supone que la Constitución española se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas.

En ese contexto la utilización por el TC de la jurisprudencia del TEDH responde al cuadro sistemático núm. 1.

Gráficamente la incidencia de la jurisprudencia del TEDH en el TC español quedaría como se aprecia en el anexo Cuadro 1 y Cuadro 2.

En función de los cuadros siguientes, el uso por el TC de la jurisprudencia del TEDH arroja los siguientes resultados:

Reconocimiento constitucional del *principio de libertad de enseñanza*, según el voto particular del magistrado Dr. Francisco Tomás y Valiente, al que se adhieren los magistrados Dr. Ángel Latorre Segura, Dr. Manuel Díez de Velasco y Dr. Plácido Fernández Vargas. Se justifica según la STC 5/1981, de 13 de febrero[1], en el art. 27.6 C, en el cual se indica: "se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes" y en el art. 20.1.c) C que dispone la libertad de cátedra. Ambos preceptos, según el voto particular, persiguen como objetivo el "pluralismo educativo", definido por el TEDH en su sentencia de 7 de diciembre de 1976 como "*esencial para la preservación de la sociedad democrática*".

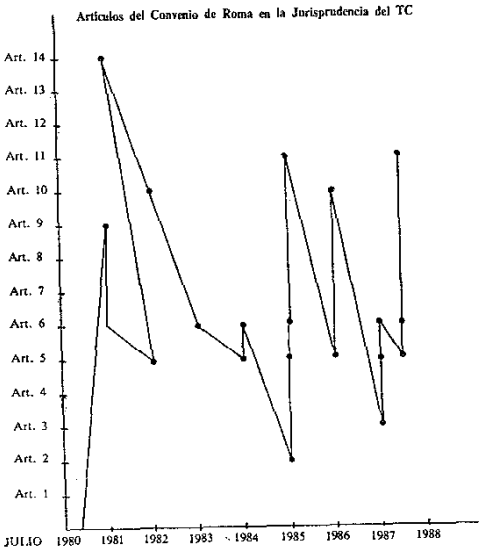
[1] *BJC*, 1981-1, pág. 33.

CUADRO Nº 1

AÑO	STC	ART. DEL CONVENIO DE ROMA
1981	5/1981, de 13 Feb.	art. 9
	12/1981, de 10 Abr.	art. 6.1
	22/1981, de 2 Jul.	art. 14
	24/1981, de 14 Jul.	art. 6.1
1982	41/1982, de 2 Jul.	art. 5.3
	62/1982, de 15 Oct.	arts. 6, 10 y 18
1983	18/1983, de 14 Mar.	art. 6
	19/1983, de 14 Mar.	art. 6.1
	47/1983, de 31 May.	art. 6.1
1984	36/1984, de 14 Mar.	art. 6.1
	101/1984, de 8 Nov.	art. 6.1
	108/1984, de 26 Nov.	arts. 5, 3 y 6.2
	127/1984, de 26 Dic.	arts. 5.3
1985	13/1985, de 31 Ene.	art. 6.1
	44/1985, de 22 Mar.	art. 6.1
	53/1985, de 11 Abr.	art. 2
	67/1985, de 24 May.	art. 11
	74/1985, de 28 Jun.	art. 6.2
	99/1985, de 30 Sep.	art. 6.1
	101/1985, de 4 Oct.	art. 6.3
	178/1985, de 19 Dic.	art. 5
1986	140/1986, de 11 Nov.	art. 5.1 apart. a)
	159/1986, de 12 Dic.	art. 10.2
1987	2/1987, de 21 Ene.	arts. 3, 5.1, 6, 6.1 y 6.3
	32/1987, de 12 Mar.	art. 5.3
	40/1987, de 3 Abr.	arts. 5 y 6.2
	96/1987, de 10 Jun.	art. 6.1
	113/1987, de 3 Jul.	art. 6.1
	115/1987, de 7 Jul.	arts. 5.1a), 5.4, 6.3, 9, 11 y 14
	196/1987, de 11 Dic.	arts. 5 y 6.3
	199/1987, de 16 Dic.	arts. 5.3 y 6.1
1988	19/1988, de 16 Feb.	arts. 5 y 5.1
	37/1988, de 3 Mar.	art. 6.3
	71/1988, de 19 Abr.	art. 6.3
	85/1988, de 28 Abr.	art. 11
	112/1988, de 8 Jun.	arts. 5, 5.1 y 10.1
	145/1988, de 12 Jul.	art. 6.1
	176/1988, de 4 Oct.	arts. 6 y 11

ANEXO CUADRO Nº 1

CUADRO Nº 2



En este supuesto la jurisprudencia se justifica en el "uso ilustrativo" de la jurisprudencia del TEDH y reconoce, por vía de esa jurisprudencia, que el pluralismo educativo es esencial para una sociedad democrática.

En la STC 12/1981, de 10 de abril[2], se realiza, en cambio, *la aplicación directa del art. 6.1 del Convenio, de Roma a través de la STEDH de 17 de enero de 1970* (caso Delcourt) y supone que, en el caso que se examinó, *el recurso de casación no solo se halla limitado por un estricto control de legalidad, sino que, además, se encuentra sometido a los principios del juicio equitativo* garantizados en el art. 6.1 Convenio, según el cual "toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa..."; en tal sentido toda persona tiene derecho no solo a conocer el fundamento práctico de la acusación [*le bien-fondé en fait*], sino también a conocer su fundamento jurídico [*le bien-fondé en droit*].

La STC 22/1981, de 2 de julio[3], sin aludir a sentencias específicas del TEDH, recoge la doctrina mantenida por el mismo en torno al art. 14 del Convenio y la interpretación que sobre este ha realizado el TEDH, al señalar que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación, pues el art. 14 del Convenio *no prohíbe la diferencia en el ejercicio de derechos y libertades, ya que la igualdad se viola cuando la desigualdad se halla desprovista de una justificación objetiva y razonable*. La existencia de esa justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada. debiendo darse *una relación razonable de proporcionalidad (principio de proporcionalidad).*

La STC 24/1981, de 14 de julio[4], acude en apoyo de los casos Neumeister Ringeisein y König y a la interpretación que sobre el llamado "*plazo razonable*" se halla en esas sentencias, pues el derecho a la jurisdicción es algo que no puede entenderse desligado del tiempo en que debe prestarse. En la STC que se examina se aprecia el grado de razonabilidad de las dilaciones procesales atendiéndose a:

a) complejidad del asunto;

b) comportamiento de los recurrentes, y

c) modo en que el asunto ha sido llevado por las autoridades judiciales.

La STC 41/1982, de 2 de julio[5], *aplica directamente* el contenido sustentado por el TEDH en cuanto a la duración de la prisión provisional, de conformidad con el art. 5.3 del Convenio, según el cual el *plazo de detención debe situarse en los límites de lo "razonable", según las circunstancias del proceso* (STEDH caso Neumeister y Wemhoff). El TC, atendiendo a lo que se debe entender por "razonable", según la jurisprudencia del TEDH, entendió que el plazo de la detención se sitúa dentro del límite de "lo razonable".

[2] *BJC*, 1981-1, pág. 193.
[3] *BJC*, 1981-4, pág. 248.
[4] *BJC*, 1981-4, pág. 277.
[5] *BJC*, 1982-16/17, págs. 629 y 630.

La STC 62/1982, de 15 de octubre[6], insiste en que la Constitución ha de ser interpretada de conformidad con las declaraciones, tratados y acuerdos a que se refiere el art. 10.2 C, por consiguiente, no solo el Convenio de Roma, sino que el resto de tratados y acuerdos ratificados por España han de justificar la interpretación de la norma constitucional. En ese contexto el TC entra a examinar *el derecho de libertad de expresión* con apoyo en la STEDH de 7 de diciembre de 1976 (caso Haudyside) y llega a la conclusión, de conformidad con el art. 10.2 del Convenio, de que *toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en materia de libertad de expresión, debe ser proporcionada al fin legítimo perseguido (principio de proporcionalidad).*

La STC 18/1983, de 14 de marzo[7], con apoyo en la STEDH de 23 de abril de 1977 (caso König) el TC entiende que el derecho a la jurisdicción no puede entenderse como algo desligado del tiempo en que debe prestarse, sino que ha de otorgarse "*dentro de los razonables términos temporales* en que las personas lo reclaman en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos", pero ese derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas *no es solo el proceso penal como pudiera pensarse del contexto general del art. 6 del Convenio, sino que dentro del concepto general de la efectiva tutela debe plantearse como un posible ataque al mismo las dilaciones injustificadas que pueden acontecer en cualquier proceso.*

La STC 19/1983, de 14 de marzo[8], plantea la *legitimación* de personas jurídicas en el contexto constitucional del art. 24 C., según el cual "todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva... en el ejercicio de sus derechos e intereses *legítimos*...". En el caso que se planteó ante el TC, una interpretación *extensa* del art. 6 del Convenio (caso Buchholz STEDH de 6 de mayo de 1981), implica reconocer el derecho a la tutela judicial no solo en el ámbito de las relaciones civiles y penales *expresamente* contempladas en el art. 6 del Convenio, *sino además, las actuaciones procesales que se sigan ante órganos competentes en materia laboral.*

La STC 47/1983, de 31 de mayo[9], con apoyo, entre otros, en el art. 6.1 del Convenio lo aplica en la medida en que en el mismo se establece la exigencia de que la *composición* de un órgano judicial venga establecida por ley y, por tanto, que *se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de sus miembros.* Por ello el art. 6.1 del Convenio quedaría burlado y, por tanto, inaplicado *si bastara con mantener el órgano y pudieran alterarse arbitrariamente sus componentes.*

La STC 36/1984, de 14 de marzo[10], acude de nuevo a la interpretación que sobre el "plazo razonable", invocado en el art. 6.1 del Convenio, ha realizado el TEDH. Para ello se invoca la STEDH de 13 de julio 1983 (caso Zimmermann y Steiner) en la que se señalan como criterios para tener en cuenta:

[6] *BJC*, 1982-19, págs. 924 y ss.
[7] *BJC*, 1983-24, pág. 364.
[8] *BJC*, 1983-24, pág. 368.
[9] *BJC*, 1983-26, págs. 707 y 708.
[10] *BJC*, 1984-36, pág. 573.

a) la complejidad del litigio;

b) la conducta de los litigantes y las autoridades judiciales;

c) las consecuencias que del proceso presuntamente demorado se siguen para los litigantes.

En el caso que se examina por el TC, y por aplicación de la jurisprudencia del TEDH, obligaba a concluir que se había producido una violación del plazo razonable.

La STC 101/1984, de 8 de noviembre[11], acoge la doctrina del TEDH acerca del derecho de toda persona a que su causa sea juzgada "*por un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley*" (art. 6.1 Convenio), que se extiende "a los litigios sobre derechos y obligaciones *de carácter civil* (art. 6.1 Convenio y casos Golder: STEDH de 21 de febrero de 1975; caso Le Compte: STEDH 28 de julio de 1981; caso Sporrong: STEDH 24 de septiembre de 1982). Con base en las exigencias del art. 6.1 del Convenio, el TC concluye que *también el derecho al juez ordinario preestablecido por la ley tiene vigencia en nuestro ordenamiento procesal civil*.

La STC 108/1984, de 26 de noviembre[12], acude al contenido del art. 6.2 del Convenio, según el cual, *toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada*. Pero ese derecho a la presunción de inocencia se considera *compatible con la adopción de medidas cautelares y, más en concreto, con la adopción de la prisión preventiva que, a su vez, ha de hallarse sometida a un plazo razonable* (art. 5.3 Convenio) *en cuanto que afecta a los principios de libertad individual y a la propia presunción de inocencia* (STEDH de 27 de junio de 1968; caso Wemhoff y Neumeister y STEDH de 10 de noviembre de 1969, caso Stögmüller y Matzhedtter). Por ello concluye el TC, de conformidad con la jurisprudencia del TEDH, *que la presunción de inocencia es compatible con la adopción de medidas cautelares*.

La STC 127/1984, de 16 de diciembre[13], *acude de nuevo al concepto indeterminado del "plazo razonable" aplicable a la prisión preventiva* (art. 5.3 Convenio). El TC concluye que es "clara la voluntad del constituyente y cumpliendo su mandato del legislador, de fijar plazos, —entiéndase bien "plazos efectivos"— y que esos plazos han de cumplirse, pues ese cumplimiento "...integra la garantía constitucional de la libertad consagrada en el art. 17 C.".

La STC 13/1985, de 31 de enero[14], reconduce el art. 20.4 C. al art. 6.1 del Convenio en el ámbito del proceso penal y *conecta la garantía objetiva de la publicidad con los límites constitucionales del respeto a los derechos reconocidos constitucionalmente, y especialmente el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen*

[11] *BJC*, 1984-43, pág. 1337.
[12] *BJC*, 1984-44, págs. 1409 y 1410.
[13] *BJC*, 1985-45, págs. 45 y 46.
[14] *BJC*, 1985-47, pág. 239.

(art. 20.4 C.). Esa necesidad de compatibilizar ambas normas justifica el contenido del art. 6.1 del Convenio, el cual prevé la prohibición de acceso del público a la Sala de Audiencia, por razones de moralidad, de orden público o de seguridad nacional. Sobre estas bases el TC indica que en el proceso penal, a través del cual se lleva a cabo la protección de derechos fundamentales, *se ampara el secreto en el sumario*, que aparece limitando principios que se conectan con la publicidad y la libertad con apoyo en el art. 6.1 Convenio. Pero concluye el TC que la exigencia del secreto sumarial no se halla establecida por ningún precepto constitucional y por ello se requiere, en su aplicación concreta, *una interpretación estricta*.

La STC 44/1985, de 22 de marzo[15], alude a la exigencia de *imparcialidad* exigida en el art. 6.1 Convenio que se conecta con "la concreta idoneidad de un determinado juez en relación con un concreto asunto". Según el TC la imparcialidad se salvaguarda:

a) por las condiciones subjetivas de ecuanimidad y rectitud del órgano jurisdiccional;

b) por su desinterés y neutralidad.

La no concurrencia de ambos requisitos implicaría la presencia de un juez o tribunal que, en opinión del TC, *no ofrece las garantías necesarias de imparcialidad previstas en el art. 6.1 Convenio*.

La STC 53/1985, de 11 de abril[16], aborda la interpretación, en relación con el *nasciturus*, del término "persona" del art. 2 del Convenio, reconociendo que si bien el TEDH no se ha pronunciado sobre la conexión *nasciturus-persona*, reconoce igualmente que la Comisión Europea de Derechos Humanos, en su función relativa a admisión de demandas, sí lo ha hecho en relación con el asunto 8416/1979 en su decisión de 13 de mayo de 1980, *poniendo de manifiesto, por lo que se refiere a la expresión "everyone"*, o "*toute personne*", de los textos auténticos del Convenio, que aun cuando no aparece definido en el Convenio, la utilización que de esa expresión se hace en el mismo y en el contexto dentro del cual se emplea en el art. 2 del Convenio, lleva a sostener que se refiere a las personas ya nacidas y no es aplicable al "*nasciturus*". Esta es la conclusión del TC.

La STC 67/1985, de 24 de mayo[17], se apoya en el derecho de asociación reconocido en el art. 11 del Convenio, cuya interpretación *tanto positiva* —derecho a asociarse— *como negativa* —derecho a no asociarse— recoge el TC concluyendo *que el reconocimiento y alcance de estas dos libertades —positiva y negativa— se encuentra en conexión con el tipo de Estado, en cada tiempo y lugar*.

La STC 74/1985, de 18 de junio[18], se concreta en la exigencia del art. 24.2 C, según el cual "todos tienen derecho... a la asistencia de letrado", reconocido

[15] *BJC*, 1985-48, pág. 437.
[16] *BJC*, 1985-49, pág. 533.
[17] *BJC*, 1985-50, pág. 658.
[18] *BJC*, 1985-51, págs. 841 y 842.

también en el art. 6.2.c) del Convenio. El TC, siguiendo la doctrina del TEDH, admite que esa garantía ha sido situada "en el ámbito penal" sin que el TEDH la haya planteado como disyuntiva entre derecho penal y derecho disciplinario (caso Deweer, STEDH de 27 de febrero de 1980 y caso Eckle, STEDH de 15 de julio de 1982) admitiendo, por lo demás el TEDH que los ordenamientos estatales *pueden establecer distinciones en cuanto a la aplicación de esa garantía que se concreta en la asistencia letrada en cuanto a su cumplimiento en el ámbito disciplinario* o, como era en el caso examinado por el TC, en el ámbito de la administración disciplinaria penitenciaria.

La STC 99/1985, de 30 de septiembre[19] reconoce, con apoyo en el art. 6.1 del Convenio, que la expresión contenida en el art. 24.1 C, según el cual "todas las personas tienen derecho... a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales" es una garantía reconocida a "toda persona" o a "todas las personas" *sin atención a su nacionalidad*.

La STC 101/1985, de 4 de octubre[20], se ocupa del art. 6.3. d) del Convenio, según el cual "todo acusado tiene como mínimo los siguientes derechos:

"...d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él...".

Ello supone, según el TC, *circunscribir* la prueba testifical a la fase de juicio en donde *únicamente* se lleva a cabo el *principio de contradicción* con el fin de garantizar un proceso penal adecuado.

La STC 178/1985, de 19 de diciembre[21], aborda la legalidad del arresto del quebrado. El TC con apoyo en el art. 5° del Convenio no comparte la tesis del fiscal, según la cual el art. 17.1 C prohíbe toda privación de libertad que no esté relacionada con un delito, *ya que ni se agota en la modalidad de prisión los supuestos de restricción o privación de libertad, ni solo la comisión de un hecho delictivo es título para restringir la libertad*, pues la restricción de libertad es un concepto genérico del que una de sus modalidades es la prisión en razón de un hecho punible pues como indica en el art. 5 del Convenio *existen otros supuestos en que el derecho a la libertad alude a otros casos en que no rige la regla delito-privación de libertad*.

La STC 140/1986, de 11 de noviembre[22], vuelve sobre el art. 5° del Convenio y con base en él se da contenido al voto particular a la sentencia formulado por el Dr. Eugenio Díaz Eimil. Entiende el voto particular que la ley que limita la libertad individual contemplada en el art. 17.1 C y art. 5° del Convenio es una ley procesal, y en particular la Ley de Enjuiciamiento Criminal o cualquier otra procesal que regule los casos y formas de la detención, *pero en ningún modo tales especificaciones se pueden hallar en leyes penales sustantivas que no deben contener regla alguna que incida en la garantía del derecho que reconoce el art. 17.1 C*. De ello, además,

[19] *BJC*, 1985-54/55, pág. 1145.
[20] *BJC*, 1985-54/55, pág. 1155.
[21] *BJC*, 1986-57, pág. 31.
[22] *BJC*, 1986-68, pág. 1384.

se deduce del contexto del art. 5° del Convenio que la ley procesal que regule la detención y prisión ha de ser "ordinaria" y no "orgánica", como dice el art. 81.1 C.

La STC 159/1986, de 12 de diciembre[23], no aplica sino que recoge la particular argumentación que el recurrente en amparo realiza del art. 10.2 del Convenio, pues según él el *derecho de información* que en él mismo se recoge es una garantía consagrada en el art. 10.2 del Convenio, por lo que ese derecho de información solo puede ser sometido a restricciones o sanciones cuando estas estén previstas legalmente y *constituyan medidas necesarias y proporcionadas para conseguir el fin perseguido de informar*. Por ello la simple reproducción de la comunicación de una organización terrorista no va más allá de los límites de la libertad de información, y en consecuencia no constituye delito, pues simplemente se está informando y, *en todo caso cualquier tipo de sanción a esos comunicados tendría que atemperarse con los criterios de necesariedad y proporcionalidad que demanda una sociedad democrática*. La STC concede el amparo al recurrente.

La STC 2/1987, de 21 de enero[24], utiliza como criterio interpretativo el contenido del art. 3 del Convenio, según el cual "nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradatorios". El TC señala que no cabe duda de que determinados aislamientos penitenciarios, como el de las llamadas "celdas negras", es una forma de sanción que envuelve condiciones manifiestamente inhumanas, atroces y degradantes. Por su parte el TC señala, cómo el Reglamento Penitenciario y la Ley Penitenciaria *establecen restricciones para la aceptación residual de ese tipo de sanciones*, y que no son otras que las indicadas en los arts. 42 de la Ley Penitenciaria y 112 del Reglamento Penitenciario. Por ello concluye el TC que tales sanciones solo pueden aplicarse *en casos extremos y a través de un confinamiento separado*. Y resalta el TC cómo la Comisión de Estrasburgo en más de una ocasión ha tenido que hacer frente a este tipo de confinamientos en el contexto del art. 3 del Convenio, señalando que cuando aquel obedece a *exigencias razonables* no constituye de por sí un tratamiento inhumano o degradante, *por lo que no es la sanción en sí, sino el conjunto de circunstancias y condiciones de su aplicación, incluyendo su particular forma de ejecución, el carácter más o menos estricto de la medida, su duración, el objeto perseguido y sus efectos en la persona en cuestión*.

La STC 32/1987, de 12 de marzo[25], aborda de nuevo el "plazo razonable" de la prisión preventiva de conformidad con el art. 5.3 del Convenio, que da a los preventivos la garantía de ser juzgados en un plazo razonable o ser puestos en libertad durante el procedimiento, *por lo que la infracción de la ley que regula la duración máxima de la prisión provisional supone una vulneración del derecho fundamental a la libertad y a la seguridad, según el art. 17 C*. En este caso el TC reafirma el carácter *excepcional* de la prisión provisional, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar.

[23] *BJC*, 1986-68, pág. 1454.
[24] *BJC*, 1987-70, pág. 120.
[25] *BJC*, 1987-71, págs. 364 y 365.

La STC 40/1987, de 3 de abril[26], se refiere nuevamente al tratamiento que en consonancia con los arts. 5, 6.2 del Convenio es preciso otorgar a la prisión provisional. De esos artículos el TC concluye que la prisión provisional ha de hallarse presidida por los siguientes principios:

a) *interdicción de la arbitrariedad de cualquier detención o prisión*;

b) presunción de inocencia;

c) limitación temporal de las medidas de prisión hasta un plazo razonable;

d) justificación de la medida para asegurar la comparecencia del acusado al acto del juicio, y

e) excepcionalidad de la medida cautelar de prisión, por lo que no debe ser la regla general.

La STC 96/1987, de 10 de junio[27], plantea al *principio de publicidad en el ámbito del proceso*. Ese principio, según el TC, tiene una doble finalidad:

a) proteger a las partes de una justicia sustraída al control público, y

b) mantener la confianza de la comunidad en los tribunales.

En ambos sentidos el principio *constituye una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de derecho*. De aquí que los derechos vinculados a la exigencia de publicidad posean el carácter de *fundamentales*, por lo que pueden ser objeto de amparo constitucional. Y esta es, además, la interpretación que es preciso extraer del art. 6.1 del Convenio, en el caso Pretto y otros, STEDH de 8 de diciembre de 1983, y en el caso Axen de la misma fecha. De acuerdo con esa interpretación, la publicidad de las actuaciones judiciales *se convierte en una de las condiciones de la legitimidad constitucional de la administración de justicia*.

La STC 113/1987, de 7 de julio[28], plantea si el ejercicio de la instrucción y fallo *por un mismo órgano judicial* vulnera el principio de imparcialidad reconocido en el art. 6.1 del Convenio. La STC no se pronuncia sobre tan controvertido tema de la "predeterminación", pues quedó probado que fue distinto el juez que "instruyó" y el que "juzgó", *con independencia* de la valoración que le merezca una ley que posibilita la instrucción y fallo por un mismo órgano judicial.

La STC 115/1987, de 7 de julio[29], trata de las garantías aplicables al internamiento de un extranjero pendiente de expulsión. De conformidad con los arts. 5.4 y 6.3 del Convenio, una situación semejante *ha de respetar el derecho a la defensa*, cumpliéndose de ese modo la STEDH de 18 de julio de 1971 (caso de Wilde, Doms y Versyp), relativa a que toda persona privada de su libertad, con fundamento o no, tiene derecho a un control de legalidad ejercido por el tribunal, y por ello con "unas garantías compatibles a las que existen en las detenciones

[26] *BJC*, 1987-72, pág. 484.

[27] *BJC*, 1987-74, pág. 908.

[28] *BJC*, 1987-75, pág. 1059.

[29] *BJC*, 1987-75, pág. 975.

en materia penal"; lo que supone, también, incluir el derecho de *habeas corpus* tanto en fase gubernativa previa como en fase judicial más allá de las 72 horas. Solo de ese modo se puede evitar un *internamiento arbitrario*.

La STC 196/1987, de 11 de diciembre[30], plantea si en casos de incomunicación es aplicable o no la exigencia de hallarse asistido por un defensor *de la elección del incomunicado*. El TC pone de relieve cómo el art. 5 del Convenio proclama el derecho a la libertad (indicado entre los derechos del *detenido preventivamente*), a lo que apostilla el TC que el art. 5 del Convenio no incluye el de asistencia letrada, aunque luego el art. 6 del Convenio ya referido *al acusado* aluda expresamente al derecho de este de ser asistido por un defensor de su elección, por lo que la asistencia letrada *se hace depender de la existencia de una acusación* (STEDH de 27 de junio de 1966: caso Neumeister; STEDH de 27 de febrero de 1980: caso Deweer; STEDH de 13 de mayo de 1980: caso Artico, y STEDH de 26 de marzo de 1982: caso Adolf). A continuación el propio TC se interroga acerca de la línea divisoria entre "detenido" y "acusado", para concluir que de la jurisprudencia del TEDH no es posible alcanzar un criterio unánime; por ello señala el TC que el derecho del detenido a la asistencia letrada es preciso hallarlo *no en la modalidad de la designación de abogado, sino en la efectividad de la defensa y esa finalidad se cumple objetivamente con el nombramiento de un abogado de oficio*, y además conforme con esa doctrina es la STEDH de 17 de mayo de 1980 en el caso Artico, según la cual la libre elección de abogado forma parte del contenido *normal* del derecho del detenido a la asistencia letrada, *pero no de su contenido esencial*, pues su privación y consiguiente nombramiento imperativo *no hace impracticable el derecho de asistencia letrada ni lo despoja de la necesaria protección*.

La STC 199/1987, de 16 de diciembre[31], plantea la existencia o no de jueces excepcionales o no ordinarios. Según el TC tales jueces se hallan prohibidos en la Constitución, pero ello no es obstáculo para que el legislador, teniendo en cuenta la existencia de una "opción legislativa", pueda crear organismos judiciales centrales que, no obstante ello, en ningún caso, ni orgánica ni funcionalmente en cuanto a su composición y designación, dejan de ser órganos *ordinarios*, como así lo reconoce la Comisión Europea de Derechos Humanos en su Informe de 16 de octubre de 1986 sobre el caso Barbera y otros, en el que afirma: "*la Comisión comprueba que la Audiencia Nacional es un Tribunal ordinario instituido por un Real Decreto-Ley y compuesto por magistrados nombrados por el Consejo General del Poder Judicial*".

La STC 19/1988, de 16 de febrero[32], plantea la inconstitucionalidad del art. 91 del Código Penal, que contempla que la *responsabilidad personal subsidiaria*, prevista para cuando se den las circunstancias de impago de una multa en quien haya sido condenado por la comisión de un ilícito penal. El TC señala en tal sentido que,

[30] *BJC*, 1988-81, págs. 41 y 42.

[31] *BJC*, 1988-81, pág. 25.

[32] *BJC*, 1988-83, pág. 265.

Juristisches Semina

en función de los siguientes argumentos, el art. 91 CP no conculca el art. 17.1 C. Tales argumentos son:

a) por las *garantías* la aplicación de ese tipo de responsabilidad;

b) por su previsión en una *ley orgánica*, y

c) por su adopción *solo* al término del debido proceso judicial.

Por tales razones, insiste el TC, el art. 91 del Código Penal no vulnera el art. 17.1 C., pues, según ese precepto, la privación o restricción de la libertad no se lleva a cabo *solo* "en los casos y en la forma previstos en la Ley" y entre las hipótesis que justifican constitucionalmente la privación o restricción *pro tempore* de la libertad *se halla la de haber sido el individuo "penado legalmente en virtud de sentencia dictada por un Tribunal competente"* de conformidad con el art. 5.a) del Convenio.

La STC 37/1988, de 3 de marzo[33] pone de relieve cómo el TEDH, en relación con el art. 6.3.c) del Convenio, garantiza tres derechos al acusado:

a) a defenderse por sí mismo;

b) a defenderse mediante asistencia letrada de su elección, y

c) en determinadas condiciones, a recibir asistencia letrada gratuita.

Así se expuso en el caso Pakelli (STEDH de 25 de abril de 1983), sin que la opción en favor de una de esas tres posibles formas de defensa *implique la renuncia o imposibilidad de ejercer alguna de las otras siempre que sea necesario*. De otro lado, el art. 6.3.c) del Convenio alude no a nombramiento, sino a *asistencia*, por lo que se desprende que lo que el Convenio dispone es que el acusado *tiene derecho a gozar de una asistencia técnica efectiva* (caso Artico). De aquí que concluya el TC que el derecho de defensa *deba ser interpretado en el mismo sentido que lo ha hecho el TEDH*.

La STC 71/1988, de 19 de abril[34], alude al cumplimiento del derecho de defensa en el contexto del art. 6.3.c) del Convenio, que establece el derecho *de toda persona a ser asistida de un intérprete gratuitamente si no comprende o no habla la lengua utilizada en la audiencia*. Con ello se trata de evitar una situación de *desventaja* en el marco de un *proceso justo* (STEDH de 28 de noviembre de 1978, caso Luedicke, Belkaun y Koç). Conjuntamente con ello el TC incide sobre la *efectividad técnica* de esa sentencia en modo ya indicado *supra* a propósito del caso Artico.

La STC 85/1988, de 28 de abril[35], hace referencia al derecho de reunión al que configura a través de las siguientes notas:

a) concurrencia concertada, y

b) carácter externo del fin concreto de la reunión (fin lícito).

El TC llega a la conclusión de que la *ausencia* de una definición del derecho de reunión en el art. 11 del Convenio *no impide* que a través de LO 9/1985, de

[33] *BJC*, 1988-83, págs. 388 y 389.

[34] *BJC*, 1988-85, págs. 704 y 705.

[35] *BJC*, 1988-85, págs. 765 y 766.

15 de julio, reguladora del derecho de reunión, ambas notas sean delimitadoras o definidoras del mismo.

La STC 112/1988, de 8 de junio[36], alude a que el *internamiento judicial en un establecimiento psiquiátrico no es en principio contrario al derecho a la libertad reconocido en el art. 17 C.*, de modo que cuando el art. 8.2 CP dispone que no se podrá salir del internamiento sin la previa autorización del tribunal sentenciador, ese artículo *no consagra una eventual privación de libertad indefinida en el tiempo y a la plena disponibilidad del órgano judicial competente*, ya que esa privación ha de ser interpretada con lo dispuesto en el art. 5.1.e) del Convenio. Según el caso y salvo en supuestos de urgencia, *la legalidad del internamiento de un enajenado* ha de cumplir tres consideraciones mínimas (caso Winterwerp STEDH de 24 de octubre de 1979), y que son las siguientes:

a) haberse probado de manera conveniente la enajenación mental del interesado, es decir, haberse demostrado ante la autoridad competente *por medio de un dictámen pericial médico objetivo*, la existencia de una perturbación mental real;

b) que revista un carácter amplio *que legitime el internamiento*, y

c) que con base en los motivos que originariamente justificaron la decisión de internamiento puedan dejar de existir, en cuyo caso es preciso averiguar si la perturbación persiste *y si en consecuencia debe continuar el internamiento en interés de la seguridad de los demás ciudadanos* o, lo que es lo mismo, *que no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo*.

Esas condiciones *garantizan* que el internamiento no resulte arbitrario y responda a la finalidad objetiva para la que fue previsto, esto es, *evitar que persista el estado de peligrosidad social inherente a la enajenación mental apreciada por la comisión de un hecho que la ley sanciona como delito*. Por ello concluye el TC que una interpretación restrictiva a la regla general de la libertad obliga a que el cese del internamiento se produzca mediante la concesión de la autorización precisa, cuando conste la curación o la desaparición del estado de peligrosidad.

La STC 145/1988, de 12 de julio[37], pone de relieve cómo la actividad instructora, al situar a quien la lleva a cabo en contacto *directo* con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsabilidades, *puede provocar en el ánimo del instructor prejuicios e imprevisiones a favor o en contra del acusado que le influyan a la hora de acusar*. Por ello el TEDH, en el caso De Cubber (STEDH de 26 de octubre de 1984 y en la STEDH de 1° de octubre de 1982, caso Priersack), ha insistido en la importancia que en esta materia tienen las apariencias, *de modo que debe abstenerse todo juez del que pueda temerse legítimamente una falta de imparcialidad. Esta prevención que el juez que ha instruido y que debe fallar puede provocar en los particulares viene*

[36] *BJC*, 1988-86, pág. 949.

[37] *BJC*, 1988-88/89, pág. 1174.

aumentada si se considera que las actividades instructoras no son públicas ni necesariamente contradictorias, por lo que la influencia que pueden ejercer en el juzgador se produce al margen de un "proceso público". Por ello y en un sistema procesal en el que la fase decisoria es el juicio oral y al que la instrucción sirve de preparación, *debe evitarse que este juicio oral pierda virtualidad o se empañe su imagen externa, como puede suceder si el juez acude a él con impresiones o prejuicios nacidos de la instrucción o si llega a crearse con cierto fundamento la apariencia de que esas impresiones o prejuicios existen.*

Y a tales conclusiones ha llegado el TEDH interpretando el art. 6.1 del Convenio, que afirma el derecho de toda persona a que su causa sea oída "por un Tribunal independiente e imparcial". Por ello el TEDH en el caso De Cubber entendió que la actuación como juez en el tribunal sentenciador de quien había sido juez instructor de la causa *suponía una infracción del derecho al juez imparcial* y, en nuestro ordenamiento jurídico, *inconstitucional*.

La STC 176/1988, de 4 de octubre[38] lleva a cabo la fijación del alcance que es preciso atribuir a la garantía de un "proceso público" del art. 6 del Convenio. Según el TEDH, en las casos Pretto y otros, según Axen y Sutter, el principio de publicidad no es aplicable a todas las fases del proceso penal, *sino tan solo al acto oral que lo culmina y al pronunciamiento de la subsiguiente sentencia*, atendida claro está la diversidad de orientaciones que es posible hallar en las diversas legislaciones de los Estados que conforman el Consejo de Europa.

Esta conclusión del TEDH lleva al TC a afirmar que el derecho al proceso público del art. 24.2 C, *solo* es de aplicación, además de la sentencia, al proceso en sentido estricto, es decir, al juicio oral, en el que se producen o reproducen las pruebas de cargo y descargo y se formulan las alegaciones y peticiones *definitivas* de la acusación y defensa, *ya que únicamente referida a ese acto procesal tiene sentido la publicidad del proceso en su verdadero significado de participación y control de la justicia por la comunidad*.

Del examen de la aplicación por el TC de la jurisprudencia del TEDH se desprende el alejamiento que realiza el TC de "conceptos absolutos", y con apoyo en el TEDH es común la reiterada admisión por parte del TC a una serie de principios o "*conceptos jurídicos indeterminados*" que sustentan sus propias resoluciones, como los siguientes:

a) principio de *proporcionalidad*;

b) principio del *carácter razonable de la medida*, y

c) principio de que, en sentido amplio, responde a las "*circunstancias aplicables al caso*".

[38] *BJC*, 1988-91, págs. 1237 y 1238.

Decretos 1155 y 1156 de 1992

DECRETO 1155 DE 1992

por medio del cual se declara el estado de conmoción interior

El presidente de la república de Colombia

en ejercicio de las facultades que le confiere el art. 213 de la Constitución Política y

CONSIDERANDO:

Que durante los últimos años la sociedad colombiana ha tenido que enfrentar modalidades criminales que han perturbado en forma grave el orden público, tales como el terrorismo y los magnicidios.

Que para hacer frente a dichos factores de perturbación se dictaron disposiciones excepcionales al amparo de la figura del estado de sitio, en virtud de las cuales se tipificaron hechos punibles y se sometió su conocimiento a la jurisdicción de orden público, creada y regulada por normas especiales.

Que la jurisdicción de orden público ha venido conociendo de hechos delictivos que causaron profunda conmoción social y grave perturbación del orden público.

Que la eficaz aplicación del régimen especial de la jurisdicción de orden público fortalece la administración de justicia en su acción contra la impunidad, y contribuye así a asegurar la convivencia ciudadana.

Que habida cuenta de que las causas y los efectos de estos factores de perturbación no han desaparecido y de la importancia de mantener la vigencia de las medidas mencionadas para procurar el restablecimiento del orden público, la Asamblea Nacional Constituyente dispuso que los decretos expedidos en ejercicio de las facultades de estado de sitio hasta la fecha de promulgación de la Constitución, continuarían rigiendo por un plazo de noventa días, durante los cuales el gobierno nacional podía convertirlos en legislación permanente siempre y cuando la Comisión Legislativa Especial no los improbara.

Que en desarrollo de lo anterior se adoptaron como legislación permanente diversas disposiciones dictadas para restablecer y mantener el orden público, entre ellas las relativas a la jurisdicción de orden público y el régimen que la regula.

Que la continua vigencia de tales medidas fue reiterada por el art. 5° transitorio del nuevo Código de Procedimiento Penal que expresamente señala que "La jurisdicción de orden público se integrará a la jurisdicción ordinaria desde el momento en que

comience a regir este nuevo código. Los jueces de orden público se llamarán jueces regionales y el Tribunal Superior de Orden Público se llamará Tribunal Nacional. La competencia de estos despachos no se modifica, continuarán conociendo de los mismos hechos punibles que han venido conociendo hasta ahora de acuerdo con los decretos que no impruebe la Comisión Especial para convertir normas expedidas en ejercicio de facultades de estado de sitio en legislación permanente".

Que el señor fiscal general de la nación envió al presidente de la república una carta en la cual dice: "Teniendo en cuenta lo dispuesto por los arts. 251, num. 5, de la Constitución Política y 8°, del decreto 2699 de 1991, me permito informarle que hoy y en los días inmediatamente anteriores, se han presentado numerosas solicitudes de libertad provisional y acciones de *habeas corpus* por parte de procesados por delitos cuyo conocimiento corresponde a la antigua jurisdicción de orden público, hoy jueces regionales y Tribunal Nacional, todo ello motivado en interpretaciones de la legislación adoptada como permanente por la Comisión Especial Legislativa y del Código de Procedimiento Penal expedido por la misma comisión, que en mi concepto no corresponden al recto entendimiento de dicha legislación y estatuto.

"La situación anterior en mi concepto está causando serias perturbaciones al orden público, razón por la cual he considerado conveniente ponerla en su conocimiento para que dentro de su competencia el gobierno adopte las medidas que estime pertinentes".

Que al no existir una precisión acerca de la aplicación de la normatividad de orden público frente al ordenamiento ordinario se hace inocua la operancia de la justicia, orientada en los últimos años hacia el sometimiento a la justicia de los autores y cómplices de delitos de narcotráfico, magnicidios, homicidios con fines terroristas, entre otras conductas perturbadoras del orden púbico, todo lo cual genera situaciones de impunidad que atentan de manera inminente contra la estabilidad de las instituciones y la seguridad del Estado.

Que las circunstancias mencionadas, en tanto hacen inoperantes las medidas de aseguramiento dirigidas a proteger a la sociedad, atentan de manera inminente contra la convivencia ciudadana.

Que por todo lo anterior se hace necesario adoptar medidas extraordinarias tendientes a asegurar la debida aplicación de tales normas especiales y así conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos.

Que la situación planteada no puede ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía.

Que de conformidad con el art. 213 de la Constitución Política corresponde al presidente de la república declarar el estado de conmoción interior cuando exista una grave perturbación del orden público que atenten de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana y que no pueda ser conjurada mediante el uso de atribuciones ordinarias de las autoridades de policía.

DECRETA:

Art. 1°. Declarar el estado de conmoción interior en todo el territorio nacional a partir de la vigencia del presente decreto y hasta las veinticuatro horas del día jueves dieciséis de julio del presente año.

Art. 2°. El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Santa Fe de Bogotá, D. C., a 10 de julio de 1992.

DECRETO 1156 DE 1992

por medio del cual se dictan disposiciones en relación con el procedimiento aplicable a los delitos de conocimiento de los jueces regionales,

El presidente de la república de Colombia,

en ejercicio de las facultades que le confiere el art. 213 de la Constitución Política, y en desarrollo de lo dispuesto por el decreto 1155 de 1992, y

CONSIDERANDO:

Que es necesario interpretar de manera auténtica el sentido y alcance de la legislación que le otorgó carácter permanente a los decretos referentes a la jurisdicción de orden público, así como el Código de Procedimiento Penal.

Que además resulta necesario regular algunos aspectos relacionados con el otorgamiento de la libertad a las personas procesadas por los jueces regionales y el Tribunal Nacional, dentro del debido proceso.

DECRETA:

Art. 1°. En relación con los delitos de competencia de los jueces regionales se aplican las normas especiales de procedimiento y sustanciales de conformidad con el artículo 5° transitorio del decreto 2700 de 1991 y las disposiciones del presente decreto.

Art. 2°. La libertad provisional en los únicos casos en que ella es viable de acuerdo con el artículo 59 del decreto 2790 de 1990, modificado por el decreto 99 de 1991 y adoptado como legislación permanente en virtud del decreto 2271 del mismo año, solo podrá hacerse efectiva cuando esté en firme la providencia que la concede.

Art. 3°. En los delitos de competencia de los jueces regionales y del Tribunal Nacional no procederá la acción de *habeas corpus* por causales previstas para obtener la libertad provisional, las cuales deben alegarse dentro del proceso respectivo. Tampoco procederá para efecto de revisar la legalidad de las providencias que hubieren decidido sobre la privación de la libertad.

Art. 4°. El artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto hace referencia a los delitos de que trata el artículo 59 del decreto 2790 de 1990, debe entenderse que rige transcurridos los términos de que trata el artículo 2° transitorio del Código de Procedimiento Penal.

Art. 5°. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Santa Fe de Bogotá, D. C., 10 de julio de 1992.

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia

El llamado "campanero" es autor y no cómplice

Cuando la labor de control de terceros tiene una proximidad de inmediatez con los autores directos del delito, hasta el punto de impedir el sorprendimiento en flagrancia, debe considerarse como autoría y no como complicidad.

Magistrado ponente: Dr. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ
Bogotá, mayo 10 de 1991.

Comentario: ANA MARÍA PELAEZ MERINO*

Antecedentes

El 12 de noviembre de 1985 E. P. S. (o M. C. A.), junto con otros individuos, penetró a la joyería "Técnica", de propiedad de L. E. D., ubicada en la calle 17 N° 23-86 de la ciudad de Pasto (Nariño), en las horas del medio día (cuando la joyería se encontraba cerrada), apoderándose de varias joyas, relojes, dinero y un revólver. Mientras el hecho se realizaba, la amante de P. S., P. B. P., se colocó aproximadamente a 6 metros del establecimiento, donde T. R. de G. tenía una venta de comestibles, trabando conversación con ella y esforzándose por taparle la visibilidad que la vendedora tenía sobre la joyería.

La policía recogió ese mismo día las informaciones del caso y el 13 subsiguiente capturó a P. S.; luego se constató que la mencionada P. B. P. había sido aprehendida y puesta a disposición del Juzgado Tercero de Instrucción Criminal, sindicada de otro delito.

El juzgado Veinte de Instrucción Criminal de Pasto abrió investigación, indagó a P. S. y B. P., practicó otras pruebas y dictó auto de detención contra la citada pareja por el delito de hurto. Posteriormente vinculó al sumario como sindicados a E. A. G. y A. O., y remitió el expediente por competencia al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de dicha ciudad, que clausuró la investigación y la calificó por auto de 25 de julio de 1986 con auto de proceder contra los dos primeros como autores de hurto calificado, y sobreseyó en forma definitiva a los otros dos acusados (fls. 457 y ss.-2).

Apelado el enjuiciamiento, el fiscal tercero del Tribunal solicitó su confirmación, mas consideró que el proceso era claro en cuanto a que la

* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana.

procesada P. B. no era autora sino cómplice, petición que no fue acogida por el tribunal, que ratificó el llamamiento a juicio en su integridad (fls. 511 y ss.).

La causa prosiguió normalmente y, celebrada la audiencia, se dictó sentencia de 15 de noviembre de 1988, mediante la cual E. y P. fueron condenados a 42 y 37 meses de prisión, respectivamente, en calidad de coautores de hurto calificado, a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, al pago de $ 3.229.000 por concepto de perjuicios, y se les negó la condena de ejecución condicional (fls. 809 y ss. del cuaderno N° 3).

Al conocer de la apelación interpuesta contra dicho fallo el tribunal, enfrentó de nuevo una más fundamentada petición del fiscal sobre el tema de la complicidad en el comportamiento de la procesada, pero una vez más consideró que era autoría y, en tales condiciones, confirmó la providencia.

La sentencia del tribunal fue recurrida en casación por el fiscal tercero y por el defensor de la acusada. Concedido el recurso, la Corte lo declaró admisible y ambos impugnantes presentaron sus demandas. Empero, mediante auto de 26 de junio último la Sala inadmitió el libelo del defensor y, en consecuencia, declaró desierto el recurso, habida cuenta de que no alegó por su patrocinada sino por P. S., de quien no es apoderado en este proceso, "debiéndose considerar, por tanto, que no presentó demanda respecto de la acusada a quien representa" (fls. 74).

La demanda del fiscal 3° se declaró ajustada a las prescripciones legales.

La demanda

De conformidad con el numeral 1°, cuerpo 1° del artículo 15 del decreto 1861 de 1989 (que modificó el 226 del C. de P. P.), el actor sostiene que se violó directamente el artículo 24 del Código Penal por falta de aplicación, en lo que se refiere a la conducta desplegada por la procesada P. B. P.

Señala que la atribución de autoría para la procesada "no es acertada, pues la prueba existente indica claramente a la B. P. como cómplice, dado que su actividad es de mera coadyuvancia al autor material del reato, lo que se vislumbra desde el informe de la policía y en las diferentes resoluciones judiciales a través de las cuales se definió la situación jurídica y se llamó a juicio", y agrega:

"Si nos atenemos a lo que refleja la prueba recaudada tenemos que el criterio adoptado por el juez de segunda instancia es errado, pues aquella señala a la B. P. como cómplice, dado que su conducta fue la de "campanera" o de mera coadyuvancia al autor material del reato. Y es que el trabajo delictual de la acusada fue la de distraer a las personas que tenían su puesto de venta de frutas al frente de la joyería donde se perpetraba el reato para cuyo efecto previamente había convenido prestarle ayuda al autor material; realidad que en nuestro sentir es de mera coadyuvancia y no de coautoría.

Esta apreciación encuentra base sólida en que la conducta de la B. P. reúne en sí la presencia de todos los elementos estructurales de la complicidad como son: que su obrar por sí solo no se adecúa plenamente al tipo penal, pero su colaboración sí contribuyó armónicamente a la realización del hecho punible, la que previamente había sido acordada con el autor material para la comisión del reato contra el patrimonio económico, lo que significa que había identidad del hecho delictuoso.

Pensar como lo hace el juez *ad quem*, que en el caso de examen existe coautoría, es errado, pues para llegar a esa conclusión se califica el concierto previo entre el autor material y la B. P. como división del trabajo delictual; criterio con el cual se borra del estatuto punitivo la figura de la complicidad, yendo en este campo en contravía de lo establecido por el legislador.

Pensamos que es de la esencia de la complicidad la división del trabajo delictual entre el autor y el colaborador, mas no por ello esa ayuda consciente y previa se la puede catalogar como coautoría impropia, denominación que es creación académica y no legislativa, lo que contraría la voluntad del legislador, pues va en detrimento de la figura de cómplice, ya que quien de cualquier manera auxilie o colabore con el autor de un ilícito, por la división de trabajo, indefectiblemente será calificado como coautor, lo que no es justo, ni equitativo ni legal, pues académicamente no se puede abolir la complicidad.

La división de trabajo, pensamos, es predicable de una pareja criminal o de un grupo de sujetos que tiene como objetivo la comisión de varios o de muchos delitos: mas no cuando, como en el *sub lite*, la colaboracion es ocasional y singular...".

Señala como normas violadas los artículos 24, 62, 67, 350 y 372 del Código Penal, y solicita que se case el fallo y "se condene a P. del S. B. P. como cómplice del hecho punible de hurto calificado, a la pena principal de 16 meses de prisión".

La delegada

El señor procurador segundo delegado en lo penal, invocando el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal de 1971 (que es el que rige este proceso), estima que "no es del caso entrar a ampliar o modificar la tesis expuesta en la demanda".

Se considera

Afirma el demandante que el sentenciador infringió directamente el artículo 24 del Código Penal al dejar de reconocer el grado de complicidad para la conducta de hurto desarrollada por la procesada P. B. P.

Pues bien: desde el auto de detención, y luego en el auto de proceder y en la sentencia se admitió que la actividad desplegada por la procesada P. B. P. consistió en servir "de campanera", concretamente distrayendo a una vendedora ambulante que trabaja enfrente y a unos 6 metros de la joyería "Técnica", mientras que P. S. y otros sujetos realizaban el hurto: nadie ha discutido que a ello se redujo el aporte de la acusada a ese delito contra el patrimonio económico.

Lo que es objeto de reparo por el casacionista es que, admitiendo tal cosa, el sentenciador haya concluido en que el comportamiento de la citada dama entrañe un acto de autoría, o de 'coautoría".

Las consideraciones cardinales que el Tribunal plasmó en el auto de proceder (que se integra con el fallo) son del siguiente tenor:

"Ciertamente se ha dicho que por muy importante que sea la participación del coadyuvante, jamás estará en el nivel del autor material; sin embargo, cuando la realización del hecho delictivo es conjunta, con división del trabajo, con un fin concertado, ejecutado por personas con capacidad de autores que asumen el hecho como suyo, o como dice MAURACH, con un «cooperar querido, consciente y con división de trabajo, de varios autores para la consecución de un resultado típico», se estará frente a una coautoría impropia.

P. del S. B. sirvió, para utilizar un conocido término, de «campanera» es decir impidiendo que otras personas pudieran observar lo que sucedía en la joyería «Técnica»; ese era su papel dentro de la gran empresa delictiva: el apoderamiento de los bienes era una realización conjunta, pero con miras a que se cristalizara, era necesario distraer la atención de los impertinentes testigos..." (fls. 518 y 519-2. Se subraya).

A esas motivaciones del auto de proceder, el tribunal agregó en la sentencia estas otras:

"Lo que no se ha estudiado cuidadosamente es la verdadera actividad cumplida en el caso concreto, ni el origen de ese acuerdo y aceptación en la realización del hecho punible como propio, ni la relación subjetiva y objetiva del mismo. La participación no es a título de complicidad sino de coautoría porque, *de principio a fin*, se *desarrollaron* meticulosamente cada una de las *etapas* del *proceso* del *iter criminis*, desde la ideación hasta la consumación, con un adecuado y preconcebido reparto proporcional de trabajo, en cuya ejecución se tomaron todas la previsiones. No

se trata de una participación propia de quien asume la condición del autor, del comprometido en toda la empresa delictiva. Una participación que no alcanza a diferenciarse de la autoría y sí de la complicidad. La complicidad, como lo ha previsto el legislador, se encarna en la contribución, en la realización del hecho punible o en la ayuda posterior «cumpliendo promesa anterior». Es sin duda un grado menor al de la autoría, un escaño menos en el desarrollo del proceso delictivo" (fls. 853 y 854-3).

Indicado lo anterior, fácilmente se aprecia que, mientras el tribunal considera "adecuado o eficaz" el comportamiento de P. B. respecto de sus otros compañeros de acción delictuosa, la impugnación tiende a negar esta característica en su conducta, advirtiéndose que no tenía capacidad decisoria sobre los hechos, pues solo es autor el que puede reclamar este dominio, lo cual emparenta la tesis con la de quienes tratando de resolver el mismo problema (autores y cómplices) paran mientes en la eficiencia de la causa que promueve cada uno de los que acordaron la realización del delito.

Estimándose como dueños de la acción los que vencían las seguridades de la joyería, los únicos que podían resolver si mantenían el comportamiento, lo variaban, continuaban hasta su final, o cesaban en el mismo, aparece como obvio que la participación de P. B. se tome como secundaria, ya que así ella no actuara en la forma convenida para su propia tarea, el asalto bien podía consumarse.

Como bien se observa, la apreciación más que centrarse sobre los perfiles singulares de la acción ideada, que es la piedra de toque de las teorías, se inclina por un raciocinio abstracto y solo atiende a la noción general e indiferenciada de lo que constituye el obrar de un "campanero", campo en el cual la doctrina suele asignarle a este vigilante u observador un papel secundario, irrelevante y de suyo muy prescindible. Con este modo de pensar, que opera sobre un hipotetizado lugar común, se pretende evitar que toda colaboración pase a constituirse en coautoría, borrándose, la creación legal de la complicidad secundaria, pero se deja de lado, en este argumento aquiles, que con ello solo se tomaría como autores a los realizadores directos de la acción típica, con lo cual podrían escapar de este encuadramiento, para refugiarse en la benigna categoría de los cómplices innecesarios, verdaderos autores, a quienes los partidarios de la teoría del dominio de la acción ni imaginan por fuera de este nivel de responsabilidad.

Esta tesis, con todo y sus reconocidas bondades, no resuelve completa y satisfactoriamente los problemas que trata de enfrentar. Basta anotar que, con tal modo de pensar, según algunas voces críticas, solo se está destacando lo que podría llamarse el "caudillaje de la acción, que no equivale a la autoría"; que resulta muy fácil demostrar cómo algunos de los ejecutores directos de la acción típica, pueden abandonar su cometido sin que la acción cese o se inhiba; y, además, que la realidad demuestra cómo se prefiere la deserción de uno de los ejecutores directos al abandono que puede darse por un "campanero" de especiales características.

No debe olvidarse, entonces, que en tema tan arduo las doctrinas abundan y cada una selecciona el aspecto de mayor importancia para su concepción jurídica, pero sin lograr, no obstante la perfección de sus planteamientos, concitar el respaldo unánime. Constituyen, pues, valiosos medios de valuación y orientación y, en definitiva, una significativa aproximación al tema. Pero, lo más decisivo, luego de conocer estos puntos salientes de la doctrina, se centra en el análisis de las modalidades y características de los hechos, pues un comportamiento que, conforme a reflexiones generales, puede aparecer como propio a una complicidad secundaria o accesoria, se transforma, por obra de la realidad y de singulares condicionamientos, en principal o esencial.

De una vez debe comentarse que, comúnmente, el término "campanero", cuando su radio de acción se da en sectores alejados de los autores y se realiza por varios, la llamada buena doctrina lo traduce como actividad de

segundo orden; pero, cuando es uno el autor y no el que vigila, la mencionada tendencia empieza a empañarse y se muestra incierta, lo cual gana más terreno cuando se advierte que esa labor de control de terceros (particulares u oficiales) tiene una proximidad de inmediatez con los autores directos y culmina cuando se agrega otro aspecto que para la mayoría de la Sala se muestra como de crucial importancia, vale decir, cuando se destaca que quien realizó la labor de "campanero" controlaba propiamente la aparición del sorprendimiento en flagrancia. En otras palabras, que de no ejercerse ese concluyente control (que no tiene por qué mirarse como absoluto ya que en este campo la eficacia debe ser relativa o adecuada) sobre la persona (T. R.) que realizaba obligada u oportuna observación del local asaltado, esta hubiera alertado sobre los hechos, fracasando la empresa delictiva. Es más, en esta división de trabajo delictivo, se llega a estimar tan definitiva la intervención de quien actúa como "campanero", que de no darse por descontada su exitosa inteven ción, lo más lógico y sensato es pausar el hecho. ¿Qué podría pensarse, en este terreno de la complicidad, de un "campanero" a quien se le determina como obrar el eliminar al celador, o al agente de policía que por el contorno ronda, o al tercero que puede realizar una idéntica observación y alertar sobre los hechos? ¿Se le podrá estimar, con base en el significado usual que se asigna al término "campanero", como cómplice secundario? *Mutatis mutandis*, P. B., por la forma como se comportó en relación a T. R., y la situación privilegiada en el descubrimiento de los hechos, ejerció un papel decisivo, esencial y de magnitud muy afín con los ejemplos mencionados.

De ahí, lo acertado de la valoración consignada por el tribunal, de la cual, obviamente, se puede disentir pero sin llegar a reclamar en ello la corrección de un insoportable yerro o de una crasa equivocación. Por el contrario efectuó un análisis serio de la doctrina y sopesó meritoriamente la realidad. De ahí la bondad y justicia del fallo emitido.

El cargo se rechaza.

La Sala estima conveniente concluir con esta serie de glosas:

a) Las legislaciones que dan preferente acogida a la teoría del dominio de la acción (para otros, por diferente camino pero confluyendo al mismo objetivo, la causa eficiente o la *conditio sine qua non*, etc.) suelen destacar esta vocación con términos que la dan a entender (v. gr., cooperar a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiera efectuado). Pero quien lea nuestros artículos 23 autor: el que realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo; y 24 cómplice: el que contribuya a la realización del hecho punible o preste ayuda posterior, cumpliendo promesa anterior, no podrá encontrar esa connotación, pues el articulado se muestra más favorable a incluir un mayor número de partícipes, en calidad de autores, que los que usualmente sus intérpretes piensan o imaginan;

b) La tesis restrictiva de la autoría (solo son tales los que ejecuten directamente la acción típica mandada por la ley), nunca ha encontrado respaldo en nuestra doctrina y jurisprudencia nacionales. Por el contrario impera la extensiva, la que no pretende, como su nombre bien lo indica, disminuir el número de autores sino ampliarlo. Esto da margen a pensar, entonces, que una interpretación como la que este fallo destaca, debe encontrar más acogida que la contraria de ampliar la órbita de los cómplices secundarios con desmedro de la de autores;

c) Con esta tendencia nuestro Estatuto se adscribe a la corriente legislativa y hermenéutica que trata de imperar en el mundo actual del derecho penal: la complicidad secundaria se bate en retirada bajo la consideración, en especial, "de integrar en la autoría todas las actividades dimanantes de un mutuo acuerdo o plan, que genera... una responsabilidad *in solidum* de todos los partícipes, cualesquiera que fuese el acto de la intervención".

Esto es suficiente, para que la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por auto-

ridad de la ley, *no case* el fallo impugnado, señalado en su naturaleza, origen y fecha.

Expídanse las copias pertinentes, para que la entidad competente tome determinación sobre el comportamiento del Dr. A. H. R., quien debiendo actuar a nombre de P. B. P., en el recurso de casación lo hizo fue a nombre del procesado P. S.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Salvamento de voto

Respetuosamente nos apartamos de las conclusiones de la mayoría de la Sala, con base en las siguientes consideraciones:

Afirma el demandante que el sentenciador infringió directamente el artículo 24 del Código Penal al dejar de reconocer el grado de complicidad para la conducta de hurto desarrollada por la procesada P. B. P.

Pues bien: desde el auto de detención, y luego en el auto de proceder y en la sentencia se admitió que la actividad desplegada por la procesada P. B. P. consistió en distraer a una vendedora ambulante que trabajaba frente y a unos seis (6) metros de la joyería "Técnica", mientras que P. S. y otros sujetos realizaban el hurto: nadie ha discutido que a ello se redujo el aporte de la acusada a ese delito contra el patrimonio económico.

Lo que es objeto de reparo por el casacionista es que, admitiendo tal cosa, el sentenciador haya concluido en que el comportamiento de la citada dama entrañe un acto de autoría, o de "coautoría".

El artículo 24 del Código Penal, dice:

"Cómplices. El que contribuya a la realización del hecho punible o preste una ayuda posterior, cumpliendo promesa anterior al mismo, incurrirá en la pena correspondiente a la infracción, disminuida de una tercera parte a la mitad".

Los cooperadores en la producción del hecho pueden ser "principales" o "esenciales" (coautores) y "secundarios", o "accesorios" (cómplices), según sea el aporte que unos y otros hayan suministrado al acontecimiento punible.

El cooperador principal es el que "realiza" el hecho, y por ello es autor del mismo (art. 23 C. P.). Para predicar de él dicha calidad, debe tener "dominio" del hecho, entendiéndose este señorío en el sentido de la capacidad para controlar y dirigir el decurso causal del acontecimiento, pudiendo entonces interrumpirlo, o desistir de su consumación. De ahí que su comportamiento ha de ser eficaz o adecuado respecto del resultado típico.

En cambio, el cooperador no principal (secundario o accesorio) es el que participa en hecho ajeno, porque carece de "dominio" sobre el mismo debido a que él no tiene capacidad decisoria.

"El fin concertado", a que acude el Tribunal, es común a todos los cooperadores en el hecho, así se exhiba con diferentes grados y matices, tanto en el tiempo como en el espacio. Si no existe conocimiento y voluntad, no se podrá imputar ni autoría ni complicidad, porque el agente no ha realizado el hecho ni tampoco ha contribuido al mismo.

Tanto la doctrina nacional como la foránea, hablan de coautoría "propia" e "impropia". En la primera, que no presenta mayores dificultades, cada uno de los coautores ejecuta simultáneamente y en igualdad de condiciones la acción típica acordada por ellos (todos acuchillan a la víctima y le causan la muerte por todos querida), de tal modo que cada coautor seguirá siendo autor aunque hipotéticamente se suprimieran las acciones de los otros. En la coautoría "impropia", en cambio, se presenta una "división de trabajo" o de "funciones", en virtud de la cual no todos los coautores realizan actos ejecutivos o consumativos, toda vez que algunos participan con actos que si se consideran aisladamente no se adecuarían al tipo penal (sostener a la víctima mientras es acuchillada por otro), pero que forzosamente tienen que ser actos "esenciales", que sean "imprescindibles" para la producción del "hecho típico común", razón por la cual de todos ellos puede afirmarse que tenían "dominio del hecho", porque estaban en condiciones de suspenderlo, interrumpirlo. Si no se exigiera que la participación objetiva fuera "esencial", sería prácticamente imposible distinguir la cooperación "principal" (coautoría) de la "accesoria" (complicidad), teniéndose entonces que acudir para ello a criterios subjetivos (si se quería el hecho como "propio" o como "ajeno"), que no son necesarios para determinar la coautoría, puesto que para ello basta con la tesis del "dominio del hecho", como se ha dejado expuesto, que resulta mucho más justa por su carácter eminente objetivo.

Sentadas esas bases salta a la vista que la aquí procesada P. B. P. no fue coautora "impropia" del hurto, como lo dedujo equivocadamente el sentenciador: el servir simplemente para distraer la atención de una vendedora que se hallaba cerca de la joyería (que no tenía la calidad de celadora o vigilante de dicho establecimiento comercial), no era una cooperación "esencial", "imprescindible", que no le permitía por tanto tener "dominio del hecho". No estaba la procesada en capacidad de dirigir ni controlar el delito que estaban realizando P. S. y sus compañeros de delincuencia. Su participación en el delito ajeno no era necesaria para su realización, sino apenas conveniente, pues aún prescindiendo de su ayuda el hecho punible de todas maneras hubiera podido cometerse. Y si se admitiera que toda cooperación en la producción del hecho es "coautoría impropia", ciertamente se acabaría con la figura de la complicidad, como lo sostuvo el fiscal recurrente al conceptuar para la apelación de la sentencia:

"Basamos nuestro pensamiento en que el concepto de coautoría impropia a la que hace referencia que en anterior oportunidad transcribimos (fl. 506) y en el fallo del Honorable Tribunal Superior antes precisado (fl. 519), tema atinente a la realización conjunta y con división de trabajo de un mismo hecho punible, debe ser manejado con cuidado pues de lo contrario se llegaría al extremo de borrar la figura o fenómeno jurídico de la complicidad en el Código Penal" (se subraya).

Si el tribunal, en una interpretación correcta, hubiera considerado que el ya precisado comportamiento de la acusada no fue "adecuado" o "esencial" respecto del delito de hurto, es evidente que no habría predicado de ella "coautoría impropia", sino mera complicidad, con la degradación de punibilidad que esta última atribución comporta.

El yerro del fallador recayó, entonces, sobre los artículos 23 y 24 del Código Penal, al entender que P. B. P. había "realizado" el hurto, cuando el proceso señala que apenas "contribuyó" al mismo, pero no de una manera esencial o determinante.

Tal ha sido la violación directa de esas normas sustanciales; de donde se sigue que el cargo ha debido prosperar y la sentencia merecía ser casada parcialmente, a objeto de condenar a la predicha procesada como cómplice del delito de hurto de que da cuenta el proceso y el fallo impugnado, con la consiguiente rebaja de pena.

Estas son, en síntesis, las razones de nuestro respetuoso disentimiento.

Guillermo Duque Ruiz—Dídimo Páez Velandia.

Salvamento de voto

1. Para la mayoría de la Sala Penal de la Corte, P. B. P. es coejecutora del hecho. No comparto, ni en la imaginación, la dicha postura por las siguientes *ratio*:

a) Según el conocimiento histórico de las piezas del proceso débese advertir que la misión de la mujer se circunscribió a distraer a las personas que tenían su puesto de venta de frutas al frente de la joyería asaltada, quehacer previamente acordado con el autor material del ilícito, sin tener injerencia ninguna en la propia planificación del hecho que dirigieron y produjeron otros. En momento alguno fue ella, la figura central del acontecimiento, actuando siempre en un segundo plano de actuación. No dirigió la operación criminal, ni trazó estrategias a seguir, ni gobernó con poder absoluto e incondicional la acción de

otros, ni su aportación, finalmente, puede considerarse tanto o más relevante que la seguida por los restantes miembros de la organización criminal.

b) Reitérese, pues, que su labor, fue de plena subordinación y acatamiento al plan acordado. Colaboró sí en la comisión del delito pero con una actividad meramente complementaria o auxiliadora, en momento alguno determinante para alcanzar los objetivos perseguidos por los coautores. Quiso auxiliar un hecho ajeno sometiendo su voluntad a la de otros, sin desarrollar parte esencial de la operación criminal, facilitando desde su concreta perspectiva de vigilante, la realización del mismo. Nada más. Ni siquiera su colaboración excedió el papel convenido. Careciendo, pues, de todo dominio o control en la dirección del suceso típico, fuerza es pregonar que la acusada actuó en la comisión del injusto a título de partícipe.

c) Bajo otra variación de sentido debe decirse que la dama no tomó parte directa en la ejecución de la conducta, esto es, no realizó todos o algunos de los actos ejecutivos propios del delito que se trata. Ni siquiera puede atribuírsele un trozo de la acción ejecutiva (criterio objetivo-formal).

d) Así mismo, habremos de advertir, sin dificultad, que jamás tuvo señorío sobre el hecho o la producción del resultado (WELZEL) ni sobre la dirección final de la causalidad en el mundo exterior (NIESE), ni determinó en los codelincuentes el "sí" y el "cómo" del hecho a cometer (WEBER) ni tampoco tuvo en sus manos, dolosamente, el desarrollo típico del acontecimiento o las riendas del acontecer punible (MAURACH).

e) Consideradas las cosas a este viso, débese convenir que la participación de la B. P. en el delito por el cual se le condenó se rige —como lo enseña la buena doctrina en supuestos similares— por el principio de accesoriedad al cooperar en el delito doloso de otros con actos de mera coadyuvancia o con comportamientos secundarios al hecho del autor. Véase, en el decurso del recorrido criminal, y ya es bastante, que no tuvo voluntad de autor sino voluntad de cómplice. Este y no otro es el verdadero alcance de las probanzas cursantes en el informativo. Participación es siempre intervención en un hecho ajeno que pertenece al autor y en manera alguna al partícipe. No se olvide que *stricto sensu*, la participación se contrapone a la autoría (MIR PUIG).

2. He aquí, sin apurar la materia, mi personal visión sobre la problemática del tema sometido a examen de la Corte. Acaso sea esta la expresión más exacta de mi punto de vista sobre el análisis de los tipos de autoría y tipos de participación. Lo digo con énfasis porque soy espectador de mi propia persona y de mi convencimiento. Otros no lo entienden así. Respeto sus alcances. Ensayando resistencias que fueron derrotadas en el debate oral de la Sala, salvo mi voto en este asunto. En mi sentir la causal de casación alegada ha debido prosperar.

Con todo respeto,
Jorge Enrique Valencia M.

***

COMENTARIO

1. INTRODUCCIÓN

El evento del concurso de personas en el hecho punible nos conduce necesariamente al estudio de figuras tan importantes dentro del derecho penal como son la *coautoría* y la *participación*, las cuales deben ser claramente diferenciadas y comprendidas debido a la complejidad de su estructura para evitar, al momento de tomar una decisión, lesionar ciertos bienes jurídicos y principios generales protegidos por el derecho penal liberal, como son el principio del acto y el principio de culpabilidad, que deben tenerse siempre presentes al momento de emitir un juicio de tipicidad.

La legislación colombiana se ha interesado por diferenciar ambas figuras en el capítulo tercero del Código Penal "De la participación", afirmando en el art. 23 que es AUTOR "el que realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo", y en el art. 24 señalando como CÓMPLICE al que "contribuya a la realización del hecho punible o preste una ayuda posterior, cumpliendo promesa anterior al mismo". Los doctrinantes, por su parte, en su afán de crear medios idóneos para determinar y diferenciar ambas figuras, han optado por generar una serie de reglas y divisiones que hagan más sencilla la tarea de identificación de las mismas; por esta misma razón nos vemos obligados, antes de formular cualquier crítica o recomendación, a señalar los diversos tipos de participación y las clases de autoría que pueden encontrarse en las diferentes regulaciones penales comprendidas en nuestra legislación.

2. EL "CAMPANERO" FRENTE A LAS TESIS SOBRE LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL

En primer lugar debemos determinar la diferencia existente entre el autor y el partícipe, porque aunque ambos intervienen en el hecho punible, es el autor quien realiza desde el principio hasta el fin todos y cada uno de los elementos del tipo penal; de esta manera podemos afirmar que hay varias clases de autoría, según la doctrina, al igual que existen diversas formas de participación.

En cuanto a las diferentes teorías para determinar quién es el autor, consideramos que para el tema es importante aclarar lo atinente a la teoría sobre el dominio del hecho, pues pensamos que es la más apropiada debido a que las demás pueden conducir a una posición un tanto peligrosista, lo cual no se compadece con nuestro pensamiento. Siguiendo así a EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, afirmamos que "El dominio del hecho lo tiene quien retiene en sus manos el curso, el «sí» y el «cómo» del hecho, pudiendo decidir preponderantemente a su respecto; dicho más brevemente, el que tiene el poder de decisión sobre la configuración central del hecho (SAMSON)"[1]. Consideramos así que acogiendo esta teoría es fácil, en este caso, determinar las figuras de autor y cómplice.

En cuanto a la participación en sentido estricto, podemos afirmar que este es el verdadero dispositivo amplificador del tipo, ya que amplía el radio de punibilidad para castigar ciertas conductas que de otra manera no lo serían, pues aquel que suministra el "aporte" no está realizando totalmente el injusto, por lo cual no sería acreedor a una pena si no existiera esta figura dentro del derecho penal. En relación con el cómplice podemos afirmar que este es aquel que se limita a "tomar parte en el hecho de otro", no tiene parte en el dominio del hecho. La pena para el cómplice se gradúa de acuerdo con el mayor o menor grado de eficacia de la ayuda que haya prestado; de esta manera la participación se divide en *necesaria* y *secundaria* (cuando se puede prescindir de la ayuda). Esta tasación de la pena

[1] EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Manual de derecho penal*, parte general, 5ª ed., Buenos Aires, Ediar, 1986, págs. 572 y 576.

debe realizarse atendiendo al art. 61-2, que habla de los criterios para fijar la pena: "...en la complicidad, la mayor o menor eficacia de la contribución o ayuda".

Sobre la figura del llamado "campana" o "campanero", ZAFFARONI afirma: "no puede decirse *a priori* si el llamado «campana» es autor (coautor) o partícipe, sino frente a la modalidad operativa del delito: si el campana facilita la consumación en forma que pueda hacerse más rápidamente, será partícipe, pero si sin el campana el hecho no podría haberse cometido, será un coautor"[2]. De acuerdo con los expresado por el autor citado, en este caso concreto que nos hemos dedicado a analizar, la figura del "campanero" no ha sido comprendida ni analizada en su totalidad, ni en su contexto específico por la Corte, pues no se ha tenido la suficiente claridad sobre la figura del partícipe como para tomar una decisión coherente, razón que nos vale, ahora que han sido esbozadas las diversas teorías que pueden acogerse al respecto, para proceder a analizar en concreto la decisión de la Corte, y para fijar más adelante nuestra propia posición.

3. Posición de la Corte

A nuestro modo de ver, la posición de la Corte no presenta mucha claridad, puesto que inexplicablemente el máximo tribunal afirma que el comportamiento de P. B. es "adecuado" o "eficaz" respecto de sus otros compañeros, sin atender a las características específicas del hecho, que muestran claramente cómo, además de que la participación de la sindicada es accesoria, pues se podía haber realizado el hecho sin su ayuda, ella no tuvo en ningún momento capacidad decisoria sobre los hechos, lo que a la luz de la teoría del dominio del hecho, descartaría cualquier posibilidad de autoría de su parte.

Notamos además cierta confusión conceptual respecto de las teorías sobre la autoría y la participación, confusión que pudo fácilmente conducir a una decisión errada.

En cuanto a los salvamentos de voto, adherimos en gran parte a las afirmaciones y aclaraciones que en ellos se expresan, pues las consideramos importantísimas para este caso; así, por ejemplo, la afirmación de la diferencia radical que existe entre los cooperadores esenciales y los accesorios, la importancia de enfatizar que en la coautoría impropia el hecho realizado o asignado a cada uno debe ser *imprescindible*; la actuación de P. B., a nuestro modo de ver y en concordancia con los salvamentos de voto, fue meramente auxiliadora.

4. Nuestra posición

En primer lugar queremos señalar que la intervención de P. B. en el hurto consistió en una "mera coadyuvancia", como lo sostiene el fiscal tercero en su

[2] EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Manual de derecho penal*, parte general, 5ª ed., Buenos Aires, Ediar, 1986, págs. 572, 576.

demanda al recurrir en casación la sentencia del tribunal; además afirmamos que, aunque hubo colaboración de su parte para que el hecho se cometiera y fuera más fácil efectuar el hurto, esta colaboración no fue indispensable, es decir, aun sin su presencia el hecho podría haberse cometido; consideramos que la Corte no tomó en cuenta esta situación al momento de emitir sentencia, por lo cual palpamos una directa violación del principio de culpabilidad y del principio del acto, pues fue declarada culpable de ser coautora en el delito de hurto que ella nunca realizó, si se considera que, según el art. 349 del Código Penal, comete hurto quien se "apodere de una cosa mueble ajena con el propósito de obtener provecho para sí o para otro", supuesto que no fue realizado por la sindicada. Además, para que se configure la coautoría se requiere que todos los intevinientes tengan el dominio del hecho, lo cual no se presentó en este caso. Para que haya coautoría debe realizarse el supuesto de hecho por todos los que intervienen en el acto en su totalidad, o si hay una división funcional del trabajo se exige que el aporte de cada uno conforme un plan concreto del hecho y que sin ese aporte específico este no pueda realizarse; ninguno de estos supuestos se cumple en el caso que estamos analizando.

Consideramos errado el fallo de la Corte que afirma la calidad de coautora en la persona de P. B., pues de otra manera estaríamos erradicando la calidad de cómplice y tendríamos que afirmar la coautoría en todos los casos en que haya contribución de un tercero en la realización de un injusto por parte de otro, por lo cual desatenderíamos abiertamente el principio de cualpabilidad, con el resultado de que al momento de tasar la pena nos encontraríamos frente a un total desequilibrio entre el grado de culpabilidad y la pena impuesta. Esto es verdaderamente peligroso para la subsistencia de un derecho penal liberal basado en principios tan importantes como el de culpabilidad, y conduce indefectiblemente a un derecho penal de autor que no distingue entre las figuras de autor y partícipe, pues se defiende un concepto extensivo de autor.

Siguiendo con la tesis que hemos suscrito hasta el momento, concluimos que La Corte no tuvo claridad al momento de analizar la conducta de la sindicada, característica que notamos principalmente en la exposición que de los hechos hace el magistrado ponente, pues si el análisis hubiera sido lo suficientemente profundo se habría concluido que, de acuerdo con la teoría del dominio del hecho, la actuación de P. B. no lograba reunir los requisitos típicos exigidos para catalogarla como autora, es más una partícipe, mirando la importancia de su aporte.

Nosotros llegamos a la certeza de que no hay ni siquiera una participación esencial, sino meramente accesoria, por lo cual, atendiendo al tenor de la ley, según el art. 24 la pena debió ser disminuida de una sexta parte a la mitad; y de acuerdo con el art. 61, mirando la mayor o menor eficacia de la contribución o ayuda. Visto lo anterior consideramos también que la sindicada era acreedora al subrogado de ejecución condicional, ya que la pena real no excede de 36 meses; por estas y algunas otras razones consideramos equivocado el fallo de la Corte y nos expresamos en desacuerdo con él.

Corte Suprema de Justicia

Fundamento de la agravante del num. 1 del art. 324 del C. P.

La calidad de cónyuge que da lugar a la aplicación de la agravante del num. 1 del art. 324 del C. P. no es únicamente la que surge del vínculo jurídico, un concepto vacío, sino el que corresponde a una efectiva y real relación. Lo determinante para apreciar la agravante es que existan los deberes propios del vínculo.

Magistrado ponente: Dr. RICARDO CALVETE RANGEL
Santa Fe de Bogotá, noviembre 13 de 1991.

Comentario: LIZ DALILA CARTAGENA H. y
GABRIEL A. OCHOA O *.

Consideraciones de la Corte:

El problema de fondo se concreta al análisis de si se aplicó correctamente la causal de agravación prevista para cuando el homicidio se comete en la persona del cónyuge. Son varios los aspectos que se deben estudiar a saber:

a). La calidad de cónyuge se adquiere por la celebración de un matrimonio civil o católico con otra persona, y se conserva mientras este no sea declarado nulo o no se rompa el vínculo con una sentencia de divorcio. Si el matrimonio se realizó sin el cumplimiento de las exigencias o formalidades civiles o canónicas, de manera que no alcanzó a tener vida jurídica, es claro que la condición de cónyuge no se adquirió.

Ni la separación legal de cuerpos ni la de hecho destruye el vínculo del matrimonio, en consecuencia aun en esas circunstancias se continúa siendo cónyuge.

De conformidad con la copia del acta de matrimonio que obra en el folio 175, N. J. O. S. y E. E. C. R., se casaron por el rito católico el 15 de junio de 1985 en la Parroquia de Andes, por lo tanto eran cónyuges.

b) El demandante admite la calidad de cónyuge de su defendido pero estima que como materialmente se había producido una ruptura recíproca de sus derechos y obligaciones, esto es, cohabitación, fidelidad y ayuda

* Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín.

mutua, no es posible aplicarle la causal de agravación.

Lo previsto en el num. 1° del art. 324 del Código Penal no es un elemento constitutivo del tipo básico de homicidio, sino una cualificación para los sujetos activo y pasivo, cuyo reconocimiento conlleva un considerable aumento de pena. La palabra cónyuge es un ingrediente normativo de carácter jurídico, utilizado como circunstancia de agravación.

La razón de ser de la agravante no ha sido unánime entre los legisladores, y según lo afirma el profesor ENRIQUE BACIGALUPO en la monografía titulada *Los delitos de homicidio*, en los códigos de Alemania Federal, Austria, Holanda o Suiza, ya no existe esa forma específica de calificación.

En el acta núm. 93 de la sesión del 26 de mayo de 1973 (Colección Pequeño Foro, edición dirigida por los doctores Luis Carlos Giraldo y Gustavo Gómez Velásquez), los integrantes de la comisión redactora del anteproyecto del Código de 1974, estudiaron el tema de la causal primera de agravación del homicidio, y al respecto hicieron anotaciones importantes que sirvieron de base al texto finalmente aprobado. Destacamos las siguientes:

El ponente, Dr. Julio Salgado Vásquez, dijo:

"La causal primera de agravación del homicidio tiene por finalidad tutelar la institución familiar. Por esta razón son de gran importancia las observaciones que el doctor Londoño se permitió hacer en la sesión pasada, relacionadas con las posibles eventualidades que pudieron tener ocurrencia en el caso de presentarse la declaratoria de nulidad de un matrimonio posterior al conyugicidio. En realidad me parece, salvo mejor opinión de la comisión, que la sentencia en materia civil que da por terminado el vínculo matrimonial, no tiene ninguna repercusión en cuanto a la penalidad del hecho delictuoso, porque cuando tuvo ocurrencia el conyugicidio, el vínculo existía y producía plenos efectos jurídicos. En este aspecto debe recordarse que el Código Penal Tipo, cuando describe la figura delictual que nos ocupa agrega la circunstancia de que los cónyuges no se hayan separado de hecho. En el proyecto que he presentado para estudio de los señores comisionados, no incluí esta circunstancia por considerar que lo que se protege es la unidad familiar, que se inicia con el acto más o menos solemne del matrimonio, y solo termina con la muerte de uno de los cónyuges o por la declaratoria de nulidad del mismo; siendo ello así no existe ninguna razón para atenuar la responsabilidad del cónyuge separado que por cualquier circunstancia elimina al otro, ya que es posible que una persona se separe de hecho con el premeditado propósito de eliminar a su esposa y en esas condiciones su conducta se adecuaría a homicidio simplemente voluntario".

Al intervenir el doctor Darío Velásquez Gaviria, al respecto sugirió:

"En el proyecto de C. P. T., para Latinoamérica, advierto que al hablar de homicidio agravado cometido por cónyuge en su cónyuge, se anota que este no debe estar separado de hecho. En la ponencia del doctor Salgado, se prescinde de este agregado. Invito a la comisión a que meditemos sobre la conveniencia de incluirlo, pues si se trata de cónyuge separado de hecho ha desaparecido esa comunidad de efectos, sentimientos y obligaciones que comunican el cariz de gravedad a la modalidad delictuosa".

A esta intervención del doctor Velásquez replicó el doctor Salgado así:

"En la muy importante exposición del doctor Velásquez, me ha parecido descubrir que para él lo esencial en esta primera causal no es precisamente el parentesco, sino los afectos. No comparto ese criterio porque si eso fuera así, el hijo que odia al padre, y que lo odia con razón, porque ese padre ha asesinado a su progenitora, o se ha dedicado a perseguirlo constantemente, o lo ha calumniado, etc., y en esas circunstancias mata al padre, llegaríamos a concluir que por la ausencia de afecto y de amor no lo obligaría esta causal de agravación".

Finalmente el doctor Velásquez Gaviria concluyó:

"Las muy juiciosas observaciones hechas por el doctor Londoño Jiménez a mi insinuación de que se adoptara el agregado que contiene el proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica en cuanto a que el cónyuge no esté separado de hecho, me han convencido, por lo cual retiro dicha insinuación".

Las observaciones del doctor Hernando Londoño, que convencieron al doctor Velásquez fueron:

"Al introducir la fórmula consagrada en el Código Penal Tipo, sería muy factible que la persona impulsada por cualquier motivo se propusiera dar muerte a su cónyuge o a la persona con quien convive maritalmente; para lo cual le bastaría abandonarla por cualquie lapso y al cabo de ese tiempo dar realización a su propósito criminal, logrando en esta forma que su conducta se atenúe considerablemente, ya que estaríamos, salvo cualquier otra circunstancia de agravación, ante un homicidio simplemente voluntario. No sería tampoco ilógico introducir en la legislación un término perentorio de separación de hecho para agravar o no la conducta delictuosa, puesto que todo término puede conllevar arbitrariedades en ciertos y determinados casos".

Según el pensamiento de los positivistas, el homicidio perpetrado contra un ascendiente o descendiente, cónyuge o hermano, debe castigarse con mayor severidad, porque además de violar las obligaciones legales, morales y sociales impuestas por el nexo familiar, el homicida demuestra mayor peligrosidad y la más absoluta ausencia de sentimiento de piedad y probidad.

Dentro de una concepción culpabilista, la agravante en estudio tiene su fundamento en que en esos casos existe una mayor culpabilidad en el autor, es decir, la relación entre su conducta y el hecho realizado merece un mayor reproche. En términos de los tratadistas españoles COBO DEL ROSAL, RODRÍGUEZ MOURULLO, citados por BACIGALUPO en la obra anteriormente mencionada, "la ley presume que los vínculos parentales originan naturalmente una comunidad de afectos y sentimientos que es lo que hace que el atentado contra la vida del pariente se presente como una acción más reprochable".

Eso pudo ser lo que el legislador presume al hacer la ley, pero el interrogante que surge es, qué ocurre cuando esa "comunidad de afectos y sentimientos" que motivaron la ley, no existe en la pareja unida por el vínculo del matrimonio. La respuesta del ilustre magistrado del Tribunal Superior español, ENRIQUE BACIGALUPO en la obra en comento es:

"Si no se quiere caer en la presunción *juris et de jure* de la mayor culpabilidad, es preciso ante todo renunciar a cualquier fundamentación que imponga una agravación automática de la pena del homicidio cuando el hecho haya sido cometido contra un ascendiente, descendiente o cónyuge... El parricidio, consecuentemente, debe tratarse con un supuesto en el que, además de la vida, solo se protegen reales relaciones parentales generadoras de confianza y afecto entre las personas, y no la existencia de simples vínculos jurídicos. De esta manera no será necesario recurrir a una culpabilidad presumida deducida de la presunción, a su vez, de una relación afectiva, inexistente en la realidad".

Para el criterio de la Sala, la calidad de cónyuge que da lugar a la aplicación de la agravante no es únicamente la que surge del vínculo jurídico, un concepto vacío, sino el que corresponde a una efectiva y real relación. Pero esta relación no puede ser tenida en cuenta únicamente como de mutuo afecto, de comprensión y amor, sino también la tormentosa, la conflictiva, la que surge de los celos, del desamor y la incomprensión, pero en la que sigue latente la existencia de los deberes propios del vínculo, así estos no se cumplan.

Como muy bien lo expresa BAJO FERNÁNDEZ acogiendo las palabras de QUINTANO en la cita que trae la demanda, "los delitos de agresión personal apenas sí se conciben entre parientes cariñosos"; por esa razón su conclusión es que "cuando las relaciones familiares son nulas o no influyen en el estado anímico del autor resultan irrelevantes".

Si el padre odia a su hijo o viceversa, o en la pareja ha surgido un mutuo desprecio y

rencor, son estas situaciones en las que precisamente la existencia del vínculo debe servir de freno a la idea de atentar contra la vida de la otra persona, y si el autor pasa por encima de esos lazos de parentesco dejándose llevar por su animadversión, no hay duda de que su conducta merece un mayor reproche a la de aquel que mata a alguien con el cual no lo une ninguna consideración especial.

E. E. C. y N. O. convivieron aproximadamente tres años antes de contraer matrimonio en junio de 1985, fecha para la cual ya había nacido un hijo fruto de esa unión. Los hechos que dieron lugar a este proceso ocurrieron el 22 de abril de 1989, momento en que hacía cerca de tres meses que los cónyuges se encontraban separados de hecho, separación que consistió en que ella se fuera a vivir a la casa de su madre ubicada en la puerta siguiente a la del apartamento que compartía con su esposo. Tan cerca era que ella dejó algunas de sus pertenencias allí, ya que podía entrar y salir en cualquier momento, además lo utilizaba para secar la ropa.

El indagado manifiesta desde un primer momento que el dinero que devenga mensualmente lo invierte "en el salario de mi señora y mi hijo y gastos para mí". Más adelante precisa que le estaba dando mensualmente treinta mil pesos, quince mil para el arriendo del apartamento y quince mil para el niño.

Cuatro días antes del homicidio ocurrió un incidente que el procesado relata así:

"El martes dieciocho de abril tipo medio día estaba en el apartamento y dentró (sic) ella y quería o mejor y que hacía dos meses que estabamos separados de hecho y le pregunté por unas cosas que faltaban en el apartamento y se enfureció de rabia y se me avalanzó con un cuchillo el cual me chuzó en una pierna, luego le quité el cuchillo el apartamento queda a continuación de la casa de la mamá y la mamá entró por ella luego que yo salía a hacerme suturar salió y me gritó "loco hijueputa", la próxima vez que lo vea por ahí borracho o lo vea en alguna parte con alguna señora o alguna muchacha no extrañe que no es un chuzón lo que le voy a meter sino cuatro o cinco, yo salí y me hice suturar la misma tarde del martes en el centro médico, no quise denunciarla ni quise decir que fue ella sino que dije que había sido yo mismo, por respeto y amor al niño y amor a ella que ella y yo convivimos tres años, luego para recogerla y ya con un niño ya de tres años acudí a casarme con ella, por respeto al niño y respeto a la familia de ella, ya que es una familia muy honorable y muy honesta y de muy buen prestigio".

No obstante estar separados las escenas de celos de parte y parte eran frecuentes, y habían trascendido, hasta el punto de que el hermano de la víctima al formular la denuncia no dudó en afirmar como motivo de la agresión de N. O. contra su hermana, "los celos del matrimonio". Y no podía ser de otra manera, si días antes N. O. sacó a su esposa de una discoteca tirándola del pelo y agrediendo a los que estaban con ella. También era de conocimiento del círculo de sus amigos, que amenazó de muerte a S. B. si lo volvía a ver hablando con su esposa.

En estas circunstancias, lo que demuestra el proceso es precisamente lo contrario de lo dicho por el Tribunal y acogido por el demandante, la relación no era únicamente documental sino afectiva, N. no dejaba en paz a su esposa un solo momento, la vigilaba, le reclamaba por su conducta, estaba pendiente de su hijo, y hasta tenía detalles con ella, como el regalo de los dos pares de zapatos que le hizo diecisiete días antes de matarla.

Razón le asiste al ministerio público al concluir:

"No puede deducirse del expediente, pues, que la relación era meramente documental ni que el único lazo subsistente entre los esposos era su hijo; llegar a tal conclusión, no es más que debido a la ligereza del fallador de instancia, quien a juicio de esta Delegada no se tomó el trabajo de leer las afirmaciones del acusado y los testigos dentro del contexto mismo en el cual se presentaron los hechos, con todos los antecedentes que demuestran que para el procesado ciertamente subsistían

los nexos de afecto, respeto, amor e incluso económico respecto de su pareja, vale decir, percibía —pese a la oposición de su esposa— que se conservaba la vinculación matrimonial".

No hay duda de que ese lamentable hecho ocurrió dentro del contexto de la relación matrimonial, que el acusado tuvo siempre presente el vínculo existente con E. y que fue plenamente consciente de que al momento de actuar estaba privando de la vida a su esposa. No fue un hecho aislado, fue la culminación de una azaroza y progresiva destrucción de la paz conyugal, que los llevó a dejar de convivir, pero nunca destruyó los sentimientos que motivaron a N. a contraer nupcias cuando ya llevaban tres años de vida en pareja".

(Sentencia de noviembre 13 de 1991. Radicación 5834. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel).

***

COMENTARIO

Históricamente la condición de cónyuge se ha tenido en cuenta para agravar el homicidio, desde la expedición del Código de 1890 (art. 593), y para establecer la procedencia de dicha agravante ha sido casi unánime la tesis de que basta con verificar la existencia legal del vínculo matrimonial (civil o católico) al momento del homicidio.

La providencia objeto de este comentario desarrolla una novedosa postura, al parecer sin precedentes en la jurisprudencia nacional, que consulta argumentos dogmáticos y político-criminales que procuran darle un contenido más racional y equitativo a dicha agravante, con fundamento en los cuales se concluye que solo es procedente afirmar la calidad de cónyuge para efectos de agravar el homicidio conforme a las prescripciones del numeral 1° del art. 324 del C. P., cuando se den reales y afectivas relaciones generadoras de confianza y afecto representadas en el amor y la mutua comprensión —finalidad legal del contrato matrimonial—, y que no bastará nunca la simple existencia del vínculo jurídico.

Pero la decisión en relación con el específico caso la encontramos contradictoria, por cuanto al motivar su proveído comienza por afirmar que para imputar la agravante aludida es necesario acreditar la existencia de "reales y efectivas relaciones conyugales", para terminar privilegiando la mera existencia legal del vínculo matrimonial, al aseverar que la calidad de cónyuge se da no solo cuando la relación de pareja es expresión del mutuo afecto, de la comprensión y del amor, sino también cuando irrumpe tormentosa, conflictiva, fruto del desamor y la incompresión, pero donde no obstante "...sigue latente la existencia de los deberes propios del vínculo, así estos no se cumplan". En nuestro criterio las "relaciones reales y afectivas", no pueden ser otras que las que se derivan del amor que propicia el hallazgo de las satisfacciones personales, el establecimiento de la comunidad doméstica y la solidaridad. Por tal motivo, consideramos desacertado considerar como tales aquellos sentimientos que, saturados de incomprensión, suelen transformarse en odio y agotarse en explosión violenta de ese desafecto acumulado.

La ley no puede cubrir con un manto de indiferencia el deterioro de la vida conyugal, so pretexto de que el vínculo matrimonial hace presumir la comunidad de afectos y sentimientos positivos, pues se estaría frente a la aceptación tácita de una presunción de derecho que no consulta la realidad surgida en determinado momento en el ámbito íntimo de la relación conyugal. Ese mayor reproche que se le hace al sujeto activo no puede fundarse en situaciones inexistentes o negativas, como lo es el desafecto matrimonial.

Si legalmente la muerte, la nulidad y el divorcio son las tres únicas causales de extinción del vínculo matrimonial, debe reconocerse que una separación de hecho o el ostensible deterioro de las relaciones conyugales, evidencian con claridad meridiana la pérdida de las iniciales manifestaciones de voluntad de los contrayentes que habían dado lugar al compromiso matrimonial. En estos casos se puede pregonar la no existencia de relaciones concretas y afirmativas, lo que impide la aplicación de la agravante en el homicidio del cónyuge, por cuanto son estas las que pueden dar algún fundamento a dicha agravante.

Por último, *de lege ferenda*, consideramos que la supresión de esta específica circunstancia de agravación constituye la solución político-criminal más acertada, propuesta a la que arribamos con base en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, no existe claridad político-criminal para darle fundamento a dicha agravante. De ello da fe el procedimiento de una fundamentación positivista por parte de quienes participaron en los anteproyectos del actual Código Penal. Además, ¿son los sentimientos de amor y fidelidad bienes protegibles juridicopenalmente? De ser ello así, ¿por qué no se impuso también mayor sanción para quien diere muerte a su amigo íntimo o a su compañera permanente?

En segundo término, desde el punto de vista de un derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos, la agravante tampoco encuentra justificación posible, por cuanto todas las vidas tienen un valor idéntico[1]. Con fundamento en ello, en otros países se está luchando por la supresión de las agravantes de idéntico y similar contenido.

Por último, el mayor reproche ético-social por la muerte del cónyuge, fundamento de la agravante según otro sector de la doctrina, resulta difícil sostenerlo, porque el acto que culmina con la muerte del cónyuge es de por sí prueba de que la relación psicoafectiva que se supone existente en el matrimonio (amor, solidaridad, fidelidad, etc.) nunca existió, o que desapareció con posterioridad a la solemnidad matrimonial, o que el sujeto actuó en circunstancias emocionales extremas o traumáticas, dignas incluso de un menor reproche de culpabilidad[2].

[1] Cfr. J. BAUMANN, citado por ENRIQUE BACIGALUPO, *Los delitos de homicidio*, Monografías Jurídicas, N° 64, Bogotá, Edit. Temis, 1989, págs. 29-30; M. COBO DEL ROSAL y otros (1990): *Derecho penal*, parte especial, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1990, págs. 520-521.

[2] Los argumentos dados aquí, son incluso mayormente válidos respecto de algunos vínculos parentales erigidos como circunstancias agravantes en el numeral 1° del art. 324 del C. P., v. gr. parentesco de afinidad o de adopción.

BIBLIOGRAFÍA

LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, con Prefazione de Norberto Bobbio, col. "Storia e Società", Editori Laterza, Roma-Bari, XXIV-1034 págs.

Desde la época del iluminismo penal hasta el ingreso del funcionalismo tecnocrático en la dogmática —tomando como fechas de referencia 1764, año en que se publica por primera vez *Dei delitti e delle pene* de C. BECCARIA y 1976, en que aparece *Schuld und Prävention* de G. JAKOBS (sin pretender establecer comparación alguna entre ambas obras y autores, ciertamente)— han transcurrido más de dos siglos. No obstante, por un motivo u otro, ni el capitalismo liberal ni el capitalismo de concentración han alcanzado la plena legitimación del sistema de control penal a que ambos dieron lugar, y entre las principales razones para ello debe tenerse en cuenta la frustración del conjunto de garantías que todo sistema penal debe asegurar, mientras aplica el castigo.

I) Ese es el marco temporal en el que se diseña esta obra de LUIGI FERRAJOLI, seguramente la más importante hasta ahora de su acervo intelectual, y posiblemente una de las que más trascendencia están llamadas a ejercer sobre la cultura iuspenalista de esta última parte del siglo XX. Arco de tiempo aquel en cuyo transcurso nace y se configura el derecho penal liberal del que hoy se nutren preferentemente las sociedades de Occidente, las cuales apoyan sus sistemas de relaciones sociales sobre el modo de producción capitalista pero que tanto influjo ha venido demostrando en Oriente, como asimismo en el Este de Europa, en la medida que tan velozmente se está reemplazando en estas sociedades la jerarquía de valores sociales, tal como lo han ya sido sus burocratizantes regímenes de gobierno.

Mas, ¿cuáles son los atributos de esta obra de FERRAJOLI que han provocado no solo los elogios que expresa el propio NORBERTO BOBBIO en la *Prefazione*, sino que apenas a un año de su aparición la Editorial Laterza se encuentra abocada a emitir una segunda impresión? Y, también, ¿cuáles las circunstancias que me convocan —aparte de las personalmente afectivas que me unen a este inestimable amigo (recuerdo de aquellos tiempos del *autunno caldo* de 1968 y 1969 en la Universidad romana, en el nacimiento de *Magistratura Democratica* que tuvo a FERRAJOLI como uno de sus históricos fundadores, en la gestación de *Il Manifesto* o después de *Democrazia Proletaria* y en tantos y tantos encuentros, seminarios, revistas —como *Dei delitti e delle pene*—, publicaciones del gran debate cultural y político italiano de los años setenta y ochenta, eventos todos en los que tuve la suerte de participar, vivir o presenciar) —y que naturalmente pueden inclinar mi valoración a presentar el volumen de FERRAJOLI de este modo como lo hago aquí?

Pues bien, *Diritto e Ragione* no es únicamente un estudio de los sistemas penales, ni tampoco es solo una obra de derecho penal. Mucho menos se trata de una exposición de principios y categorías con los cuales se pretende fundar una nueva teoría penal. Es, más bien, la conclusión de una vastísima y puntillosa exploración continuada durante años en las más diversas disciplinas jurídicas (particularmente en el derecho penal) y de una larga como apasionada reflexión nutrida por estudios filosóficos e históricos, sobre las ideas morales que inspiraron o deberían inspirar el derecho de las naciones civilizadas. Para llegar a esa conclusión FERRAJOLI descarga todo su bagaje de conocimientos de filosofía, de epistemología, de ética y de lógica, de teoría y ciencia del derecho, de historia de las doctrinas y de las instituciones jurídicas, enriquecidos todos ellos con la experiencia intensa y vivida, extraída del ejercicio de su pasada actividad de magistrado (fue pretor durante diez años en Firenze), de dirigente en una y mil iniciativas político-culturales y de cabeza de tantas batallas civiles por las libertades individuales y colectivas (también como integrante de la *Fondazione Lelio e Lisli Basso*) en Italia, en Europa y en América Latina.

El profundo discurso de FERRAJOLI se desenvuelve ordenadamente entre la crítica a los fundamentos gnoseológicos y éticos del derecho penal, por un lado, y la crítica de la práxis judicial en Italia (pero con amplias referencias y remisiones a otros ámbitos), por el otro. Y, todo ello, como dice BOBBIO, escapando de los dos vicios opuestos de la teoría sin controles empíricos y de la práctica sin principios; más aún, sin perder de vista, no obstante, la multiplicidad de problemas encarados y la riqueza de la información, la coherencia de las partes con el todo de la obra, la unidad del sistema y la síntesis final.

II) Ante esta marea de razones que, en parte y en principio, responden a los interrogantes que promoví arriba, es obvio que la noticia sobre esta obra que muchos anotadores —como S. SENESE en *L'Indice* [dei libri del mese], marzo 1990, 4-6, o E. RESTA en *Il Manifesto* del 5 dic. 1989— la consideran ya fundamental, no puede concretarse simplemente a reseñarla. Junto a una síntesis de ella no se puede menos que, al exaltar las principales cuestiones que pone de manifiesto, dejar que surjan comentarios o reflexiones claramente polémicas con ciertas tradiciones penalistas; sobre todo con aquellas que se manifiestan como "liberales" pero que —tal como las critica FERRAJOLI— a lo largo de sus desarrollos se han demostrado responsables de haber admitido la violación y corrupción de los auténticos principios de tales tradiciones. De ahí que, a la luz del alejamiento de esos principios, revelado por ciertos teóricos afiliados a ellas, a través del olvido o desinterés por la práxis del sistema penal, hoy resulta de verdad quimérica la limitación a los abusos del poder punitivo que el derecho penal del iluminismo pretendía, y más bien es la vida social la que los denuncia al verse inundada de una justicia penal inflacionaria.

La distorsión y el exacerbamiento de los conflictos individuales y sociales a que ha llevado esta tercera fase del capitalismo, la cual en los países centrales produjo la substitución de los sujetos históricos —capitalista por *manager* y obrero por sindicato [DAHRENDORF]— mientras que en los periféricos genera muerte, miseria y analfabetismo, han provocado una excesiva intervención punitiva del Estado. En consecuencia, no solo la creación de una legislación penal excesiva sino también una aplicación abusiva de ella por las instancias dispuestas a tal fin (policía, tribunales de justicia, instituciones penitenciarias) han dado lugar a un creciente abandono de las garantías fundamentales establecidas por las constituciones positivas, los códigos penales y de procedimiento.

Es verdad que ese proceso de inflación penal por el que atraviesan en general todas las sociedades occidentales se manifiesta en unas, las post-industriales, mediante auténticos reclamos sociales de mayores penas y más severidad punitiva de los aparatos de control penal, mientras que en otras, las no desarrolladas, se traduce en la directa invasión de los factores de poder económico y político sobre la legítima violencia estatal; en ambas, no obstante, es evidente la mediatización que en todo ello cumplen los medios de comunicación social. Mientras tanto, en el campo teórico-penal, las reflexiones han discurrido sin atender la realidad de ese *ius puniendi*.

Más aún, en el afán de encontrar un fundamento del derecho de penar, acorde con el supuesto de una estructura dinámica de las normas jurídico-penales, se ha llegado a idealizar la existencia en ellas de un proceso comunicativo [*Callies*] según una visión sistemática del derecho penal y de la misma sociedad. Semejante proceso, que se establecería tanto entre sujetos relacionados con la norma como entre quienes aguardan algún resultado de su aplicación, pretende, como función última —como bien lo acaba de exponer recientemente en España D. LUZÓN PEÑA, *Alcance y función del derecho penal*, "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", t. XLII-fasc.1, enero-abril MCMLXXXIX, 5-53 esp. 15-19—, la de estabilizar las conciencias, el equilibrio emocional y el funcionamiento social [JAKOBS], en la creencia de que asegurando el nivel de expectativas de los ciudadanos (de que no se cometa la infracción o de que si se comete, se sancione al infractor) queda afianzado el propio sistema social [LUHMANN]. Mas, con afianzar ese funcionamiento del subsistema penal la teoría no ha logrado ni siquiera morigerar los excesos de su aplicación, con lo cual la satisfacción de las necesarias garantías del mismo ante el eventual abuso del poder de sancionar tampoco ha sido alcanzada con las últimas evoluciones del funcionalismo estructural punitivo.

III) Si esto es lo acaecido en el ámbito de la teoría jurídicopenal, mirando últimamente hacia el Estado democrático, lo sucedido con ella en relación con las caídas de legitimidad en que han incurrido de reciente los Estados del bienestar, es aún más reprochable. Como se sabe, en estas situaciones ha sido emblemático el caso italiano —del que FERRAJOLI mismo ha dado debida cuenta en repetidas ocasiones anteriores a la de *Diritto e Ragione*— cuya legislación excepcional de los años setenta y ochenta invadió el sistema penal ordinario y llevó a su interior elementos que lo llegaron a corromper tanto en sus fuentes de legitimación política, como en sus principios inspiradores.

La cultura de la emergencia y la práctica de la excepcionalidad que se introdujeron, en principio, como medios de lucha contra el terrorismo, se extendieron luego en Italia a muchas otras situaciones emergentes: la mafia, la camorra, la n'drangheta, el tráfico internacional de armas, cierta criminalidad económico-financiera, la corrupción política y administrativa. Pero semejante cultura y práctica, todavía antes de las transformaciones legislativas que generaron, fueron responsables de una involución del sistema punitivo italiano que se manifestó, bajo ciertas formas modernizadas, en la reedición de viejos esquemas substancialistas propios de la tradición penal premoderna, como asimismo en la recepción por la actividad jurisdiccional de ciertas técnicas inquisitorias y métodos de intervención que son típicos de la actividad policial.

Por todo esto quizá resulte el cap. XII de la Parte Cuarta del volumen que comento —salvo mejor opinión o examen— uno de los análisis más lúcidos y brillantes que hoy se pueden leer acerca de la demostración del primado de la razón de Estado por sobre la razón jurídica como criterio informador del derecho y del proceso penal (a lo cual aludiré más tarde con abundancia), sea tanto en situaciones verdaderamente excepcionales —como las creadas por el terrorismo político u otras formas de criminalidad organizada— cuanto en otras en las que la jurisdicción debe suplir al poder político. La alteración de la fuente de legitimación de este derecho y sistema penal excepcionales consiste precisamente —dice FERRAJOLI (pág. 844)— en algo que resulta de verdad clave como para entender, por ejemplo en Argentina, las raíces de cierta legislación de excepción ("punto final", obediencia debida) o de la jurisdicción que se convirtió en excepcional al aplicarla y de las decisiones políticas que han modificado intervenciones penales (indultos) en función de un principio normativo de legitimación, no más jurídico sino estrictamente político; no más subordinado a la ley como sistema de víncu-

los y garantías, sino sobreordenado a ella. Quiero aludir con esto precisamente a la asunción de la *excepción* o de la *emergencia* (antiterrorista, antimafiosa para el caso italiano y de *reconstrucción nacional* para el argentino) como justificación política de la ruptura, o si se prefiere del cambio, de las reglas de juego que en el Estado de derecho disciplinan la función punitiva.

IV) Dentro de los múltiples y variados asuntos que provocan mi admiración por este monumental trabajo de FERRAJOLI, hay uno que deseo destacar todavía —pese a una breve alusión que he hecho antes— pues me parece que viene a constituir, si no el principal, al menos uno de los ejes centrales de la investigación. Me estoy refiriendo a lo que nuestro autor plantea desde el comienzo del volumen y despliega prácticamente a lo largo de él, pero que concreta en las tres primeras partes de las cinco que incluye la obra. Se trata de aquellos criterios de racionalidad que deberían informar el derecho penal como también el sistema a que da lugar y que deberían ser pertinentes a tres distintos ámbitos disciplinarios.

El primero de esos criterios designa el tema de la racionalidad de las decisiones penales —pertinente a la *epistemología del derecho*—, o sea del sistema de vínculos elaborado sobre todo por la tradición liberal y orientada a fundamentar sobre el "conocimiento" antes que sobre la "autoridad" los procedimientos de imputación y de sanción penal. El segundo, de carácter axiológico y político que alude al tema —propio de la *filosofía del derecho*— de la *justicia* penal, o sea de las justificaciones ético-políticas de la cualidad, de la calidad y antes todavía de la necesidad de las penas y de las prohibiciones, como también de las formas o pautas de las decisiones judiciales. El tercero, normativo y jurídico, que se relaciona con el tema —perteneciente a la *ciencia penal*, o sea a la teoría general del derecho y a la dogmática penal de los distintos ordenamientos— de la *validez* o coherencia lógica interna a cada sistema penal positivo entre sus principios normativos superiores, sus normas y sus prácticas inferiores.

Esos tres diferentes criterios de racionalidad permiten a FERRAJOLI distinguir —a través entonces de la epistemología, de la axiología y de la teoría penales— por qué, cómo y cuándo se debe emplear el derecho penal analizando sus fundamentos, sus límites y sus fines. El resultado de tal distinción es la neta separación entre las razones *en, del* y *de* derecho penal y aquellas otras que pueden denominarse de fuerza, de autoridad o de Estado, las cuales han sido habitualmente (y son) confundidas con las primeras, provocando una utilización instrumentalmente partidista o parcial o ideológica del sistema penal. Esta tarea también permite al autor ir elaborando eso que él va a denominar —en la Parte Quinta de la obra— una *teoría del garantismo penal*, con lo cual queda claramente encuadrado el empleo de los instrumentos penales dentro de lo que FERRAJOLI denomina *derecho penal mínimo*.

Es evidente que esta reflexión teórica y filosófica sobre los fundamentos, otorga a FERRAJOLI una clara posibilidad de analizar aquellos perfiles de *irracionalidad*, de *injusticia* y de *invalidez* que caracterizan —según su opinión— el ordenamiento penal y procesal italiano. En la Parte Cuarta del volumen nuestro autor procura precisamente demostrar que el sistema penal italiano, desarrollado desde el fascismo a la actualidad, es el resultado de una triple diferenciación interna que correspondería una triple divergencia entre sus principios garantistas y liberales —constitucionales y codificados como su modelo teórico y normativo— y su modo de ser *efectivo*, ya legislativo como jurisdiccional (el deber ser y el ser del sistema penal). La primera diferencia es aquella determinada por el desarrollo, dentro del derecho penal y del procesal, de una larga serie de técnicas e instituciones que más o menos desmienten aquellos principios constitucionales, tales como: la formulación en términos vagos e indeterminados de las figuras de delito, la previsión de delitos de sospecha, la prisión preventiva, las varias violaciones del contradictorio y de la presunción de inocencia, como asimismo los múltiples mecanismos inquisitorios que todavía afligen el proceso penal italiano aun después de la aprobación y entrada en vigor del nuevo Código de Procedimiento. La segunda y más

ostensible diferencia es la producida por la formación, al costado del derecho penal y procesal ordinario destinado a la jurisdicción, de un verdadero y propio derecho penal especial y administrativo, de competencia parcial de la magistratura y en más amplia parte de la policía; se refiere con ello FERRAJOLI al amplio abanico de sanciones *ante, extra* o *ultra delictum* y *ante, extra* o *ultra iudicium* compuesto —además que por la prisión preventiva— por las medidas de seguridad, también las de orden público y por los numerosos poderes instructorios como de limitación cautelar de la libertad personal atribuidos en vía subsidiaria a la policía judicial. La tercera divergencia que anota y desarrolla el autor es la que se manifiesta, dentro de ciertos límites, como corriente entre las leyes y su aplicación; las prácticas judiciales, y sobre todo policiales, se realizan siempre a un grado más bajo de las leyes, si no por otra causa, porque estas últimas siempre reflejan modelos de "deber ser" mientras que las primeras están sometidas a imperativos contingentes de eficacia que inevitablemente confluyen para quienes los advierten como molestos obstáculos antifuncionales; esta divergencia se ha acentuado aún más en Italia durante la última década, a causa de la producción de una masiva legislación "de emergencia", como de una jurisdicción similar.

De tal modo es como —dice FERRAJOLI— se han producido en Italia tres subsistemas penales y procesales, autónomos entre sí aunque se interfieren variadamente; el primero sometido, según los principios, a las clásicas garantías de estricta legalidad, de responsabilidad personal, del contradictorio y de la presunción de inocencia, no obstante que desmentidas de hecho por formas de legalidad atenuada que dejan amplio espacio a la discrecionalidad judicial; el segundo, expresamente substraído a tales garantías, aun cuando inciden —como el primero— sobre la libertad de las personas y está informado por meras razones de seguridad y por esquemas substancialistas de racionalidad administrativa; y, el tercero, que se ha desarrollado por vía no solo legislativa sino de manera prevalente por la jurisprudencia, en excepción al primero e inspirado, casi abiertamente, por el criterio decisionista de la justificación de los medios por parte de los fines.

La visión que se recoge de este inventario de derogaciones y lesiones al modelo garantista que provoca cada uno de estos subsistemas penales y procesales que actúan en Italia, según FERRAJOLI, no puede ser menos pesimista aunque también de ella —conviene recordarlo— es que el autor emerge con su teoría de nuevo garantismo: *un verdadero desafío para la teoría y la praxis juridicopenal*. La deducción que puede adelantarse es que la alternativa entre garantismo y autoritarismo, además de configurarse como una alternativa teórica entre diversos modelos de ordenamientos penales, será consecuentemente una aplicación para interpretar el conjunto de todas las oposiciones que puedan manifestarse dentro de un mismo sistema penal entre principios de legitimación y praxis, entre normatividad y efectividad, entre modelo constitucional y funcionamiento concreto de las instituciones punitivas.

Conclusión y propuesta

No cabe ninguna duda de que el aporte de fondo que produce esta gran obra de FERRAJOLI se concreta como un llamado de atención y un reclamo a la cultura penal de nuestro ámbito.

La exacerbaciones de los sistemas penales contemporáneos no es solo el producto de formas abusivas de aplicación de aquellos instrumentos punitivos a disposición de la policía, la jurisdicción o las cárceles. Es, antes que esto, el resultado de una creación del derecho penal y procesal sometido a las razones *no* jurídicas. Vale la pena tomar ejemplos de nuestros sistemas penales para saber a qué se alude cuando se menciona este tipo de razones; pocos trabajos con esa orientación pueden recordarse en nuestro ámbito hispanoparlante, rescatando aquí el Primer Informe sobre *Sistemas Penales y Derechos*

Humanos en América Latina, coordinado e introducido por EUGENIO R. ZAFFARONI (Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984); los *Principios rectores de la nueva ley procesal penal colombiana*, de FERNANDO VELÁSQUEZ V., Monografías Jurídicas, núm. 57, Bogotá, Editorial Temis, 1987); y la investigación sobre *Emergencia y crisis del Estado social* (Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perturbación) de JOSÉ RAMÓN SERRANO-PIEDECASAS (colec. "Sociedad-Estado" 3, Barcelona, PPU, 1988). El análisis sociojurídico del sistema de control penal en la República Argentina, en el que estoy empeñado (en colaboración con un equipo de sociólogos y juristas que dirige en Buenos Aires el Prof. JUAN PEGORARO) y ha sido financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia español, pretende precisamente seguir una orientación como la propuesta; otro fin sería el de someter el sistema español a un examen comparativo, pero en una fase posterior.

Finalmente, confío en que la obra de FERRAJOLI que he deseado presentar a los estudiosos latinoamericanos y españoles abra un debate que se está reclamando desde la sociedad a nuestra cultura penal; quizá algunas de las reflexiones que acabo de emitir puedan servir de disparador, con ello podría considerarme satisfecho y así se habría brindado una gratificación al querido y respetado colega y amigo.

ROBERTO BERGALLI

Barcelona, agosto de 1990.

IGNACIO AYALA GÓMEZ: *El delito de defraudación tributaria*. (Art. 349 del Código Penal), Madrid, Editorial Civitas, S. A., 1988.

La oportuna aparición de esta obra va, sin lugar a dudas, a enriquecer el debate jurídico y social sobre el llamado "delito fiscal", de tanta actualidad en España. El vertiginoso crecimiento económico de los últimos años ha ocasionado el incremento de los gastos sociales, y correlativamente el aumento de las cargas impositivas para sufragarlos. En ayuda de la efectividad de la política fiscal estatal se ha acudido con reiteración al expediente de la utilización de la norma penal. Intervención punitiva que se refuerza en aquellos Estados del capitalismo central sometidos a la llamada "crisis fiscal", surgida de las contradicciones inmanentes al *Welfare State*[1]. El autor de la presente obra pretende entonces delinear los perfiles dogmáticos y garantistas de la intervención punitiva, que en este delito en particular han sido confusos y divergentes, como lo señala el Prof. OLIVO GARCÍA en el prólogo de la obra.

Siguiendo los esquemas metodológicos de la moderna dogmática juridicopenal, y partiendo del bien jurídico protegido, AYALA GÓMEZ, en diez amplios capítulos, aplica pormenorizadamente las categorías de la teoría del delito al análisis del tipo penal contenido en el art. 349 del Código Penal, plasmando al final sus propuestas de reforma legislativa.

En aras de la brevedad que debe presidir este tipo de comentarios, solo podemos mencionar de manera panorámica algunos planteamientos que consideramos articulan el núcleo de la elaboración teórica de AYALA GÓMEZ, por lo que nos detendremos en primer lugar en el apartado referente al bien jurídico protegido.

Señala el autor la nada pacífica discusión en torno a lo que constituye el contenido material del bien merecedor de protección penal. Refiere en primer término aquellas teorías, ya superadas por cierto, que preconizaban a tales ilícitos como delitos sin bien jurídico (pág. 30). Enseguida menciona las teorías que fundamentan a los delitos fiscales o tributarios como delitos contra el orden socioeconómico. Frente a tales conceptualizaciones se pregunta el autor siguiendo a PÉREZ ROYO[2], cuál es el aspecto concreto de ese orden económico que se ve vulnerado por esta modalidad delictiva (pág. 32). Afirma, entonces, que no podemos conformarnos con aseverar que el bien jurídico es dicho orden en abstracto, sino que hay que indagar qué preciso instituto del sistema resulta dañado de manera inmediata y que en última instancia revierte en la vulneración de aquel. Se aparta así de una consideración macrosocial del interés a tutelar, y siguiendo a la doctrina italiana acoge una concepción microsocial patrimonialista. Para tal teorización considera que se debe distinguir entre "objeto jurídico genérico", que sería la Hacienda Pública como sujeto que desarrolla la actividad dirigida a la obtención de los tributos, y "objeto jurídico específico", que estaría configurado por el interés patrimonial de la Hacienda en el cumplido recaudo de aquellos (pág. 104). Estas distinciones, según BUSTOS[3], combinan criterios macrosociales y patrimonialistas, lo que no deja de tener una cierta ambigüedad, que se refleja al momento de la tipificación.

Entrando ya en el tipo de injusto, considera el autor que una de las ventajas de su posición en torno al bien jurídico es que permite explicar fácilmente la configuración del tipo como delito de resultado, acarreando ello que solo se sancionen los ataques más graves que efectivamente lesionen el bien; con lo que se daría cumplimiento al principio de intervención mínima de la ley penal (pág. 109).

También en el análisis del tipo objetivo se detiene AYALA GÓMEZ en precisar el alcance de los diferentes elementos normativos del tipo, como las expresiones "tributo", "disfrute indebido de beneficios fiscales", que hacen que el tipo sea una verdadera norma penal en blanco y se necesite acudir a la normativa extrapenal tributaria a fin de fijar su contenido. Así mismo, busca delimitar el alcance del verbo rector "defraudar", que ha sido objeto de serias discrepancias en la doctrina. Sostiene que el concepto de defraudación implica el elemento del engaño, lo que le equipara con otras defraudaciones contenidas en el Código, entre ellas la estafa[4] pero afirma que en este caso deben admitirse tanto comportamientos activos —la *mise en scène*—, como también omisivos. En el mismo sentido, señala MUÑOZ CONDE, se ha pronunciado el Tribunal Supremo mediante sentencia de 2 de marzo de 1988, en la que admite una tal posibilidad omisiva de adecuación típica, siempre que exista el deber de pagar el impuesto y la omisión pueda calificarse como un acto concluyente de fraude[5].

En lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la cuantía establecida en el art. 349, apartándose de la doctrina mayoritaria, AYALA GÓMEZ considera que esta no debe considerarse como una condición objetiva de punibilidad sino que es el resultado de la acción defraudatoria, siendo por tanto tal resultado elemento del tipo objetivo. En cuanto a la discusión sobre si se trata de delitos comunes, o si el delito de defraudación tributaria requiere de un sujeto calificado, afirma que la posición correcta es considerarlo como delito especial propio, en el sentido de que solo puede serlo quien esté obligado previamente frente a la administración tributaria (pág. 245). Sujetos pasivos serían, por el contrario, los titulares del derecho de crédito surgido con la imposición del tributo, o sea la Hacienda estatal, autónoma y local. Lo que omite considerar aquí AYALA GÓMEZ es a quién debe entenderse por perjudicado, pues, en última instancia, lo que se vulnera con la no cumplida recaudación de los tributos es la capacidad del Estado de atender a sus fines sociales.

Respecto al tipo subjetivo, plantea el autor la discusión doctrinal sobre si es exigible un ánimo especial de defraudar, diferente del dolo. AYALA GÓMEZ rechaza tal posibilidad, afirmando que el verbo rector "defraudar" solo denota

[1] Para una amplia exposición sobre la crisis del Estado social y la crisis fiscal, véase, entre otros, a JOSÉ RAMÓN SERRANO PIEDECASAS, *Emergencia y crisis del Estado social*, Barcelona, PPU, 1988. Así mismo, en la nota 17, pág. 28 de la obra, se menciona alguna bibliografía.

[2] Cf. FERNANDO PÉREZ ROYO, *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales. Ministerio de Hacienda, 1986, pág. 61.

[3] Cf. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal*, parte especial, Barcelona, Edic. Ariel, 1986, pág. 342.

[4] En contra BACIGALUPO; véase a BUSTOS RAMÍREZ, ob. cit., pág. 342.

[5] Cf. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Manual de derecho penal*, parte especial, 7ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 1988.

la intención dolosa de realización típica; y acogiendo la expresión de OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO[6], se estaría ante uno de esos delitos "denotadores de la imprescindibilidad del dolo". En páginas posteriores se adscribe a la corriente que introduce el ánimo de lucro en la definición del tipo subjetivo, lo que por supuesto tendrá serias repercusiones en el tratamiento que a continuación da, del problema del error. De esta manera, siguiendo a la teoría normativa de la culpabilidad, ubica el error sobre el conocimiento potencial de la antijuridicidad en la culpabilidad. Al admitirse, como lo hace el autor, la imposibilidad de comisión culposa, los errores sobre los elementos configuradores de la relación jurídica tributaria conducen a la negación del dolo y a la consiguiente impunidad de la conducta (pág. 308). Sobre la no incriminación de la imprudencia, afirma: "El legislador ha querido que solo las conductas dolosas sean constitutivas de delito tributario de defraudación, ello representa que solo los ataques más graves al bien jurídico, desde la configuración del desvalor de acción y del de resultado, deben ser tenidos en cuenta a efectos punitivos" (pág. 310).

En los capítulos siguientes, AYALA GÓMEZ se extiende exhaustivamente en el estudio de otros aspectos importantes de teoría del delito, como los referentes a la antijuridicidad, culpabilidad, consumación y concurso del tipo penal con figuras delictivas como las de falsedad, o la de alzamiento de bienes o de apropiación indebida.

Finaliza la obra analizando las implicaciones positivas a su sentir, derivadas de la reforma de 1985, al eliminar la configuración de los delitos contra la hacienda pública como delitos solo perseguibles a instancia de la administración tributaria, al tiempo que suprimía la prejudicialidad instaurada por la ley de 1977. Sostiene que se da autonomía a la justicia en la persecución de tal delincuencia y se subordina la Administración Tributaria a sus decisiones; ello, interpretado en consonancia con el reconocimiento del principio *non bis in idem*, contribuye a una mayor seguridad jurídica.

Por el riguroso tratamiento científico del tema, creemos que la presente obra arroja valiosas ideas que clarifican caminos en tan importante materia.

JULIO CÉSAR RODAS MONSALVE
Becario de investigación
Universidad de Salamanca.

WINFRIED HASSEMER - FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, 236 págs.

Se proponen los ilustres profesores alemán y español presentar una visión del estado actual de la criminología y el derecho penal. Si bien el texto no corresponde propiamente a una introducción al estudio de estas ciencias, ya que por su contenido mismo la obra no tiene una estructura meramente pedagógica, sino más bien crítica y de actualización, sí proporciona al académico y al estudioso del derecho penal y de la criminología una visión informativa de lo que son algunas de la tendencias y corrientes que están en discusión en el momento, sobre puntos cruciales de ambas ramas.

Metodológicamente, el libro está dividido en dos partes: la primera se dedica a la criminología, que a su vez se subdivide en cuatro capítulos. El primero, denominado "El conocimiento de la criminalidad y del delito"; el segundo, "La criminalidad como fenómeno de la vida cotidiana", donde se trata la problemática desde el punto de vista de su incidencia social, el impacto y la actitud de la colectividad frente al delito. El tercero, "Extensión de la criminalidad", en el cual se trata de manera particularmente interesante una visión sobre la estadística criminal, como disciplina auxiliar de la criminología y la política criminal; consideraciones sobre la llamada "cifra oscura", que llevan a concluir con evidente inquietud que bajo su manto de oscuridad yacen innumerables acciones delictivas que jamás se investigan. Y el capítulo cuarto, "Concepto de conducta criminal", en el que se exponen los conceptos de conducta "desviada" y conducta "punible", según el ángulo de las diversas teorías, como la del *Labelling approach*.

Según advertencia de los distinguidos tratadistas, hoy en día se impone frente al saber normativo propio del derecho penal, un saber empírico que suministra la criminología. Ella brinda al derecho penal datos más o menos confiables sobre la criminalidad y el delito, datos que deberá recoger este para cuestionarse o reafirmar sus propósitos.

Se plantea la discusión sobre si el objeto de la criminología viene dado o limitado por el objeto mismo del derecho penal, o si, por el contrario, la criminología como ciencia tiene la suficiente entidad y autonomía para imponerse su propio objeto de conocimiento, sin subordinarse al que le suministre otra rama del saber jurídico. Se dice, de un modo más o menos dominante, que el objeto de la criminología es, por un lado, el estudio de la "conducta desviada", y dentro de ella también la "criminalidad"; y por otro, el proceso de definición y sanción de esa conducta desviada y de la criminalidad (el "control social"). En tanto, al derecho penal le interesa la conducta desviada, pero ya desde el punto de vista de su imputación a una persona determinada. Según ello, los conceptos de criminalidad para la criminología y para el derecho penal no necesariamente coinciden (de hecho, según el texto, son diferentes).

La segunda parte, "El derecho penal", en la cual, como anotábamos anteriormente, no se busca tanto una introducción pedagógica a quien pretenda iniciarse en el estudio de los temas y generalidades de tan rica rama del derecho, como plantear inquietudes sobre las tendencias y modalidades de visión desde la cual se está abordando hoy en día el tema. Consecuentes con ello, los autores parten de un concepto o argumento sobre una materia, desarrollándola para finalmente fijar una posición.

Es así como el derecho penal está encaminado actualmente a lograr una misión específica: la protección de bienes jurídicos. Se afirma tajantemente, entonces, que el legislador debe acatar siempre este principio inspirador: solo las acciones que pongan en peligro o lesionen un bien jurídico pueden ser objeto de derecho penal. Reconocen, sin embargo, que el concepto de bien jurídico es un concepto complejo, incluso artificial, que puede llegar a ser manipulado (como efectivamente lo manipulan, según sus intereses, ciertos regímenes políticos), y según se enfoque desde el plano del bien jurídico individual, inspirados en la "teoría personalista del bien jurídico", o del bien jurídico universal, según se protejan los intereses colectivos, servirá a su finalidad de llegar a ejercer un efectivo control social.

El otro gran principio del derecho penal moderno es la "formalización", el cual, lejos de contradecirse o excluirse con el de la "protección a los bienes jurídicos", se complementa, formando una estructura sólida.

Precisamente por su condición de intervenir en los asuntos más graves que afectan a la comunidad, y de aplicar sanciones que implican hasta llegar a privar de su libertad a una persona, el derecho penal debe suministrar al procesado —y a la sociedad— toda la información y transparencia posibles, rodeándolo de las garantías fundamentales, ofreciendo, en fin, objetividad y prudencia para no contradecir su propia función de instrumento para la convivencia pacífica.

Y de esa manera observan con preocupación tan ilustres profesores cómo la tendencia es, al contrario, la "desformalización" del derecho penal, con el pretexto de lograr la "efectividad" y "funcionalización" del mismo. En nuestro medio es palpable tal situación en el hecho del paulatino traslado a las autoridades administrativas de mucho ilícitos penales cuyo conocimiento correspondía exclusivamente al órgano jurisdiccional.

[6] Cf. EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO y SUSANA HUERTA TOCILDO, *Derecho penal*, parte general, Madrid, Rafael Castellanos Editor, 1986, pág. 303.

Un conocimiento útil y productivo se forma y consolida en la medida en que se planteen tesis y se estudien sus críticas y contraargumentos. El presente volumen contiene consideraciones críticas a las legislaciones alemana y española, específicamente. Lo que no obsta para que sean válidas dichas posiciones en nuestro medio. Podrán diferir las legislaciones, pero los principios que ha logrado la civilización tienen vigencia universal: el respeto por los derechos del reo, y la observancia de todas las garantías procesales y de ejecución de penas tienen consagración positiva en la mayoría de legislaciones penales.

Para el estudioso del derecho penal, cuya dedicación ha de ser permanente, analizar todas las posiciones doctrinales posibles sobre materias penales para tomar una posición que le permita entender los fenómenos delictuales y los comportamientos mismos del hombre, es un deber fundamental. La intención de HASSEMER y de MUÑOZ CONDE es esa, finalmente.

FELIPE ALBERTO VELÁSQUEZ FERNÁNDEZ.
Facultad de Derecho de la U. P. B.

BORJA MAPELLI CAFFARENA y JUAN TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1990, 195 págs.

La presente obra de los catedráticos de derecho penal, BORJA MAPELLI CAFFARENA y JUAN TERRADILLOS BASOCO, es presentada por sus autores como un manual didáctico dirigido a los estudiantes de los primeros niveles de la materia. No obstante, el trabajo va mucho más alla, dado que desarrolla temas de debatida actualidad, como lo es el replanteamiento de la teoría de la pena, en consideración a que constituye la primera y más importante consecuencia jurídica del delito.

Formalmente, la obra está dividida en diez capítulos, al final de los cuales se cita una amplia bibliografía en lengua castellana del tema tratado: están así mismo precedidos por una serie de textos que conforman un auxiliar importante para facilitar el enfoque y comprensión del tema, como son, entre otros, el actual Código Penal Español, la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código, la Ley Orgánica General Penitenciaria, la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y, como complemento lógico, la Constitución Española.

En el primer capítulo se expone brevemente la evolución histórica de los fines de la pena según las diferentes teorías, las absolutas del retribucionismo clásico y las relativas, preventivo-general y preventivo-especial, poniendo de manifiesto que su contenido depende de la ideología de cada ordenamiento jurídico; de igual forma se plantean los inconvenientes de tales teorías, entre los que se destacan los referidos al criterio resocializador frente a la actual crisis del Estado asistencial. De otra parte se descarta el fin retributivo de la pena desde un enfoque ético-jurídico, cuyo objetivo en primer lugar es el de cumplir con la función preventiva. Se retoma el concepto de prevención como función de racionalidad del derecho penal, en un marco de autolimitación de la idea de castigo.

El capítulo segundo se reserva a la pena capital, y en él se exponen las teorías antiabolicionistas; al respecto se demuestra su incompatibilidad con el objetivo resocializador y su incoveniencia ante la posibilidad de error judicial con efectos de carácter irreversible.

Se menciona el aporte del Iluminismo en el siglo XVII respecto a la reforma penitenciaria como corriente humanista y la influencia del sistema pensilvánico o filadélfico y el progresivo inglés; igualmente el retroceso que significó en esta materia el pensamiento positivista, con su método y técnica de control de la personalidad.

Los capítulos siguientes abarcan lo referido a la institución de la pena privativa de libertad, su insustituibilidad, a pesar de la crisis carcelaria, por su naturaleza perdurable en el tiempo, que permite durante su ejecución un plan de reinseción social; se trata así mismo la ejecución de la pena y se formulan críticas al concepto amplio que incluye en él a las medidas de seguridad. La obra también se refiere a temas como el de la naturaleza jurídica de la norma penitenciaria, el desarrollo de la regulación en España con base en la Ley Orgánica General Penitenciaria, el aporte de la criminología en el derecho penitenciario y el análisis estadístico de la criminalidad.

Se destaca la importancia del proceso individualizador y los principios infranqueables de legalidad, la exigencia de la colectivización de los medios de ejecución de las penas como límite de carácter pragmático. Se dedican algunas páginas a otras clases de penas como la restrictiva de libertad y las pecuniarias, estas últimas como consecuencia de un enfoque político criminal moderno, menos estigmatizante para el individuo.

Al controvertido tema de las medidas de seguridad se le asigna un capítulo, en consideración a que constituyen verdaderas sanciones penales, utilizadas como medio de prevención especial, cuyo objetivo se ha visto truncado, debido, entre otros motivos, a la falta de establecimientos adecuados para la obtención de las metas propuestas. Critican el concepto de peligrosidad introducido por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, se incluye en el texto una crítica fundamentada además en una sentencia del Tribunal Constitucional Español, la cual excluye del ámbito constitucional dicho concepto, con lo cual queda sin campo de aplicación la ley antedicha, dada la imposibilidad de hacerla efectiva sin quebrantar con ello el principio de legalidad.

Culmina la obra con un capítulo referido al tema de la responsabilidad civil, como otra consecuencia jurídica del delito.

Digamos finalmente que la obra reseñada constituye, sin lugar a dudas, un aporte importante respecto a una concepción moderna del tratamiento de la teoría de la pena, ya que ofrece criterios de interpretación en cuanto a la aplicación de la sanción penal, a partir de una política criminal y social dirigida a un fin resocializador con miras a efectivizar al máximo las garantías individuales. Ello, en el sentido de ser esta una exigencia del Estado de derecho como límite material al poder punitivo, teniendo en cuenta el innegable carácter instrumental de la pena como medio de control social.

VERÓNICA GÓMEZ CEBALLOS

Medellín, mayo de 1991

ESTA REVISTA SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES DE EDITORIAL NOMOS, EL DÍA 21 DE AGOSTO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS.

LABORE ET CONSTANTIA