ISSN 0120-8179

NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR
Fundador

59

NERO • FEBRERO • MARZO
1993

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

Dirección y Coordinación: Apartado Aéreo 53006
Medellín

AÑO X • Enero • Febrero • Marzo • 1993 Nº 59

Licencia 00577 de 1985

NUEVO FORO PENAL

REVISTA TRIMESTRAL

EDITORIAL TEMIS S. A.
Santa Fe de Bogotá
1993

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.

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

Impreso por EDITORIAL NOMOS, Santa Fe de Bogotá, Colombia

ÍNDICE GENERAL

EDITORIAL

DERECHO PENAL

DERECHO PROCESAL PENAL

JURISPRUDENCIA

BIBLIOGRAFÍA

EDITORIAL

El secuestro de la democracia

Juan Gonzalo Escobar M.

En referencia a la polémica ley 40 de 1993 que adopta el estatuto nacional contra el secuestro y que entre sus novedades criminaliza el pago del rescate y el otorgar créditos para tales efectos, establece la vigilancia administrativa de los bienes del secuestrado y parientes y fija penas hasta 60 años de cárcel, un tema sobre el que es importante continuar profundizando el debate es el que tiene que ver con la interpretación del art. 1° de la Constitución colombiana, en cuanto a la relación de subordinación entre el interés general y el particular, dado que tiene una íntima conexión con el desarrollo de la democracia.

La Constitución colombiana fundamenta el Estado tanto en el respeto a la dignidad humana, como en la prevalencia del interés general. Este precepto recoge ideas que pueden interpretarse desde dos puntos de vista diferentes y que se corresponden con corrientes de pensamiento contradictorias (algo de esperar debido al poco claro proceso de la Constitución —constituyente—). Esta contradicción se puede reconducir al plano de la confrontación existente entre fuerzas democráticas y antidemocráticas. Advirtiendo que las fuerzas antidemocráticas actúan como mecanismos y argumentos aparentemente democráticos que es preciso develar para explicitar su trasfondo.

La confrontación viene dada fundamentalmente al momento de precisar ¿qué es o cuál es el interés social? y ¿qué es o cuál es el interés particular? En este sentido, una corriente de pensamiento considera la sociedad como un ente con naturaleza diferente a los de sus miembros individualmente considerados. La sociedad (como ente independiente) tiene, entonces, intereses propios (sociales) diferentes a los intereses de los individuos que la integran. La definición de dichos intereses surgiría entonces de la propia "naturaleza" social de los

mismos. Esta concepción permite afirmar, en abstracto, la existencia de conflictos entre el interés general y los intereses individuales.

En este contexto, afirmar que el interés general prima sobre los intereses individuales, indica que todo aquello que sea definido como interés general estará necesariamente por encima de lo que sea un interés individual. Consecuencia de ello, *los llamados intereses generales pasan a ser el fin último de la organización social, del Estado y del derecho.*

Este planteamiento permite a las fuerzas antidemocráticas definir como intereses de "naturaleza" social determinados conceptos abstractos, independientes en sí mismos, como el orden público, la seguridad nacional, etc. La utilización de estos conceptos abstractos para identificar el interés general permiten, al momento de su concreción, acudir a razones de distinto orden, como las "razones de Estado", que no son expresión de la voluntad popular, sino expresión de la voluntad de un sector del aparato estatal.

Configurar el orden público (considerado como interés general) como fin último y primordial de la organización social, encargando a su vez su protección a las fuerzas armadas (un claro logro de las fuerzas antidemocráticas en el proceso constituyente —art. 217—), permite la militarización de los conflictos sociales.

En este orden de ideas determinados sectores que gozan de grandes privilegios en el país, vienen promoviendo interpretaciones que les permiten definir lo que es o no de interés general, obviamente por mecanismos que no consultan la voluntad popular, sino su voluntad o al menos la de aquellos que están de acuerdo en mantener el *statu quo*, siendo por ello catalogables como fuerzas antidemocráticas y a su vez conservadoras.

Mediante este mecanismo, estas fuerzas han buscado que se defina todo aquello que atenta contra el *statu quo*, y por ende contra sus privilegios, como conflictos de orden público, lo que consecuentemente ha comportado la militarización de dichos conflictos. Como ejemplo de ello hemos visto en la historia colombiana la delincuencia política y los conflictos de tierras combatidos por los militares, el espectáculo bélico del Palacio de Justicia, la justicia en manos de militares, la legislación de orden público, gobernaciones y cárceles militarizadas, etc.

Esta clara oposición a la militarización de los conflictos sociales no responde a una actitud irreflexiva contra las fuerzas militares, sino, por el contrario, a que consideramos que el estamento militar tiene como función primordial la resolución de *conflictos armados* en situaciones de guerra. Por ello, en caso de plantear su existencia, debe estar *reservada exclusivamente a confrontaciones bélicas de orden externo*. La militarización de los conflictos sociales implica resolver estos por medio de las armas, un aspecto claramente contrario con la idea de un Estado social y democrático de derecho y contra el que los demócratas debemos luchar constantemente. Son precisamente el ejercicio democrático y el desarrollo del Estado social y democrático de derecho, los que nos pueden proporcionar los mecanismos (no bélicos) idóneos para resolver los conflictos sociales, en ningún caso su militarización. Dicho sea de paso, en Colombia las fuerzas democráticas perdimos la oportunidad, en el proceso constituyente, de relegar las fuerzas armadas a su verdadera función y desarrollar una fuerza civil (policía o como se le quiera denominar) totalmente independiente a la ideología de la utilización de las armas para la resolución de conflictos (y que no nos engañen las apariencias: art. 218 de la Const. Pol.). No obstante, ello no implica que no debamos continuar con su búsqueda.

Las autoridades gubernamentales y otras fuerzas del país, bajo la apariencia de democráticas ("primera ley de iniciativa popular" con más de un millón de firmas) y con la pretensión de evitar que los secuestradores obtengan beneficio económico y otras no tan develadas como ser un instrumento de ataque a ciertos grupos organizados, han buscado combatir el secuestro mediante los mecanismos establecidos en la ley 40.

Independientemente al fallo sobre la constitucionalidad o no de dicha ley, que ya habrá sido proferido cuando estas páginas vean la luz, es preciso develar el carácter antidemocrático de las posiciones que, recurriendo al argumento que el interés general (en abstracto) prima sobre el interés particular, pretenden justificar la criminalización de quien paga el secuestro (que no de quien secuestra, que se justifica por la protección de la libertad como bien jurídico individual), por la protección de un interés general definido obviamente por dichas fuerzas en forma tan abstracta como puede ser "el bienestar de la sociedad" o anunciando que la ley persigue "salvar la sociedad colombiana" mediante la inclusión de "medios radicales aunque incómodos e inconvenientes para algunos" (evidentemente no se refiere a los secuestradores).

Frente a estos argumentos uno podría concluir con LONDOÑO JIMÉNEZ (*El Colombiano*, 27/7/93, pág. 5ª) que la ignorancia es atrevida. No obstante, el problema no es solo de ignorancia sino de elección. Creemos que entre quienes ignoran de forma tan abierta las bases del Estado social y democrático de derecho no solo están los que lo hacen por simple ignorancia sino que también están quienes han optado por promover un modelo antidemocrático y antisocial de Estado y por ello es necesario para identificarlos.

Es preciso preguntarnos y preguntarle seriamente al Editorial del periódico *El Tiempo*, ¿es una fuerza que promueve un real desarrollo del Estado social y democrático de derecho? y sus yerros en las notas editoriales del 21/7/93 o del 5/8/93, son simplemente eso: ignorancia (y atrevida); o si por el contrario pretenden promover otro modelo político diferente, caso en el cual sería conveniente que nos lo definieran más claramente, ya que de sus escritos solo se extraen como datos de ese posible modelo alternativo: la salvación nacional, el estado de guerra y la utilización de mecanismos radicales.

Una posición contraria a la anterior, postula a los individuos que integran la sociedad como el aspecto fundamental de su organización. La convivencia social está en función de lograr un mejor desarrollo y nivel de vida de sus miembros. En ese sentido, *el fin último de la sociedad del Estado y del derecho es el ser humano, que plasma como límite básico el respeto a su dignidad*. El Estado, sus autoridades y el derecho deben, ante todo, respetar la dignidad humana ya que

están instituidos y encuentran su razón de ser en el desarrollo y protección de los individuos.

En este sentido, *el interés social está en función de los intereses individuales de los miembros que conforman dicha sociedad*. No es posible, por tanto, dentro de esta concepción plantear en abstracto una confrontación entre el interés social y el interés individual. Las confrontaciones se darán en ámbitos concretos y más estrictamente entre intereses mayoritarios e intereses minoritarios o en su caso particulares. Una dialéctica propia a resolver dentro de los sistemas democráticos, que consagra a su vez los derechos de estas minorías. Así, un interés será entonces social, solo en la medida en que mediante un proceso de participación democrática así se defina, sin que ello implique asumir una posición neoliberal.

Así determinado, afirmar que el interés general prima sobre el interés privado, tiene otro contexto. Tanto en su contenido (el interés general se define desde el punto de vista concreto de la persona humana y no desde un ente abstracto), como por el procedimiento (el interés general viene definido por los mecanismos democráticos), lográndose que la acción del Estado se legitime en consideración a los individuos que integran la sociedad y estableciendo los límites propios del Estado social y democrático de derecho.

Las fuerzas democráticas del país debemos estar siempre alertas y salir al paso a estas interpretaciones que se hacen de la primacía del interés general sobre el particular. No debemos permitir que en aras de un interés general, definido como "la salvación nacional" u orden público, se introduzca la aplicación de toda clase de "medios radicales, así resulten incómodos e inconvenientes para algunos", porque a esos que nos resultan incómodos, señor Santos, no es precisamente a los secuestradores, sino a los demócratas. ¡No dejemos que secuestren la democracia!

Girona, Septiembre de 1993

DERECHO PENAL

Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del derecho comparado*

*Hans-Heinrich Jescheck***

1. El concepto del delito impropio de omisión y su tratamiento jurídico-penal en general

A) *El concepto del delito impropio de omisión*

El delito impropio de omisión es un delito de resultado cuya particularidad radica en que el resultado típico no se produce por una acción, sino que deja de evitarse por la omisión de una acción posible para el autor. Hay delitos impropios de omisión en la ley y fuera de la ley. En el derecho alemán es, por ejemplo, un delito impropio de omisión de daño que por negligencia en el deber de cuidado se causa a las personas encomendadas a la protección del autor [§ 223 *b*), tercera modalidad], y es un delito impropio de omisión en el Código Penal español *el no restablecimiento de la seguridad de una vía de la circulación por quien se halla obligado a preocuparse de ello [art. 340 bis b*), núm. 2]. El resultado típico es en el § 223 *b*) del StGB alemán el daño a la salud de la persona confiada al cuidado, y en el artículo 340 bis *b*), número 2, del Código Penal español la persistente inseguridad de la vía. También se admiten en ambos países los delitos impropios de omisión fuera de la ley. Así, según el derecho alemán, los padres están obligados a proteger contra peligros para la vida y la integridad física a los hijos que conviven en la comunidad doméstica, de modo que el marido no puede, en

* Traducido por el profesor Dr. José Luis Manzanares Samaniego, Vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial.

** Frigurbo de Brisgovia.

un matrimonio roto, abandonar a la esposa sin asistencia para el hijo, si existe el riesgo de que aquella no solo se suicide sino que, por desesperación, mate además al niño. El autor fue condenado por homicidio imprudente del niño mediante omisión (§ 222 del StGB alemán), ya que no impidió la muerte del hijo como consecuencia del abandono de la esposa, pese a que pudo preverlo (BGHSt, 7, 268, 272). De igual forma se castiga en el derecho español por muerte dolosa de un descendiente (C. P., art. 405) a la madre que deja sin alimento a su hijo de pocos días, lo que lleva a su fallecimiento (Tribunal Supremo, 12 de febrero de 1892, Jurisprudencia Criminal, t. 48, 1893, núm. 85, y Tribunal Supremo, 15 de noviembre de 1977, *Aranzadi*, Repertorio de Jurisprudencia 1978, núm. 4336). A continuación se expondrán, desde la perspectiva del derecho comparado, los problemas de estos delitos impropios de omisión no regulados en la ley.

B) *Tres modelos*

Pueden apreciarse en el derecho comparado tres modelos fundamentales distintos para el tratamiento de los delitos impropios de omisión no regulados en la ley[1].

En Francia, teniendo en cuenta el estricto principio de legalidad del artículo 4° del Code Pénal, la omisión solo se castiga, por principio, en los casos regulados legalmente[2]. Las lagunas de punibilidad que ello comporta se llenan mediante la reinterpretación de los delitos dolosos de omisión como delitos imprudentes de comisión y a través de unos tipos propios de omisión redactados con gran amplitud (v.g. C. P., arts. 62 y 63). Tampoco el "Projet de loi portant réforme de Code Pénal" de 1986 contiene regulación general alguna del problema de los delitos impropios de omisión situados al margen de la ley, antes bien, se contrae, como el derecho vigente, a casos de omisión punible recogidos en la parte especial.

Un segundo modelo consiste en que la responsabilidad jurídico-penal por la omisión en la evitación de un resultado típico se admite también fuera de la ley, por la jurisprudencia y la doctrina, cuando existe un deber jurídico de actuar, sin que esta extensión general de los tipos jurídico-penales de resultado se halle dispuesta en la propia ley. En este grupo se incluye el vigente derecho penal de Suiza[3], mientras que el Anteproyecto suizo prevé expresamente en su artículo 10 la punibilidad del delito impropio de omisión fuera del Código Penal[4]. El Draft

[1] JESCHECK/GOLDMANN, *Die Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte im deutschen und ausländischen Strafrecht*, ZStW 77 (1965), págs. 127 y ss.

[2] Así la Cour de Poitiers, el 20 de noviembre de 1901, DP 1902, II, 81, en el famoso "asunto de la secuestrada de Poitiers" (absolución de una mujer, que dejó extenuarse sin asistencia a su hija, enferma mental, frente a la acusación por lesiones corporales); MERLE/VITU, *Traité de droit criminal*, t. I, 6ª ed., 1984, págs. 583 y ss.; y STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC, 14ª ed., 1992, págs. 172 y ss. Sobre el derecho francés, con más detalle, JESCHECK/GOLDMANN (nota 1), págs. 144 y ss.

[3] Así *Schweiz*, BGE 74 (1948) IV 166, E 1; y 96 (1970) IV 174, E II 2ª; SCHULTZ, *Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts*, t. I, 4ª ed., 1982, págs. 140 y ss.; STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht*, t. I, 1982, págs. 373 y ss.; y NOLL/TRECHSEL, *Schweizerisches Strafrechts, Allg. Teil*, 3ª ed., 1990, págs. 194 y ss.

[4] SCHULTZ, *Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches "Einführung und Anwendung des Gesetzes" des Schweizerischen Strafgesetzbuches*, 1987, págs. 25 y ss. y 282.

Criminal Code inglés para Inglaterra y Gales, que en su primitiva redacción del año 1985 había previsto todavía una regulación del delito impropio de omisión para un número muy limitado de los delitos más graves de resultado (sect. 20), renunció de nuevo a dicho intento en la redacción definitiva de 1989 con el siguiente argumento cargado de resignación: "This must remain a matter of construction and, so far as duties to act are concerned, of common law"[5].

El tercer modelo se configura en el sentido de que la ampliación de los delitos de resultado en cuanto a la comisión por omisión se regula en la parte general del Código Penal (o sea, no solo en relación con algunos delitos concretos en la parte especial), y de que al reconocimiento general, de los delitos impropios de resultado no recogidos en la ley se suma la descripción más o menos pormenorizada de la posición de garante. También la parte general regula en este lugar la cuestión de si, amén de los delitos de resultado, cabe cometer por omisión delitos de pura actividad. El Código Penal alemán restringe la punibilidad por omisión impropia a los delitos de resultado, pero la extiende a la complicidad por omisión, que puede darse igualmente en delitos de pura actividad, puesto que cabe considerar el hecho principal como resultado típico de la complicidad. En cambio, las posiciones de garante no se describen de forma concreta, sino solo con carácter general conforme a la fórmula de que el autor por omisión debe responder *jurídicamente* de que el resultado no se reproduzca (§ 13 del Código Penal alemán)[6]. En el Código Penal austríaco de 1974 (§ 2)[7] y en el Código Penal portugués de 1984 (art. 10 párrafo 2) se encuentran soluciones similares. El Anteproyecto suizo, va más lejos en dos direcciones. De un lado, los tipos de los delitos de actividad se incluyen en la cláusula ampliatoria en beneficio de los delitos de omisión, y de otro, las razones que fundamentan los deberes de garante se determinan de modo concreto y cerrado según la doctrina clásica de los deberes (ley, asunción voluntaria y actuación peligrosa precedente)[8]. El Anteproyecto suizo se atiene en la descripción de la posición de garante a la propuesta del Proyecto Alternativo alemán (1966) en su parágrafo 12.

C) *La postura del Código Penal español*

El derecho penal español se encuentra en la encrucijada acerca de si desea ocuparse de los delitos impropios de omisión no regulados en el Código Penal, y en caso afirmativo, en qué medida y de qué modo, como formas de omisión punible de los tipos recogidos en la ley. La doctrina presenta parecidos grados de evolución que en Alemania. La teoría más antigua, según fue defendida por ANTÓN ONECA[9], se preguntaba por la causalidad de la omisión, se adhería a la doc-

[5] The Law Commission. Criminal Law, *A Criminal Code for England and Wales*, t. 2, 1989, pág. 187.

[6] JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil*, 4ª ed., 1988, págs. 549 y ss.

[7] NOWAKOWSKI, *Wiener Kommentar* (1982), anotación preliminar al § 2, núms. 2 a 4.

[8] SCHULTZ (nota 4).

[9] ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, t. I, parte general, 1949, págs. 170 y ss.

trina formal del garante en Alemania, que contemplaba la posición de garante como un elemento constitutivo de la antijuridicidad de la omisión, y desembocaba, finalmente, en la reflexión de que la equiparación entre la omisión de la evitación de un resultado y la causación del resultado mediante un hacer positivo habría de obtenerse a través de la racional interpretación de los tipos de la parte especial ("común sentir"). La doctrina clásica del garante (ley, asunción voluntaria y actuación precedente) sigue teniendo defensores en COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN[10] y RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ[11], quienes entienden, por lo demás, que la admisión de delitos impropios de omisión constituye un problema exegético. La moderna doctrina de las funciones para las posiciones de garante se recoge en el Tratado de MIR PUIG[12]. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido muy raramente en los tipos dolosos el delito impropio de omisión, pero lo ha hecho con mayor frecuencia en la complicidad y, aún más, en los casos de muerte y lesiones imprudentes[13]. Sin embargo, la jurisprudencia no ha llegado a desarrollar una doctrina sistemática del garante. Un nuevo acento aparece en la discusión sobre el delito impropio de omisión en el derecho penal español gracias al artículo 10 del "Anteproyecto del Código Penal, parte general", de 1990, que, a diferencia del Proyecto de 1983[14], contiene, como ya he dicho, una regulación para el delito impropio de omisión situado fuera del Código Penal. El precepto reza así:

"Los delitos o faltas consistentes en la producción de un resultado de lesión o peligro podrán realizarse tanto por acción como por omisión pero, en este caso, solo cuando la no evitación del resultado equivalga a su causación"[15].

Vista la inseguridad sobre el rumbo que seguirá en el futuro el derecho español respecto al tratamiento de los delitos impropios de omisión no regulados en la ley, la atención hacia los principales problemas de esta categoría de delitos y a sus soluciones en los derechos extranjeros será, ciertamente, de interés actual para los juristas españoles.

2. PROBLEMAS PRINCIPALES DEL DELITO IMPROPIO DE OMISIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO

A) *La distinción entre delitos propios e impropios de omisión*

En esta conferencia solo se tratará, según se anunció más arriba, de los problemas relativos a los delitos impropios de omisión no regulados en la ley. No obstante,

[10] COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, parte general, 3ª ed., 1990, págs. 303 y ss.

[11] RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*, parte general, 14ª ed., 1991, págs. 385 y ss.

[12] MIR PUIG, *Derecho penal*, parte general, 2ª ed., 1985, págs. 262 y ss. Asimismo BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, 1983, págs. 143 y ss.

[13] Resumen general en GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la parte general del derecho penal español*, 1979, págs. 138 y ss.

[14] Ahí se encuentra, más bien, en el art. 15, el rígido sometimiento del juez al principio de legalidad.

[15] El texto responde en lo esencial al art. 5º del proyecto del Grupo parlamentario comunista para un nuevo Código Penal de 1982; sobre ello, MIR PUIG/MUÑOZ CONDE, "Propuesta alternativa de la parte general del Código Penal", en *Cuadernos de Política Criminal*, 1982, núm. 18, pág. 612.

la exposición científica exige partir de la diferenciación entre delitos propios de omisión (*delicta omissiva*) y delitos impropios de omisión (*delicta commissiva per omissionem*). Procede, pues, ocuparse primeramente de tal distingo.

En los delitos propios de omisión el injusto típico se agota con la no realización de la acción requerida por la ley (BGHSt 14, 280 y 281). Verdad es que con su realización se pretende, en definitiva, impedir un resultado valorado negativamente por el ordenamiento jurídico, pero el legislador no hace de la evitación del resultado un deber para el omitente ni tampoco, por ello, convierte en elemento del tipo la producción de un peligro o de un daño para el bien jurídico protegido. Por el contrario, en los delitos impropios de omisión se le impone al "garante" un deber de evitación del resultado. El resultado pertenece al tipo, y sobre el garante que infringe su deber de impedir el resultado se hace recaer la responsabilidad jurídico-penal por ese resultado no impedido. El delito solo se consuma con la producción del resultado[16]. Sin embargo, una opinión contraria, bastante defendida en el derecho alemán, se atiene a otro elemento diferenciador de naturaleza puramente formal: a su tenor, serían delitos propios de omisión todos los tipos omisivos que se hallan regulados en la ley, y delitos impropios de omisión, en cambio, los delitos omisivos creados por la jurisprudencia y la doctrina al margen de la ley[17]. La concepción material de la distinción, citada en primer lugar, cuenta también con notable apoyo en el *extranjero*[18]. Esta merece la preferencia, puesto que entre delitos de omisión propios e impropios existe una diferencia estructural que se desprende claramente de los tipos regulados en la ley y no puede salvarse acudiendo a la teoría. Así, en el derecho alemán son delitos propios de omisión el no alejarse en el allanamiento de morada (§ 123, segunda modalidad de acción, del StGB alemán) y la omisión del deber de socorro [§ 323 *c*) del StGB alemán], mientras que constituyen delitos impropios de omisión, pese a estar regulados en el StGB, los daños a la salud de las personas cuya protección se tiene confiada al autor, por negligencia en el deber de cuidado [§ 223 *b*), tercera modalidad de acción, del StGB alemán] y la puesta en peligro del tráfico viario por no señalizar los vehículos averiados [§ 315 *c*), párrafo primero, núm. 2 *g*)].

La doctrina española sostiene mayoritariamente el criterio material para distinguir entre delitos propios e impropios de omisión[19]. Esto es acertado, porque tam-

[16] JESCHECK (nota 6), pág. 547, con citas en la nota 38.

[17] Así, sobre todo, ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, págs. 200 y ss., y 275 y ss. Otras citas en JESCHECK (nota 6), pág. 548, nota 46. Además JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, pág. 779.

[18] Así la opinión unánime en Austria; sobre ello, TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1985, pág. 326, con citas. En Suiza, por el contrario, la diferenciación formal ocupa el primer plano; sobre ello, STRATENWERTH (nota 3), pág. 375, con citas, quien, no muy afortunadamente, considera la cuestión como un "problema de pura oportunidad". En Italia predomina la distinción material; sobre ello, FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, parte generale, 2ª ed., 1989, pág. 431. Además, detalladamente en el sentido de la diferenciación material, CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, t. I, 1988, págs. 104 y ss.

[19] A favor de la distinción material, ANTÓN ONECA (nota 9), pág. 170; GIMBERNAT ORDEIG (nota 13), pág. 136; MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código Penal*, 1966, págs. 72 y ss.; MIR PUIG (nota 12), pág. 255, y BACIGALUPO (nota 12).

bién en el Código Penal aparece nítidamente la diferencia estructural entre unos y otros delitos de omisión. Así, la omisión del deber de socorro (art. 489 ter del Código Penal español) es un delito propio de omisión, mientras que la infracción del deber oficial de un funcionario con graves consecuencias para el interés público o de un tercero (Código Penal español, art. 371, párrafo segundo) constituye un delito impropio de omisión. La estructura de los delitos impropios de omisión regulados en la ley ofrece interés como modelo para la estructura de los delitos impropios de omisión creados por la jurisprudencia y la doctrina.

B) *Los delitos impropios de omisión como delitos de resultado y no, también, como delitos de actividad*

En la delimitación de los delitos impropios de omisión que quedan fuera de la ley se plantea la importante cuestión de si estos solo pueden ser tomados en consideración en el caso de la no evitación de un resultado típico, de modo que para la consumación se precise la producción de dicho resultado o, en caso de complicidad, la comisión del hecho principal. Este es el criterio del derecho alemán[20]. Según el § 13 del StGB alemán solo puede ser autor por omisión "quien omite prevenir un resultado que pertenece al tipo de una ley penal"[21]. Debe constar, por ejemplo, el fallecimiento del lesionado en la muerte imprudente por omisión de la acción salvadora (BGHSt 11, 353 y 356) o la realización del ataque mortal por el autor principal en la complicidad del garante por la no evitación del hecho (BGHSt 19, 167). Ciertamente, se estima por algunos que también en los delitos de actividad hay un resultado, en tanto existe en ellos una proyección hacia afuera, como cuando se conduce un vehículo de motor. Sin embargo, tal parecer es rechazado, acertadamente, por la doctrina mayoritaria[22]. Así, por ejemplo, no cabe castigar conforme al § 13 del StGB al titular de un vehículo de motor por la conducción del mismo en estado de embriaguez (§ 316 StGB), alegando que no impidió que condujese una persona ebria. Más bien habrá que apreciar solo complicidad respecto a la embriaguez en el tráfico, si el conductor conocía su incapacidad para conducir. Si la ignoraba, el titular queda impune, puesto que no ha conducido él personalmente (el parágrafo 316 es un delito de propia mano) y la omisión de la evitación de la conducción del otro en estado de embriaguez no constituye ningún delito impropio de omisión (BGHSt 18, 6). Los delitos de actividad que pueden, excepcionalmente, ser cometidos por omisión, como ocurre con las injurias (§ 185 del StGB alemán),

[20] JESCHECK (nota 6), pág. 558; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1975, pág. 683; WESSELS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 20ª ed., 1990, pág. 221; y LACKNER, *Strafgesetzbuch*, 19ª ed., 1991, § 13, núm. 5.

[21] También aplican el § 13 a los delitos de actividad, contrariando su texto, BAUMANN/WEBER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9ª ed., 1985, pág. 236; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 24ª ed., 1991, § 13, núm. 3; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, 45ª ed., 1991, § 13, núm. 3; y SCHÖNKE, *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz*, 1974, pág. 326.

[22] Así JAKOBS (nota 17), pág. 785, con citas en la nota 2.

admiten, mediante la interpretación del tipo, una ampliación de la comisión por omisión[23].

También en el derecho extranjero se estima por lo general que los delitos impropios de omisión son delitos de resultado y no pueden extenderse hasta abarcar los delitos de actividad. Así se defiende en Austria la opinión de que el § 2 del Código Penal austríaco, a semejanza del parágrafo 13 del Código Penal alemán, solo amplía los tipos de los delitos de resultado a la omisión en la prevención del resultado[24]. Igualmente, según la doctrina dominante en Suiza, el delito de omisión es un delito de resultado, si bien, al igual que en Alemania, se considere asimismo como resultado el hecho principal en relación con la complicidad[25]. El Anteproyecto suizo representa, sin embargo, una excepción que se formula en el artículo 10, en el sentido de que el deber jurídico de impedir una acción punible incluye "tanto el delito de pura actividad como el delito de resultado"[26]. El artículo 40, párrafo segundo, del Codice Penale italiano solo se refiere también a los delitos de resultado y es interpretado asimismo por la doctrina en el sentido dicho[27]. De igual modo, el artículo 1 § 2 del Proyecto de parte general de un nuevo Código Penal polaco de 1990 únicamente refiere la responsabilidad jurídico-criminal del autor por omisión a los preceptos penales en los que para la consumación "se requiere la producción del resultado típico".

En consonancia con estas conclusiones, se estima en España que los delitos impropios de omisión son delitos de resultado en el sentido de que la responsabilidad jurídico-penal presupone la no evitación —contraria al deber— del resultado típico[28]. Igualmente, el artículo 10 del Anteproyecto español de 1990, solo afecta a los "delitos o faltas consistentes en la producción de un resultado de lesión o peligro" y la omisión solo consiste asimismo en la "no evitación del resultado". Este criterio es el único correcto, puesto que los delitos impropios de omisión que quedan fuera de la ley solamente pueden ser razonablemente delimitados como delitos de resultado, al igual que los delitos impropios de omisión regulados en la ley solo son también, *per definitionem*, delitos de resultado.

C) *La exigencia de la regulación legal de los delitos impropios de omisión ubicados fuera de la ley*

Hay en el derecho penal alemán, además de los delitos impropios de omisión regulados legalmente en la parte especial, tipos concretos de delitos de comisión

[23] V.G., omisión del tratamiento de "señor"; RG LZ 15, 445.

[24] NOWAKOWSKI (nota 7), núm. 2; y TRIFFTERER (nota 18), pág. 326.

[25] TRECHSEL, *Schweizerisches StGB*, 1989, art. 1, núm. 27, con citas.

[26] SCHULTZ (nota 4), pág. 28.

[27] ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, 1987, art. 40, núm. 24 y s.; GRASSO, *Il reato omissivo impropio*, 1983, págs. 131 y ss., y SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, 1975, pág. 166.

[28] MIR PUIG (nota 12), pág. 255; BACIGALUPO (nota 12), pág. 109; GIMBERNAT ORDEIG, "Das spanische Strafrecht", en MEZGER/SCHÖNKE/JESCHECK (Hrsg.), *Das ausländische Strafrecht der Gegenwart*, t. VI, 1982, pág. 389; y RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ (nota 11), pág. 385.

que pueden ser interpretados de forma que su aplicación quepa no solo en la causación del resultado típico mediante un hacer positivo, sino también en la no evitación del resultado por la omisión de una acción exigible al autor y posible para el mismo. Así, por ejemplo, el tipo de abuso de confianza en la infidelidad, que castiga la infracción de un deber de cuidado patrimonial con consecuencias prejudiciales para el interesado (§ 266 del StGB alemán), puede cometerse tanto por un hacer como por un omitir[29]. Sin embargo, una tal interpretación extensiva no cabe, por lo general, en el marco del posible tenor literal del tipo correspondiente. De ahí que para los casos del delito impropio de omisión fuera de la ley, los tipos de los delitos de comisión deban ser modificados y complementados de tres maneras: En primer lugar debe partirse de que los tipos de los delitos de comisión pueden, en principio, llenarse mediante la no evitación del resultado típico, incluso si ello no aparece expresamente en la propia ley. En segundo lugar, y puesto que cualquier persona no puede ser autor de un delito impropio de omisión, procede determinar con la ayuda de elementos especiales cuál sea el círculo de garantes que ha de tomarse en consideración como autores del delito impropio de omisión. En tercer lugar debe admitirse que el elemento de la causación del resultado por un hacer positivo puede sustituirse en el delito impropio de omisión por la no evitación de la producción del resultado[30]. Puesto que aquí se trata de una triple ampliación de los tipos de los delitos de comisión, con trasgresión de la prohibición de la analogía e infracción del mandato de determinación, el principio de legalidad exige una regulación legal del delito impropio de omisión situado fuera de la ley[31]. Como SUSANA HUERTA TOCILDO[32] ha expuesto acertadamente, tal regulación puede hacerse mediante una cláusula general en la parte general o mediante la ampliación de los tipos concretos en la parte especial. Ambas soluciones presentan insuficiencias. La cláusula general habrá de configurarse de modo más o menos general en la caracterización de las posiciones de garante, y la regulación en la parte especial complicará y dará pesadez a los preceptos penales, y dejará abiertas considerables lagunas en la punibilidad.

Alemania en el § 13 StGB, Austria en el § 2 StGB, Portugal en el artículo 10, número 2, Código Penal, y Brasil en el artículo 13, párrafo 2 Código Penal de 1984, han optado por la cláusula general en la parte general[33]. Con ello se logra que el correspondiente Código Penal reconozca el principio de la responsabilidad jurídico-penal del autor por omisión que, contrariando un deber jurídico, no impide el resultado perteneciente al tipo; sin olvidar aquí que la evitabilidad de la

[29] SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, § 266, nota 35.

[30] JESCHECK (nota 6), pág. 550.

[31] Resolución del XIII Congreso Internacional de Derecho Penal de 1984, celebrado en El Cairo, sobre el tema I: Delitos de omisión, ZStW 97 (1985), págs. 733 y ss. Zweiter Schrifscichrer Bericht del Comité especial para la reforma del derecho penal, BT-Drucksache V/4.095, pág. 8.

[32] SUSANA HUERTA TOCILDO, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, 1987, págs. 145 y ss. y 163 y ss.

[33] Al respecto, y sobre lo siguiente, JESCHECK, *Die Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte in neueren Strafgesetzentwürfen, Festschrift für Tröndle*, 1989, págs. 795 y ss.

producción del resultado mediante el posible y obligado hacer del autor por omisión solo ha de aparecer como muy probable, no requiriéndose que sea absolutamente seguro. Lo que falta en estos preceptos —salvo en el derecho brasileño— es la regulación de la posición de garante. Esta se realiza en el Código Penal brasileño según el catálogo formal de los deberes jurídicos (ley, asunción voluntaria y previa actuación peligrosa). La misma regulación aparece en el artículo 10 del Anteproyecto suizo y en el § 12 del Proyecto Alternativo alemán. También el Proyecto polaco de 1990 recoge en su artículo 113, § 2 una referencia a la posición de garante, pero solo en la disposición general según la cual el deber jurídico de actuar puede provenir de un "precepto jurídico o de una obligación análoga". La "Propuesta alternativa de la parte general del Código Penal", presentada en el Parlamento por el Partido Comunista de España como Contraproyecto al Proyecto de Ley sobre la "Reforma parcial del Código Penal" de 1982, contiene igualmente en su artículo 5° una cláusula general para los delitos impropios de omisión. A su tenor, los delitos de resultado podrán ser cometidos por omisión cuando el no impedir el resultado sea equiparable a su causación ("cuando la no evitación del resultado equivalga a su causación"). Igual precepto aparece, según se adelantó, en el artículo 10 del Anteproyecto español del Código Penal, parte general de 1990. Ambas regulaciones se reducen a la cláusula de equivalencia. El defecto radica aquí en que nada se dice respecto al problema central de los delitos impropios de omisión, o sea las posiciones de garante, y en que falta asimismo la determinación de que el deber de impedir el resultado solo puede consistir en un deber *jurídico* que afecte personalmente al autor por omisión (y no también en un deber moral)[34].

D) *La regulación de las posiciones de garante*

El problema principal de los delitos impropios de omisión ubicados fuera de la ley consiste en la determinación de las posiciones de garante, sea mediante una cláusula legal general, sea mediante la jurisprudencia y la doctrina, si faltare la regulación legal. En la posición de garante, y en el deber jurídico que de aquella se deriva para la protección del bien jurídico amenazado, se encuentra la razón de que alguien, excepcionalmente, haya de responder por haber omitido, interviniendo en una situación peligrosa, la evitación de un daño o peligro para un bien jurídico ajeno, pese a haberle sido posible.

La tradicional argumentación para la posición de garante en Alemania conecta con la razón formal del origen de los deberes jurídicos y los apoya en la ley, el

[34] A una regulación distinta para el derecho español —reconocimiento de unos pocos delitos impropios de omisión en casos de plena igualdad estructural con los delitos de comisión, y cualificación de los delitos propios de omisión con graves consecuencias— llega SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión, concepto y sistema*, 1986, pág. 369. A favor de una solución del problema de los delitos impropios de omisión en la parte especial, SUSANA HUERTA TOCILDO (nota 32), págs. 186 y ss. En cambio, TORÍO LÓPEZ, "Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1984, págs. 702 y ss., postula la formulación de la posición de garante en la parte general, pero sin señalar un camino para la materialización de esta propuesta.

contrato y el precedente hacer peligroso (RGSt 58, 130, 131; y 63, 392, 394; BGHSt, 20, 22: y 11, 353, 355). Más tarde, la jurisprudencia añadió las estrechas relaciones de la vida como base de una posición de garante (RGSt 69, 321, 323; y 74, 409; BCHSt 2, 151, 153; y 19, 167, 169), un paso que inicia ya el tránsito hacia la moderna consideración material. En la ciencia jurídico-penal española se defiende también la doctrina formal del deber jurídico[35]. Igualmente ocurre en Austria[36] y Suiza[37].

Sin embargo, la teoría formal del deber jurídico arrastra un grave defecto. Si la posición de garante se apoya en la razón jurídica formal de su origen, falta todo criterio objetivo de delimitación, porque de la razón jurídica no cabe inferir con qué amplitud ha de trazarse en cada caso el círculo de personas que cabe gravar con un deber de garante y qué deberes puedan suponerse a las mismas. De ahí que la nueva doctrina del garante, fundada por ARMIN KAUFMANN[38], fundamente la posición de garante en criterios materiales. Esta doctrina funcional del garante distingue dos grupos de posiciones de garante. A su tenor hay, de un lado, garantes que han de cumplir una función protectora para ciertos bienes jurídicos. Los bienes jurídicos que se encuentran al cuidado de un garante deben ser defendidos contra todas las puestas en peligro y daños jurídico-penalmente relevantes (garantes de cuidado). En las posiciones de garante que originan un deber de protección para determinados bienes jurídicos en este sentido amplio se incluye, por de pronto, la solidaridad natural en el matrimonio y la familia, que obliga sobre todo a los padres, frente a los hijos que viven en la misma casa y dependen de ellos, a la defensa contra los peligros para su integridad corporal y su vida[39]. Un segundo subgrupo de posiciones de garante dentro de los garantes de cuidado se desprende de las estrechas relaciones de comunidad, en tanto motiven la dependencia de uno de los partícipes en las mismas respecto a otros. Son ejemplos las comunidades de riesgos en las peligrosas excursiones de montaña (Obergericht Bern SchwJZ 1945, 42, 44 y ss.) y expediciones, la familia de hecho, sin matrimonio formal de los padres, y la admisión en el hogar propio de personas necesitadas de cuidado. El tercer grupo de posiciones de protección proviene de la asunción voluntaria de

[35] Así CUELLO CALÓN/CAMARGO HERNÁNDEZ, *Derecho penal*, 17ª ed., t. I, 1975, págs. 337 y ss. y RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ (nota 11), págs. 387 y ss. MOURULLO (nota 19), pág. 117, advierte, mostrando su acuerdo, que el Tribunal Supremo exige como fundamento de un deber de garante una norma jurídica o una aceptación especial.

[36] Así FOREGGER/SERINI, StGB, 5ª ed., 1991, § 2 Anm. II.

[37] Así SCHWANDER, *Das Schwerzerische Strafgesetzbuch*, 2ª ed., 1964, págs. 77 y ss.; y MEYER, *Die Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt, Diss. Zürich*, 1972, págs. 144 y ss.

[38] ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, págs. 283 y ss. De forma algo distinta, pero coincidiendo en la idea básica, JAKOBS (nota 17), pág. 801, divide los deberes de garante entre "deberes por incumbencia organizativa" y "deberes por incumbencia institucional".

[39] A este caso limita GALLAS, *Studien zum Unterlassungsdelikt*, 1989, pág. 92, los deberes de garante de la relación de parentesco.

un deber de cuidado frente a la persona en peligro o frente a un tercero en provecho de aquel. Constituyen ejemplos de ello el médico respecto a su paciente (BGHSt 32, 367) o el guía de montaña frente al turista que conduce (BG Praxis, suiza, 46, 1957, págs. 302, 307).

El segundo grupo de las posiciones de garante se caracteriza atendiendo a la responsabilidad por la seguridad contra determinados peligros que proceden del propio círculo de la vida de autor por omisión (garantes de seguridad). El ámbito de los deberes de garante es en este segundo grupo distinto y más estrecho que en el primero, porque aquí el garante solo tiene que mantener bajo control la propia fuente de peligro. Por de pronto se incluye en este grupo el deber de garante que se deriva del previo hacer peligroso. Aquel descansa en la idea básica de que cada uno ha de responder de que un evidente riesgo producido por él mismo no desemboque en un resultado típico (RGSt 64, 273, 276; y BGHSt 4, 20, 22; y 26, 35, 37). Un deber de garante se desprende también de fuentes de peligro que se sitúan o nacen dentro del área de dominio privado. Aquí cuentan en primer lugar los importantes deberes relativos a la seguridad de la circulación viaria (v.g. la iluminación de los accesos de un terreno abierto al tráfico público) y el deber de vigilar la seguridad en el tráfico de los vehículos de motor. Un último subcaso del segundo grupo de las posiciones de garante proviene de que alguien tenga la responsabilidad por la actuación de terceras personas. Así, particularmente los encargados de la educación tienen que preocuparse de que los menores de edad confiados a su control no cometan ningún delito (BGH FamRZ 1958, 211).

También en España se defiende la teoría funcional del garante[40]. En especial, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1945 (ARANZADI, *Repertorio de Jurisprudencia* 1945, núm. 109), que condenó a un padre como coautor por no haber impedido el robo cometido por su hija de catorce años, descansa en el pensamiento últimamente citado de la responsabilidad de garante por la actuación de terceros. La doctrina de las funciones es la que mejor sirve, según el estado actual del conocimiento científico, para resolver el problema de la posición de garante como dificultad central de los delitos impropios de omisión. El criterio material señala un camino para conectar la problemática del garante con el contenido social de los deberes que han de tomarse en consideración. Sin embargo, tampoco cabe prescindir ahí de la razón del nacimiento de los deberes de garante, porque, en otro caso, se abrirían de par en par las puertas al riesgo de ampliación, siendo así que el delito impropio de omisión solo debe admitirse cuando el hecho sea equiparable en su material contenido del injusto correspondiente delito de comisión. Por eso, el camino del futuro debe verse en una combinación de los criterios formal y material.

[40] MIR PUIG (nota 12), pág. 263; y BACIGALUPO (nota 12), págs. 143 y ss.

E) *La cláusula de equivalencia*

Un problema especial de los delitos impropios de omisión consiste en que junto a los puros delitos de causación, como el homicidio (§ 212 del StGB alemán) o el daño a las cosas (§ 303 del StGB alemán, existen delitos de comisión en los que la producción del resultado no es típica por sí sola, sino que precisan una producción de determinada manera[41]. Así en la estafa (§ 263 del StGB alemán) el perjuicio patrimonial ha de causarse mediante "engaño" y en el robo (§ 249 del StGB alemán) la sustracción lo ha de ser "con violencia contra una persona o con la utilización de amenazas con peligro actual para el cuerpo o la vida". De modo similar el Código Penal español requiere para la estafa (C. P., art. 528) "engaño bastante para producir error en otro", y para el robo (C. P., art. 500) "violencia e intimidación en las personas" o "fuerza en las cosas". El injusto de la acción en estos delitos no consiste solo en la causación del resultado típico, sino también en el modo de realizar el hecho. De ahí que el complemento de los tipos de comisión con el delito impropio de omisión deba incluir igualmente la descripción de la acción del delito de comisión como un factor que debe ser considerado dentro del injusto de la acción en el tipo de omisión.

Con tal finalidad, en el derecho alemán se añadió en el § 13 StGB, junto a la posición de garante, la cláusula de equivalencia. Conforme a ella, la punibilidad por un delito impropio de omisión depende, en los delitos con medios comisivos determinados, de que, además de la posición de garante, "la omisión corresponda a la realización del tipo legal mediante un hacer"[42]. La cláusula de equivalencia se encuentra asimismo en el § 2 del StGB austriaco y en el artículo 10 del Anteproyecto suizo. La dificultad interpretativa radica aquí en que la cuestión de la equivalencia de la omisión con las modalidades de acción del tipo de comisión solo puede ser resuelta por separado respecto a los tipos penales individualizados, y en que únicamente cabe buscar la correspondencia en el contenido del injusto de la omisión y no en el momento de la culpabilidad[43].

Con todo, la cláusula de equivalencia no debe ser entendida, según suele ocurrir, en el sentido de una valoración global de la omisión, lo que serviría especialmente

[41] Al respecto, con más detalle, JESCHECK (nota 6), págs. 568 y ss.

[42] Así la opinión mayoritaria; cfr. RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz.*, 1966, págs. 63 y ss.; WELP, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, 1968, págs. 18 y ss.; JAKOBS (nota 17), págs. 787 y ss.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht, Allg. Teil*, Teilband 2, 7ª ed., 1989, pág. 195; ROXIN, *Unterlassung uswim neuen StGB*, JuS 1973, pág. 199; SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, págs. 371 y ss.; HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, págs. 66 y ss.; y STRATENWERTH, *Strafrecht, Allg. Teil I*, 3ª ed., 1981, núm. 1036. Este sentido de la cláusula de equivalencia subyacía en las consideraciones para su introducción; cfr. GALLAS, *Niederschriften über die Sitzungen der Groben Strafrechtskommission*, t. XII, 1959, pág. 80. Oscuro en este punto el Proyecto de 1962, Begründung, pág. 125; y Byndestags, Drucksache V/4.095, pág. 8.

[43] Así, con razón, *SK* (RUDOLPHI), 5ª ed., 1988, § 13, núm. 18.

para, con una contemplación totalizadora, confiar la solución del caso al sentimiento jurídico[44]. Así argumenta en Austria, sobre todo, NOWAKOWSKI[45], quien refiere la cláusula de equivalencia no al particular injusto de la acción de los delitos como medios comisivos determinados, sino al injusto de la acción del delito de comisión en general. Como explicación señala que el injusto de la acción puede expresarse de formas muy distintas según la importancia de la posición de garante y la peculiaridad de la situación típica en la causación de un resultado mediante un hacer positivo y en la no evitación del resultado por la omisión. La cláusula de equivalencia se convierte aquí en una especie de "válvula de seguridad" frente a pronunciamientos de culpabilidad no justificados objetivamente en el delito de omisión, lo que, sin embargo, infringiría notablemente el mandato de determinación del principio de legalidad.

El Proyecto español atiende únicamente en su artículo 10 a la cláusula de equivalencia, sin mencionar la exigencia de la posición de garante. Esto responde a la concepción que solo quisiera alcanzar los presupuestos del delito impropio de omisión desde una interpretación valorativa de los tipos de los delitos de comisión. No obstante, una regulación así abriría las puertas a la inseguridad jurídica en lugar de servir realmente al principio de legalidad.

F) *Atenuación parcial facultativa de la pena para los delitos impropios de omisión*

Para los delitos impropios de omisión, el derecho penal alemán contiene en el § 13, párrafo segundo, StGB un precepto de atenuación facultativa de la pena que, al igual que en el § 23, párrafo segundo, StGB respecto a la tentativa, se remite a la reducción general del marco punitivo según el § 49, párrafo primero, StGB[46]. Se introdujo en el Proyecto, durante el procedimiento legislativo, por un acuerdo mayoritario del Comité especial del Parlamento para la reforma del derecho penal. Se mencionaba para ello la doctrina jurídica que había llamado la atención acerca de que "en iguales condiciones la omisión de la evitación del resultado típico es, por lo general, menos grave que la producción de este resultado mediante un hacer positivo"[47]. En cambio, el proyecto 1962 había prescindido expresamente de

[44] Así ANDROULAKIS, *Studien zur Problematik der Unterlassungsdelikte*, 1963, págs. 219 y ss.; y HENKEL, *Das Methodenproblem bei den unechten Unterlassungsdelikten*, MSchrKrim 1961, págs. 178 y ss. En actitud conciliadora, LACKNER, StGB, 19ª ed., 1991, § 13, núm. 16; y DREHER/TRÖNDLE, StGB, 45ª ed., 1991, § 13, núm. 17.

[45] Así NOWAKOWSKI, *Wiener Kommentar*, 1982, § 2, núms. 13 y ss. Igualmente PALLIN, *Lage und Zukunftsaussichten Strafrechtsreform im Vergleich mit der deutschen Reform*, ZStW 84 (1972), pág. 200; MOOS, *Wiener Kommentar*, § 75, núm. 18; y TRIEFFTERER (nota 18), pág. 342. Sin embargo, como en el texto, KIENAPFEL, *Zur Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen*, OJZ 1976, 202, LEUKAUF/STEININGER, *Kommentar zum StGB*, 2ª ed., 1979, § 2, núm. 33; y PLATZGUMMER, *Die "Allgemeinen Bestimmungen" des STGE im Lichte der neueren Strafrechtsdogmatik*, JB1, 1971, 237.

[46] JESCHECK, (nota 6), págs. 552 y ss.

[47] Byndestags-Drucksache V/4.095, pág. 8.

tal posibilidad, porque la atenuación punitiva en los delitos dolosos de omisión no siempre sería justa, como no lo sería en la mayoría de los casos respecto a hechos imprudentes que suelen consistir en la omisión de una actuación requerida[48]. El derecho penal asutriaco no prevé ninguna atenuación facultativa de la pena para los delitos impropios de omisión en el § 2 StGB, pero se menciona el delito impropio de omisión entre las circunstancias especiales atenuantes del § 34 StGB, en el número 5[49], lo que puede llevar a la extraordinaria disminución de la pena conforme al § 41 StGB. También el derecho penal portugués recoge en el artículo 10, número 3, C. P., una atenuación facultativa de la pena para los delitos impropios de omisión. Por el contrario, el artículo 13, § 2 del Código Penal brasileño, al igual que los preceptos correspondientes de los Proyectos español, suizo y polaco, no contienen ninguna posibilidad especial de atenuación punitiva para los delitos impropios de omisión.

En realidad, no resulta recomendable la atenuación penal facultativa para los delitos impropios de omisión. También el derecho alemán debería volver al proyecto de 1962, que excluía expresamente una regulación así. El § 13, párrafo segundo, del StGB ha tropezado con muy fuerte crítica en la doctrina[50], porque es dudoso en qué casos sea verdaderamente acertada una atenuación penal especial en los delitos impropios de omisión y porque las especiales causas de atenuación para la omisión no pueden aislarse de las restantes causas de atenuación del caso. Así, la jurisprudencia aplica el § 13, párrafo segundo, del StGB alemán como cláusula no específica de atenuación para todos los supuestos de omisión (BGH JR 1982, 464, con anotación crítica de BRUNS) y lo extiende incluso a los delitos de omisión regulados en la ley que tienen previsto su marco punitivo propio (BGHSt 36, 227, con anotación crítica de TIMPE, JR 1990, 428). Sin embargo, la ley no quiso, con absoluta seguridad, proporcionar ninguna asidera para privilegiar con carácter general a los autores por omisión.

3. CONCLUSIÓN

Si, partiendo de las consideraciones anteriores, se pretende proyectar una mejor regulación del delito impropio de omisión en la parte general del Código Penal, cabrá imaginarse el siguiente precepto:

"Quien omita, mediante un hacer posible para él, evitar un resultado que pertenece al tipo de una ley penal, solo es punible conforme a esta ley si, con base en una obligación jurídica que le afecta personalmente, ha de responder de que el resultado no se produzca y si, tratándose de tipos de resultado con especiales

[48] Proyecto de 1962, Begründung, pág. 126.

[49] Sobre ello, KUNST, *Wiener Kommentar*, § 34, núm. 24.

[50] Sobre ello, TIMPE, *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot*, 1983, págs. 152 y ss.; BRUNS, *Zur Auslegung des § 13 Abs 2 StGB, Festschrift für H. Tröndle*, 1989, págs. 125 y ss.; JAKOBS (nota 17), págs. 857 y ss.; y *Alternativkommentar —StGB—* SEELMANN, 1990, § 13, núms. 146 y ss.

elementos de la acción, la omisión es equivalente al hacer en cuanto al contenido del injusto.

"El deber jurídico de impedir el resultado puede provenir tanto de que el bien jurídico protegido se halle confiado al cuidado del autor, como a que el resultado entronque con un peligro próximo que el autor tuviera que vigilar".

Este proyecto empieza por aclarar, en el párrafo primero, que el delito impropio de omisión solo cabe en los delitos de resultado. Después se determina que el deber de evitar el resultado ha de descansar en el ordenamiento jurídico y que por ello no bastan los deberes morales de prevenir el resultado. Además el deber jurídico ha de afectar personalmente al autor, por lo que no es suficiente el deber general de auxilio conforme al § 323 c) del StGB alemán, o del art. 489 ter del Código Penal español. La cláusula de equivalencia se contrae expresamente a los delitos con medios comisivos determinados. En el párrafo segundo se definen ambos grupos de garantes —garantes de cuidado y garantes de seguridad—. Se renuncia a la mención de los subgrupos para no hacer la regulación demasiado complicada.

Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España

Emiliano Borja Jiménez

1. Introducción

El esfuerzo investigador en la ciencia del derecho penal se ha centrado, a lo largo de los tiempos, en la elaboración de la teoría jurídica del delito. Muchas razones explican la gran importancia que la doctrina le ha otorgado al hecho punible, sin embargo, la de mayor peso reside en la constatación de que la infracción penal constituye el presupuesto fundamental de la norma jurídica, y con ello, del propio derecho penal. Se puede decir, sin exageración alguna, que los diferentes métodos desarrollados en la investigación en el ámbito del ordenamiento punitivo coinciden, en líneas esenciales, son aquellos utilizados en la explicación jurídica del fenómeno delictivo. Y tampoco es de extrañar que cuando se hace referencia a un determinado sistema de derecho penal, se está tomando en consideración, fundamentalmente, un cierto modelo explicativo del hecho punible. Porque, en efecto, las diferentes metodologías utilizadas en derecho penal encuentran su plasmación en el estudio de la teoría general del delito. Por esta razón se pretende presentar, brevemente, aquellas concepciones que más han influido en las últimas tendencias sistemáticas y que sirven como punto de referencia y contexto para su actual entendimiento.

Siguiendo la clasificación de Schünemann[1], se puede dividir la evolución de la teoría del delito desde su nacimiento en las diferentes

[1] Bernd Schünemann, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken* en el libro colectivo coordinado por el mismo autor *Grundfragen des modernen Strafrechtssystemes*, Berlin-New York, 1984, págs. 18 y ss. Existe una versión escrita en castellano (*El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, traducción e introducción por Jesús María Silva Sánchez, Madrid, 1991).

épocas de la construcción del sistema jurídico-penal, con las salvedades apuntadas, en las siguientes: el naturalismo (coincidente con el sistema clásico del delito), la explicación neokantiana, las tesis irracionalistas de la época nacionalsocialista, el finalismo, el posfinalismo y las sistemáticas funcional-racionalistas. Solo alguna de estas tendencias perviven en la actualidad, y es en esta dirección adonde se dirige ahora nuestra atención.

En el presente trabajo, pues, nos limitaremos tan solo a exponer las últimas tendencias que ha seguido la dogmática penal en los países que conforman el núcleo del modelo continental, es decir, en Alemania, Italia y España. Con la idea de exponer lo más claramente posible estos modernos planteamientos en el marco del derecho penal, se ha considerado oportuno, tal y como apuntamos líneas atrás, delimitar el objeto al campo del análisis teórico del hecho punible. De otra parte, el carácter divulgativo y clarificador con el que se quiere dotar el presente artículo, impone el estricto establecimiento del punto de partida en las corrientes doctrinales aparecidas en las últimas dos décadas. De ahí se deriva que, con la idea de no ampliar excesivamente la extensión de la investigación, no se haga ya expresa referencia a las teorías clásica, neoclásica y final del delito.

2. Modernas tendencias dogmáticas en Alemania

A partir de la segunda mitad del presente siglo, dominaron en los planteamientos doctrinales del país germánico la sistemática objetiva neokantiana, por un lado; y, de otra parte, los postulados de la teoría de la acción final desarrollada fundamentalmente por Welzel y sus discípulos. Sin embargo, los defensores de la teoría neoclásica del delito fueron disminuyendo hasta constituir en el momento actual un sector doctrinal minoritario, mientras que, con el paso del tiempo, cada vez eran más los autores que defendían las consecuencias jurídicas que el profesor de Bonn había asignado a la teoría del delito.

En los últimos tiempos, pues, la influencia de la sistemática finalista ha sido de gran importancia tanto en Alemania como en España, no así en Italia, donde los presupuestos de esta concepción apenas han sido tomados en consideración. Dicha importancia se ha reflejado más en las deducciones dogmáticas de las tesis welzelianas que en su principal fundamentación metodológica. Así, se considera hoy en día por un sector dominante de la doctrina alemana que el dolo forma parte del tipo y no de la culpabilidad. También es mayoritaria la consideración distinta del delito doloso e imprudente, activo y omisivo. Sin embargo, la consideración previa iusfilosófica de la base ontológica del derecho representada por las estructuras lógico-objetivas y su reflejo en la acción final como piedra angular del sistema del derecho penal o la práctica irrelevancia del desvalor del resultado frente a la absolutización del desvalor de acción no ha tenido una repercusión de tanta envergadura como las posiciones dogmáticas señaladas[2].

[2] En este sentido, Schünemann: *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken*..., cit., pág. 39.

Junto a esta tendencia posfinalista, en el país germánico se ha ido desarrollando otra dirrección del pensamiento jurídico-penal iniciada por ROXIN a principios de los años setenta, denominada por alguno de sus seguidores con el calificativo de racional-funcional, que intenta definir el sistema de derecho penal atendiendo a criterios teleológicos marcados por decisiones de carácter político-criminal. El funcionalismo alemán, además, ha transcurrido por otra vía más radical, representada por JAKOBS, que desarrolla la construcción conceptual con pautas sociológicas y en atención a necesidades preventivo-generales.

Evidentemente, la actual panorámica doctrinal es mucho más rica que la señalada en este breve esbozo. No obstante, se ha preferido tomar dos de las corrientes más representativas, debido a la gran influencia que están teniendo en el pensamiento jurídico de las últimas décadas[3]. De una parte, se consideran las corrientes que pretenden realizar una síntesis entre los postulados de la dogmática neokantiana y el finalismo. Y de otro lado, nos referiremos a la concepción funcional del derecho penal, que a su vez, tal y como se ha apuntado líneas atrás, encentra dos líneas de desarrollo. Una, más radical y sociológica, cuya última versión se haya representada en la segunda edición del Tratado de JAKOBS, y, otra dirección, la sistemática teleológica orientada por criterios político-criminales, que encuentra su formulación más reciente en la obra de la parte general de ROXIN. La doctrina suele, sin embargo, incluir estas dos corrientes en una misma dirección de pensamiento, denominada sistema funcional de derecho penal o teoría racional en relación al fin[4]. Sin embargo, existen algunas diferencias de carácter esencial que no deben conducir a la idea de una identificación sistemática de ambas tendencias. Pasamos resumida, seguida y separadamente a examinar cada una de las dos grandes corrientes primeramente señaladas.

A) *La síntesis del neoclasicismo y el finalismo*

En Alemania, y como señala el propio epígrafe del manual de ROXIN[5], la síntesis neoclásica-finalista representa en la actualidad en la teoría del delito la corriente dominante. Las concepciones nítidamente neoclásicas[6] o construidas sobre la base del concepto final de acción[7], son, como expusimos anteriormente, cada vez más minoritarias.

[3] Una visión general sobre las últimas tendencias en Alemania la proporciona KLAUS TIEDEMANN, "Estado actual y tendencias de la ciencia jurídico-penal y de la criminología en la república federal alemana", *CPC*, núm. 14 (1981); págs. 265 y ss.; LORENZO MORILLAS CUEVA, *Metodología y ciencia penal*, Granada, 1991, págs. 210 y ss.

[4] Así lo clasifican, a título de ejemplo, HANS-JOACHIM HIRSCH, *El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel*, traducción de MARIANO BACIGALUPO, *Estudios jurídicos sobre la reforma penal*, Córdoba, 1987, págs. 19 y ss. y 35. SCHÜNEMANN, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken...*, cit., pág. 45.

[5] CLAUS ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo I, München, 1992, pág. 112, núm. 5.

[6] Es el caso de la obra de BAUMANN-WEBER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 9ª ed., Bielefeld, 1985.

[7] Como ocurre en las obras de MAURACH-ZIPF, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7ª ed., Heidelberg, 1987 y GÜNTER STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. I. Die Straftat*, 3ª ed., Köln-Berlin-Bonn-München, 1981.

El propio finalismo, representado fundamentalmente por un sector de notables discípulos de WELZEL, ha evolucionado en diversas tendencias. Así, HIRSCH representaría la línea más ortodoxa y cercana a su maestro de Bonn[8]. Otra dirección ha radicalizado los presupuestos fundamentales de la doctrina finalista y llevado a sus últimas consecuencias algunas de las premisas metodológicas claves. Así, ARMIN KAUFMANN y ZIELINSKI[9], por ejemplo, atienden exclusivamente al desvalor de acción como fundamento del injusto personal, en tanto que la importancia del desvalor del resultado, es decir, la auténtica lesión o puesta en peligro del bien jurídico, quedaría notablemente reducida en su consideración conceptual como mera condición objetiva de punibilidad. Otros autores, como STRATENWERTH y JAKOBS (si bien este último no puede ser considerado, a pesar de ocupar ahora la cátedra de WELZEL, dentro de la corriente finalista) llegan al extremo de la subjetivización en el ámbito del delito imprudente cuando ubican en la antijuridicidad no solo el deber objetivo de cuidado, sino también las capacidades individuales del autor[10].

Con todo, la tendencia predominantemente en el país germánico ha aceptado, por línea general, las deducciones dogmáticas más importantes del finalismo (traslación del dolo y del deber objetivo de cuidado a la tipicidad, concepto personal del injusto, reducción del ámbito del juicio de culpabilidad), pero al mismo tiempo se rechaza el concepto final de acción como piedra angular del sistema y sin abandonar totalmente los presupuestos metodológicos valorativos y teleológicos que inspiraron a los autores neokantianos[11].

Así pues, la aceptación de la consecuencia dogmática finalista más importante, la inclusión del dolo en el tipo, no vendría determinada por condicionamientos derivados de la acción, ni por el método ontológico de vinculación del legislador a las estructuras objetivas, sino por razones de muy diversa índole[12].

Un supuesto que se puede tomar como ejemplificativo es la sistemática que defiende JESCHECK. El autor alemán no abandona la dirección neokantiana en la medida en que mantiene el concepto de tipo como tipo de injusto y las referencias

[8] Resulta muy clarificador en este punto la síntesis de HANS HEINRICH JESCHEK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Berlin, 1988, pág. 193, nota 81.

[9] ARMIN KAUFMANN, "Zum Stand der Lehre vom personalen Unrecht", *Festschrift für Hans Welzel* zum 70. Geburtstag, Berlin-New York, 1974, págs. 410 y ss.; DIETHART ZIELINSKI, *Handlungs-und Erfolgsunrecht im Unrechtsbegriff*, Berlin, 1973, págs. 172 y ss. Esta posición se refleja también en sus consideraciones sobre la tentativa acabada, en la medida en que entienden que en tal supuesto el injusto se encuentra totalmente agotado, dado que el autor ha realizado todo aquello que en virtud de su representación mental del hecho debe conducir a la causación del resultado por él querido. Al respecto, críticamente, HIRSCH, *El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel*, cit., págs. 31 y 32.

[10] JESCHECK, *Ibidem*; HIRSCH, *El desarrollo de la dogmática penal...*, cit., págs. 32 y 33.

[11] Una de las primeras síntesis en el sentido señalado en el texto, tras la segunda guerra mundial, como reconoce el propio autor, se puede considerar el trabajo de WILHELM GALLAS, *La teoría del delito en su momento actual*, traducción de Juan Córdoba Roda, Barcelona, 1959, especialmente pág. 64.

[12] En relación a la tendencia mayoritaria en Alemania que acepta las consecuencias más importantes del finalismo, con amplios detalles, SILVA SÁNCHEZ en *Introducción* al libro colectivo *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales...*, cit., págs. 13 y ss.

valorativas se hallan permanentemente en todos los momentos de su desarrollo[13]. Sin embargo, alguna de las consecuencias postuladas por el finalismo, como la consideración del dolo en el injusto de la acción y no en la culpabilidad, no vienen impuestas por el concepto final de acción sino por el particular entendimiento de la antijuridicidad en relación con la teoría de la norma[14]. Ello no quiere decir que el peculiar entendimiento de la acción en su tratado no contribuya a esta consecuencia dogmática, pero dicha contribución se produce desde la perspectiva social y no final de la misma. El abandono de la fundamentación ontológica con base en la acción que se produce en la mayoría de la doctrina, se debe fundamentalmente, como señala ROXIN, a la incompatibilidad existente entre un sistema de derecho penal construido en atención a criterios valorativos y la aceptación de la acción final como estructura fundamental del mismo. Además, el finalismo ortodoxo no ha podido superar convincentemente las dificultades de mantener la necesaria y coherente unidad del sistema, especialmente cuando se intenta aplicar sus tesis fundamentales al delito imprudente y a los supuestos de omisión[15].

No cabe duda, como se ha señalado desde algún sector incluido en la esfera del finalismo, que el desarrollo actual de la dogmática penal alemana sigue caracterizado, desde su base, por la continuidad de la metodología normativa. "Se considera erróneo reconocer constataciones fácticas anteriores a los preceptos jurídicos, es decir, constataciones ontológicas que sirvan de marco de referencia a las disposiciones legales. Por ello suele darse preferencia desde un principio a un determinado concepto de acción o, de lo contrario, concluir que el derecho penal está en condicio-

[13] Esta referencia normativa en la construcción sistemática del derecho penal constituye hoy un punto sobre el cual existe acuerdo general. Esta afirmación se deduce básicamente del examen que comúnmente se realiza en el tema de la relación entre tipicidad y antijuridicidad. Así, es ejemplificativa la descripción de BERND SCHÜNEMANN, *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars* GA (1985), págs. 347 y ss.

[14] Refiriéndose al problema de la ubicación del dolo, señala JESCHECK: "Pero el desenvolvimiento de los elementos del injusto debe efectuarse asimismo *a partir de la esencia de la antijuridicidad*. El punto de arranque ha de ser que la voluntad de la comunidad que expresa la norma jurídica se dirige a un determinado comportamiento de su destinatario. Misión del derecho penal es guiar al hombre a un querer materialmente correcto con vistas a la protección de los valores imprescindibles de la colectividad... De ahí se deduce lo siguiente: *se prohíbe aquella actuación de la voluntad que persigue la producción del resultado del delito, pero también la manifestación de la voluntad que tiene lugar a conciencia de que el resultado del delito se halla unido a ella de forma necesaria o posible*. Del contenido de la norma se deriva, pues, que, además de los elementos subjetivos del injusto en sentido estricto, pertenece también al injusto de la acción la propia voluntad típica de la acción". HANS HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, traducción, adición y notas de la 3ª edición alemana por SANTIAGO MIR PUIG y FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Barcelona, 1981, págs. 324 y 325. Otros fundamentos que han permitido la inclusión del dolo en el tipo en SILVA SÁNCHEZ, *Introducción...*, cit., págs. 14 y 15.

[15] Estas consideraciones han llevado a la doctrina alemana dominante a mantener, como reiteradamente se ha señalado, una síntesis sistemática entre la corriente neokantiana clásica y las consecuencias dogmáticas derivadas de la doctrina finalista de la acción. Se pueden citar, siguiendo a ROXIN, los siguientes autores en relación a sus conocidas obras de la parte general: BLEI, BOCKELMANN, VOLK, DREHER-TRÖNDLE, ESER, JESCHECK, LACKNER, OTTO, PREISENDANZ, SCHÖNKE-SCHRÖDER-LENCKNER y WESSELS. Al respecto, ROXIN: *Strafrecht. Allgemeiner Teil...*, cit., págs. 112 y 113, núm. 21, especialmente, nota 29.

nes de renunciar a un concepto determinado de acción. En esta línea se dice que el derecho penal es totalmente libre a la hora de crear sus conceptos... Si bien es verdad que WELZEL ha impuesto sus deducciones dogmáticas, no ocurre lo mismo en lo que se refiere a su punto de partida metodológico. Esto se debe en gran parte a la resistencia que los teóricos del derecho continúan oponiendo a la hora de desvincularse del método puramente normativo"[16].

Las consideraciones de HIRSCH relativas a las actuales tendencias metodológicas son en parte ciertas pero quizás un tanto radicales. Es cierto que la idea de vinculación absoluta del legislador a las estructuras lógico-objetivas apenas es defendida hoy. Pero la dogmática penal no ha llegado al relativismo normativo que el autor alemán señala. La realidad prejurídica, el soporte ontológico previo a la regulación legal sigue afectando necesariamente, de forma relativa y no absoluta, a la actividad legislativa en materia penal. Dicha afectación es entendida en la actualidad de forma diferente, como, con toda claridad, reflejan las palabras de SILVA SÁNCHEZ: "Tal vinculación, por contra, se estima, en primer lugar, únicamente relativa, puesto que el legislador es libre de tomar como base uno y otro aspecto de la materia ya «prefigurada». Y, además, en segundo lugar, no «positiva» sino «negativa»; en efecto, la «naturaleza de las cosas» no impone una solución concreta en el ámbito jurídico, sino que tan solo se limita a fijar un marco (el proporcionado básicamente solamente por el núcleo de los conceptos ya previamente conformados) que limita los términos de la creación de los conceptos jurídicos. En última instancia, por tanto, es el legislador, guiado por sus representaciones valorativas, que determina cuál de los aspectos de la realidad prejurídica desea tomar como fundamento de su regulación. Además, las estructuras previas ni son lo suficientemente claras, ni están, a su vez, libres de influencias jurídicas, ni pueden imponer una concreta regulación, con lo que en las zonas límite de los conceptos existe un campo abierto a la intervención creadora presidida por consideraciones teleológico valorativas"[17].

La tendencia metodológica dominante hoy en Alemania viene caracterizada, sin duda alguna, por el hecho de otorgar una relevante consideración al factor teleológico-valorativo. Las valoraciones a partir de las cuales se desarrolla la construcción conceptual se extraen fundamentalmente de la norma jurídica en atención a los fines que persigue el derecho penal, o como es nuestro caso, en atención al fin que persigue el derecho general. No es extraño, por tanto, que las corrientes sistemáticas que irrumpen con gran fuerza en el panorama actual del derecho penal se destaquen por la orientación político-criminal, u otras perspectivas relacionadas con los fines de la pena, de sus conceptos y principios. Tampoco podemos, no obstante, llegar a admitir en toda su extensión, como se ha señalado recientemente, la afirmación sentada en la idea de que "...la orientación de las decisiones dogmáticas a fines y valoraciones político-criminales se ha revelado, paradójicamente, como

[16] HIRSCH, *El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel...*, cit., págs. 24 y 25.

[17] JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pág. 66.

la única forma de atribuir un contenido racional al sistema ante las inseguridades que produce la argumentación ontológica en un sistema plural y pluridimensional"[18]. En primer lugar, porque no toda sistemática orientada a una determinada concepción político-criminal o preventivo-general asegura mayor racionalidad a su desarrollo y estructura; por el contrario, en algún caso la pretendida racionalidad deriva en justificación del modelo social que impera en el ámbito en el que se desenvuelve la teoría en cuestión. En segundo lugar, porque el método ontológico de la vinculación de las estructuras objetivas del que parte WELZEL, no nace con la pretensión, ni del mismo se deduce, de marcar un determinado modelo social o político, sino que, en un intento de superación del derecho natural y del positivismo jurídico, persigue establecer desde el punto de vista teórico un límite a la actividad legislativa del Estado en favor del respeto a la autonomía de la persona[19].

Con todos estos presupuestos metodológicos, se puede entender que ciertas consecuencias dogmáticas en la estructura del delito se hayan impuesto en Alemania. El concepto de acción tiende a difuminarse como base de la construcción de la teoría del ilícito en favor de la categoría "realización del tipo", tipo y antijuridicidad se presentan cada vez más unidos y el contenido del injusto ya no viene marcado solamente por el desvalor del resultado sino que la concepción personal de dicho injusto influye de forma determinante e introduce en su configuración el desvalor de acción. El dolo, de otra parte, ocupa una doble posición, determinando el sentido y la propia significación de la tipicidad y fundamentando el desvalor del ánimo

[18] SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo...*, cit., pág. 67. Esta misma tesis mantiene MONIKA FROMMEL, en relación con la doctrina welzeniana, que la considera como una forma vedada de atribución de legitimidad al sistema del derecho penal en la época nacionalsocialista. MONIKA FROMMEL, "Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel", *ADPCP*, núm. XLII (1989), págs. 621 y ss.

[19] Refiriéndose a la filosofía jurídica de WELZEL, RECASÉNS SICHES ha señalado lo siguiente: "En las estructuras lógico-objetivas se encuentran limitaciones materiales del legislador inútilmente buscadas por la mayoría de los teóricos del derecho natural. El derecho natural no puede encontrarse fuera o por encima del derecho positivo, sino que está —como límite inmanente— dentro de él mismo; para verlo basta solo tener la mirada despejada. No llegamos al derecho natural legítimo cuando proyectamos nuestros deseos en un reino ideal, sino cuando con fatigoso trabajo, investigamos las *legalidades lógico-objetivas* que como un tejido atraviesan todo el derecho positivo, dándole un punto de apoyo firme, libre de toda arbitrariedad.

Pero todas estas estructuras lógico-objetivas atan solo relativamente al legislador. Es decir: su inobservancia hace que su regulación sea no objetiva, contradictoria, con lagunas, pero no nula. ¿Existen principios materiales inmanentes que ninguna disposición pueda violar so pena de volverse inmediatamente nula y no obligatoria y perder su juridicidad? En realidad hay un único principio de este tipo... a saber: la autonomía de la persona". LUIS RECASÉNS SICHES, *Panorama en el pensamiento jurídico del siglo XX*, México, 1963; pág. 932. En este mismo sentido parecen dirigirse las reflexiones de HIRSCH cuando se pregunta por las consecuencias que se pueden derivar de una contradicción con alguna estructura lógico-objetiva en una determinada regulación jurídica, como el reconocimiento del principio de culpabilidad. En tal supuesto, el autor llega a la conclusión de que la posible vía de solución es el recurso al Tribunal Constitucional correspondiente (HANS JOACHIM HIRSCH, "Gibt es eine, national unabhängige Strafrechtwissenschaft"? *Festschrift für Günter Spendel* zum 70. Geburtstag, Berlin-New York, 1992, pág. 57, núm. V). De ahí se deduce que para el autor, ciertas estructuras lógico-objetivas se encuentran ya en la generalidad de los textos constitucionales.

como momento del juicio de culpabilidad. De otra parte, las tesis que calificaban la culpabilidad como juicio de reproche se encuentran cada vez más desplazadas en favor de una concepción social, pero también normativa de la misma[20].

B) *El sistema teleológico de* SCHMIDHÄUSER

Aun brevemente, se tiene que hacer una mínima referencia a la sistemática teleológica de SCHMIDHÄUSER, en tanto que representa un puente conceptual entre las tendencias sincréticas estudiadas y las nuevas corrientes funcionalistas o racionalistas en relación al fin[21].

El señalado autor alemán pretende llevar a cabo una tarea de sistematización de los diferentes caracteres del delito tomando como premisa fundamental el criterio teleológico de ordenación marcado por la consecuencia jurídica[22]. De esta forma intenta realizar una superación de las tesis causal y final de acción. En este sentido, todos los elementos de la estructura del delito se interpretan en atención a la función que prestan en orden a la ulterior determinación de la pena "justa". Tomando como base este criterio rector, es decir, en el reconocimiento de la relación material entre hecho penal y pena como idea rectora de la construcción sistemática, la estructura del delito viene conformada por tres conceptos fundamentales: injusto típico, culpabilidad típica y necesidad de pena, también típica[23]. El injusto es definido como conducta voluntaria, o de la voluntad, lesiva de un bien jurídico; y la culpabilidad como comportamiento espiritual lesivo de ese bien jurídico, esto es, como ánimo injusto[24]. La señalada construcción sistemática se desarrolla así, coherentemente, a través del instrumento metodológico de la interpretación teleológica orientada en atención a la consideración del bien jurídico[25].

Una de las características más llamativas de la sistemática del profesor alemán reside en su concepción del dolo. Este es dividido en dos componentes fundamentales: componente volitivo, que se sitúa en el injusto ("sin voluntad no existe acción"), y componente intelectual o cognoscitivol, que comprende tanto la comprensión del comportamiento como la conciencia de la significación antijurídica de ese hecho, que se traslada al ámbito de la culpabilidad[26].

[20] Sobre todas estas, y otras consecuencias, véase SILVA SÁNCHEZ, *Introducción en el sistema moderno de derecho penal...*, cit., págs. 15 y 16.

[21] Se ha señalado, y con razón, que el funcionalismo es algo más que una corriente de moda en tanto que tiene sus precedentes en las propias posiciones teleológicas. Así, SILVA SÁNCHEZ, *Introducción...*, cit., pág. 19.

[22] EBERHARD SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Studienbuch*, 2ª ed., Tübingen, 1984, pág. 57, núm. 2. EBERHARD SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 2ª ed., Tübingen, 1975, pág. 140, núm. 2.

[23] Una exposición resumida de la tesis de SCHMIDHÄUSER en WINRICH LANGER, *Strafrectsdogmatik als Wissenschaft*. GA (1990), págs. 463 y ss.

[24] Al respecto, ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil...*, cit., pág. 115, núm. 28.

[25] SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch...*, cit., pág. 140, núm. 2.

[26] SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch...*, cit., págs. 178 y ss.

La propuesta de SCHMIDHÄUSER se complica en el particular entendimiento de cada uno de los elementos del delito que es desarrollado en vistas a su repercusión en la consecuencia jurídica. Esta complejidad innecesaria ha conducido, en parte, al poco éxito de las tesis del citado autor. No obstante, su aportación fundamental, la interpretación de los diversos elementos del delito en base a criterios relacionados con la consecuencia jurídica, marca el principio de una importante corriente doctrinal (aun cuando se ha desarrollado en una línea totalmente diferente) que está creando un importante movimiento de vanguardia en la dogmática alemana con gran influencia en otros países[27].

C) *La concepción jurídico-penal funcionalista o racional en relación al fin*

Como señalábamos con anterioridad, desde los inicios de los años setenta hasta el presente momento, penetra en la dogmática jurídico-penal una nueva tendencia, denominada funcionalista o final-racional, cuyo denominador común viene definido por una orientación en la sistematización de los diversos conceptos y principios del derecho hacia criterios de política criminal o derivados de los fines propios de la pena, en particular, de la prevención general.

La concepción funcionalista está integrada por varias tendencias de muy diverso signo. Con el fin de no complicar demasiado la explicación, pasamos a examinar los rasgos sistemáticos fundamentales que presentan las obras de dos de los más representativos autores. De una parte se encuentra la posición de JAKOBS, inmantada de categorías sociológicas y guiada principalmente por criterios de prevención general (es decir, a raíz de la teoría de los fines de la pena). De otra parte, sin abandonar la concepción valorativa del postfinalismo, se desarrolla el programa de ROXIN en el que se intentan conjugar el desenvolvimiento dogmático de la teoría jurídica del delito con la política criminal (es decir, no solo centrado a los fines de la pena sino a los fines del derecho penal). Entre ambos existen, claro está, diversas posiciones intermedias que no pueden ser estudiadas ahora, por razones fácilmente comprensibles[28]. Pasamos, seguida y separadamente, a señalar algunos de esos rasgos más significativos de cada una de estas dos diversas tendencias.

Esta primera línea de pensamiento, en su versión más radical, parte de los presupuestos del funcionalismo sociológico de PARSONS y de la aportación científica de LUHMANN en el marco de la ciencia del derecho[29]. En su visión del derecho

[27] Así lo entiende el propio SCHÜNEMANN, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken*..., cit., pág. 146.

[28] Realiza esta distinción sistemática de las dos subtendencias, SILVA SÁNCHEZ, *Introducción*..., cit., págs. 20 y 21. Sin embargo, algún discípulo del propio ROXIN, como ACHENBACH o AMELUNG en algunos aspectos parecen encontrarse más cerca de JAKOBS.

[29] TALCOTT PARSONS, *The social system.*, 4ª ed., New York, 1968, NIKLAS LUHMANN, *Zweckbegriff und Systemrationalität*, Frankfurt, 1973. Del mismo, *Rechtssoziologie*, 2 tomos, 1ª ed., Hamburgo, 1972. Una completa referencia bibliográfica y análisis sobre sus presupuestos en MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, 1976, págs. 295 y ss.; LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, 1979, págs. 9 y ss.

penal, se niega el principio clásico que sitúa su función en la mera protección de bienes jurídicos, en la medida en que la lesividad social es algo más que la violación de valores ideales.

La crítica funcionalista achaca a la dogmática la pérdida de contacto con la realidad, y el que aquella haya consagrado la teoría de los valores como postulado fundamental sobre el que se asienta el sistema. La pregunta sobre la función representada por esos valores sería, según los partidarios del funcionalismo, un tabú incontestable como todo aquello que queda fuera de la capa del derecho positivo. Sería expulsado a la moral, a la religión o a la política. Así, se aconseja al derecho penal que se olvide del examen de la problemática sobre la naturaleza del valor fundamental para que desarrolle su actividad investigadora en la vida social[30].

Como presupuesto, se parte de una concepción de la sociedad en la que esta se contempla como un complejo organismo armónico donde cada uno de los miembros que la integran desarrolla una específica función que permite la coherencia del sistema y contribuye al desarrollo dinámico de la misma, manteniendo así su estructura básica. En este contexto, el Estado solo puede castigar aquellas acciones que presentan cierta lesividad social, de tal forma que el derecho penal tiene encomendada la tarea de dirigir su actividad en orden al establecimiento y protección de las condiciones necesarias que posibilitan el mantenimiento de la vida humana en comunidad. Pero, se dice, allí donde la convivencia de una pluralidad de individuos en una determinada sociedad solo es posible bajo ciertos presupuestos, no es suficiente contar únicamente con estados de valor dignos de protección, sino que, para que el derecho penal pueda cumplir su función, se ha de atender a los problemas organizativos necesitados de solución en orden a la conservación y aseguramiento de las condiciones de existencia de los ciudadanos que conviven en esa sociedad[31]. Es decir, en consideración a los siempre complejos presupuestos sociales, que desde este punto de vista se entienden como conformados bajo fiables expectativas de comportamiento y que se proyectan en acciones, el derecho ya no tiene que delimitar ni proteger determinados valores, sino que debe proceder a asegurar la estructura del sistema social y garantizar su capacidad de función.

Claro, que estos postulados, como se ha significado desde un principio, son tomados en mayor o menor consideración dependiendo de la tendencia más o menos radical de cada uno de los autores que la profesa. En general se puede decir que las tendencias más fuertemente funcionalistas (ejemplo de JAKOBS) utilizan en mayor medida categorías que provienen de la sociología y de la psicología, mientras que las concepciones menos ortodoxas presentan conceptos acuñados por la tradi-

[30] Al respecto, la exposición de KNUT AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, 1972, págs. 350 y ss.; HANS JOACHIM RUDOLPHI, "Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs", *Festschrift für Honig*, Göttingen, 1970, págs. 151 y ss. Un resumen de los presupuestos que guían este pensamiento en mi trabajo *El delito de allanamiento de morada*, Tesis inédita, Valencia, 1990, págs. 103 y ss.

[31] Tesis fundamental de la que parte la obra de AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz*..., cit., pág. 351.

ción jurídica (ROXIN), sin que esta observación implique una total inobservancia de alguna de las señaladas premisas básicas.

La corriente más sociológica y radical del moderno funcionalismo viene representada, pues, por JAKOBS. De ahí que, aun cuando no sea atendiendo al factor temporal, ni mucho menos, esta primera expresión del pensamiento funcionalista tenga que ser expuesta, por su proximidad con el planteamiento inicial, en primer lugar.

a') *La tesis funcionalista radical de* JAKOBS

Desde el punto de vista metodológico, el autor utiliza en su desarrollo dogmático el instrumental conceptual de la teoría de los sistemas sociales de LUHMANN[32]. Con esta concepción como punto de partida, define todas las categorías del delito en atención a la contribución que estas prestan en orden al mantenimiento de la respectiva estructura social[33].

En este contexto, el autor rechaza, como es lógico, tanto el método del naturalismo científico de la teoría clásica del delito como el modelo ontológico de la doctrina final de la acción, para inclinarse en favor de un concepto social de acción *sui generis*. "La acción, por tanto, es expresión de un sentido. Esa expresión de sentido consiste en la causación individualmente evitable, esto es, dolosa o individualmente imprudente, de determinadas consecuencias; son individualmente evitables aquellas causaciones que no se producirían si concurriese una motivación dirigida a evitar las consecuencias"[34]. La definición de acción tiene, a su vez, como el resto de categorías del delito, un marcado acento social, de tal forma que su contenido viene determinado en atención a su aptitud para ser susceptible de interpretación en un contexto social determinado. Los problemas de imputación objetiva, por tanto, no se consideran dentro de la temática de la adecuación al tipo sino como una cuestión de la propia acción. De esta forma, el comportamiento relevante desde el punto de vista jurídico-penal viene considerado en atención al hecho de ser la razón originaria de un resultado.

La concepción radicalmente funcionalista del autor se muestra ya cuando define el resultado como lesión de la vigencia de la norma, esto es, entendiendo norma como criterio rector de ordenación social, como menoscabo de una determinada función social[35]. En otras palabras, el autor es coherente en la concepción funcionalista de toda su posición en la medida en que el injusto de un delito consiste

[32] GÜNTER JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Berlin-New York, 1991, págs. 6 y ss., núms. 4 y ss., expresamente en las notas 7 y 8. Este mismo planteamiento fue anticipado en su trabajo *Schuld und Prävention*, Tübingen, 1976, págs. 9 y ss. Una clara, concisa y completa exposición en SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo...*, cit., págs. 69 y ss., núms. 4 y ss.

[33] En este sentido, y exponiendo algunos ejemplos, SCHÜNEMANN, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken...*, cit., pág. 54, nota 133.

[34] GÜNTER JAKOBS, *El concepto jurídico-penal de acción*. Conferencia impartida en el CEU de Madrid en mayo de 1992. Traducida por Manuel Cancio Meliá, pág. 14. Del mismo, *Strafrecht Allgemeiner Teil..*, cit., págs. 136 y ss., núms. 20 y ss.

[35] JAKOBS, *El concepto jurídico-penal de acción...*, cit., págs. 20 y 21.

en la frustración de un rol determinado para el sujeto en una comunidad dada, y en este sentido, la norma, en tanto que supone la definición de los papeles que cada ciudadano juega en la sociedad, representa el mecanismo supremo de la organización de la señalada comunidad. La lesión a su vigencia, es la lesión a la función y se constituye así en el primer motivo de la incriminación. De todo esto se deduce el por qué el autor llega a definir la acción con base a este resultado y caracteriza a la misma como causación de la lesión de la vigencia de la norma.

Son muchas las particularidades que muestra la sistemática de JAKOBS, que no se pueden presentar aquí por lógicas razones. Simplemente nos vamos a limitar ahora a exponer otro punto, tan representativo como controvertido, de su planteamiento dogmático, este que hace referencia a su concepción en materia de culpabilidad.

El autor alemán, al igual que hiciera en España GIMBERNAT, parte de la idea de que toda pena excesiva o desproporcionada es rechazable por inútil. De otro lado, la pena cumple una función fundamentada en la prevención general, que en su particular terminología significa necesidad de mantenimiento de las expectativas de la fidelidad al ordenamiento jurídico. Esa fidelidad al ordenamiento jurídico se debilita cuando el sujeto que se encuentra en perfectas condiciones para prever y dominar la realidad planificada (en el sentido de cumplimiento de su rol personal en favor del desarrollo equilibrado del sistema), siendo posible una actuación conforme a la expectativa que dicho rol inspira en la creencia de los demás: lleva a cabo una actuación contraria a la norma. Así se entiende la afirmación "la función de la culpabilidad es estabilizar la norma débil", o esta otra similar: "el fin que determina directivamente la culpabilidad es la estabilización de la confianza en el orden jurídico perturbada por el comportamiento delictivo"[36]. Pues en la defraudación de la expectativa que representa la norma por parte del sujeto que lleva a cabo la conducta bajo condiciones normales, es decir, en su comportamiento bajo condiciones volitivas e intelectivas susceptibles de ser interpretadas con sentido en un determinado contexto social, se niega la vigencia de esa norma jurídica y con ello se debilita su afirmación y su amplitud funcional de equilibrio en el desarrollo de la comunidad. Porque las reglas de la naturaleza no necesitan afirmar su vigencia, pues esta no peligra si alguien pretende actuar contra las mismas. Pero ello no ocurre en el ordenamiento jurídico, que al no constituir un sistema absoluto necesita resarcirse contra las violaciones de sus preceptos para mantener su firmeza. En los supuestos de exclusión de la culpabilidad, por el contrario, la defraudación de la expectativa que representa la conducta infiel al mandato de los preceptos legales no se produce, puesto que nadie espera que el niño, el loco, o el que desconoce la significación antijurídica del hecho cometido, cumpliese con esta exigencia de

[36] GÜNTER JAKOBS, *El principio de culpabilidad*. Conferencia impartida en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid en mayo de 1992. Traducción de Manuel Cancio Meliá, pág. 29. También en *Schuld und Prävention...* cit., pág. 31 ("Als der die Schuld leitend bestimmende Zweek erwies sich hierbei die Stabilisierung des durch das deliktische Verhalten gestörten Ordnungsverhaltens...").

fidelidad al derecho, o dicho en palabras que utilizaría el mismo JAKOBS, la ausencia de sanción en estos supuestos, no perturba la función estabilizadora de expectativas en que consiste el derecho[37]. La culpabilidad, por tanto, no depende de las específicas circunstancias del sujeto. No está fundamentada con base a un criterio de limitación del poder punitivo del Estado en favor del reconocimiento de una garantía fundamental del individuo, sino tan solo en atención a las necesidades derivadas de la pena en su función mediata de prevención general. Finalizamos este breve resumen intentando exponer, a estos efectos, como entiende el autor los fines de la pena.

En este punto señalado, el profesor alemán parte de la prevención general positiva como criterio decisivo de orientación de la sanción jurídica, es decir, que la pena supone la consecuencia racional y sincronizada con el hecho punible del autor, en cuanto que este con el mismo ha comunicado su esbozo de la realidad. Dicho hecho se entiende no solo como acto psicofísico, sino como representación de un esquema social rechazado por el ordenamiento jurídico. La pena supone otra comunicación en sintonía con aquel: reflejo de que no se quiere mantener ese esbozo de la realidad presentado por el autor con su comportamiento ilícito. En consecuencia, la prevención general es positiva puesto que no solo se pretende dar a la sociedad una visión negativa de la consecuencia del delito, sino que también se desea imponer una determinada visión de la realidad. Esto dicho se refleja en las siguientes palabras del autor: "El fin de la pena que acabo de esbozar se denomina actualmente prevención general positiva; prevención general, porque no se pretende que consista en miedo ante la pena, sino en una tranquilización en el sentido de que la norma está vigente, de que la vigencia de la norma, que se ha visto afectada por el hecho, ha vuelto a ser fortalecida por la pena: —en el siglo pasado se hablaba de manera plástica de eliminación del «daño intelectual del delito»—"[38].

La concepción de JAKOBS, en la actualidad, es minoritaria, y está siendo objeto, constantemente, de numerosas críticas. Es curioso observar, si embargo, que la objeción más importante no se ha ceñido tanto a su punto de partida (teoría de los sistemas sociales) como a parte de las consecuencias que han derivado de su posición dogmática. Tal es el caso de la comprensión del principio de culpabilidad, fundamentado exclusivamente con base en la prevención general, que representa, sin embargo, una consecuencia coherente con todo su planteamiento inicial[39]. Es

[37] JAKOBS, *El principio de culpabilidad...*, cit., pág. 39.

[38] JAKOBS, *El principio de culpabilidad...*, cit., pág. 34. En otro pasaje señala, en consonancia con lo expresado en el texto, que la prevención general no se entiende en el sentido de intimidación, sino en el de ejercicio en la confianza en el derecho: "Dies ist Generalprävention nicht um Sinne von Abschreckung, sondern von Einübung in Rechtsreu". (*Schuld und Prävention...*, cit., pág. 10). También en *Strafrecht. Allgemeiner Teil...*, cit., pág. 13, núm. 15.

[39] Puede observarse, a título de ejemplo, la crítica de JESCHECK que se centra en el punto de la sustitución material del principio de culpabilidad por necesidades de orden preventivo general, y la numerosa bibliografía en este sentido que cita el autor (*Lehrbuch...*, cit., pág. 194, nota 95). En la misma línea, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil...*, cit., pág. 114, núm. 26.

más, incluso se ha llegado a decir por uno de los autores más críticos, SCHÜNEMANN, que el sistema de JAKOBS presenta dos ventajas frente a la concepción neoclásica del derecho penal: De una parte, se asegura aquel a través del reconocimiento de la prevención general (ejercicio de la confianza en la norma) como fin primordial de la pena estatal frente a las inseguridades que presenta el relativismo valorativo; y de otra parte, en el hecho de que pueda desarrollar su método de funcionalización de los conceptos dogmáticos apoyándose en las categorías de los sistemas sociológicos[40].

No tenemos la pretensión de realizar ahora una crítica con relación al principio de culpabilidad y la problemática de la conformidad con la constitución de un planteamiento tan radical. Esa cuestión ya ha sido suficientemente discutida por la doctrina[41]. Simplemente se van a traer a colación las palabras de otro gran penalista en relación con los fundamentos metodológicos de la concepción funcionalista[42]: "En esa dirección apuntan también las teorías de los sistemas. Parten del intento de fusionar las ciencias empíricas y las normativas en beneficio de lo empírico". Ello ya se advierte en PARSONS, aunque paliado por el enjuiciamiento positivo de las valoraciones, y se manifiesta plenamente en LUHMANN, literalmente: "Lo fáctico comprende lo normativo". La justicia se convierte en "adecuada complejidad" del sistema. La administración de justicia sigue cumpliendo una función, pero lo que administra son los conflictos que surgen de expectativas frustradas, con objeto de estabilizar el sistema. El deber ser y los valores desaparecen: un coherente desarrollo ulterior debería conducir a transformar los bienes jurídicos en dañosidad social, o mejor aún: en utilidad social. La interpretación normativa basada en los valores fundamentales ha de convertirse en la configuración, apoyada empíricamente, de los substratos de aquellos valores fundamentales según la función óptima en el sistema. Incluso el bien jurídico *vida* quedaría a disposición de la racionalidad final; los valores vitales, como la vida inútil, solo merecerían protección en tanto haya que tomar aún en consideración la creencia en valores que ya se extinguen. A tales consecuencias se opone de momento la existencia de reglas fácticamente obedecidas, en especial la Constitución. Pero la tendencia es equívoca"[43].

[40] SCHÜNEMANN, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken...*, cit., pág. 54.

[41] Una profunda crítica en CLAUS ROXIN, "Was bleibt von der Schuld in Strafrecht übrig"? *SchwZStr.*, núm. 104 (1987), págs. 356 y ss., con relación bibliográfica en esa misma línea.

[42] La doctrina jurídico-penal alemana, como se ha señalado reiteradamente, no ha criticado tan intensamente los fundamentos metodológicos de las tesis funcionalistas como alguna de sus consecuencias. Esto no ha ocurrido, sin embargo, en otros ámbitos, y así desde la perspectiva filosófica, se ha producido una intensa discusión entre LUHMANN y HABERMAS.

[43] ARMIN KAUFMANN, *La misión del derecho penal*, traducción de SANTIAGO MIR PUIG, *La reforma del derecho penal*, tomo II, Bellaterra, 1982, págs. 20 y 21.

b') *La propuesta sistemática de* ROXIN. *Dogmática y política criminal*

La segunda tendencia dogmática, que aquí se expone, viene representada fundamentalmente por ROXIN y sus discípulos[44]. La propuesta del citado profesor alemán, pretende superar, desde el punto de vista metodológico, la propia constitución hermética y fuera de la realidad de la sistematización dogmática, de un lado; y el excesivo casuismo con el consiguiente problema de ausencia de axiomas científicos del pensamiento problemático, de otro lado[45]. Para lograr tal fin, señala el autor, se tiene que acabar con la tajante separación entre derecho penal y política criminal llevada a cabo por VON LISZT hace más de un siglo. En efecto, en la medida en que la dogmática se crea desde sí misma, sus soluciones pueden ser perfectamente correctas desde la lógica interna que la guía, pero totalmente desacertadas desde el punto de vista politicocriminal; y viceversa, remedios totalmente coherentes ofrecidos por la política criminal pueden ser, desde la perspectiva dogmática, totalmente incomprensibles[46]. Se postula entonces en favor de un sistema de derecho penal abierto, esto es, susceptible de recibir las valoraciones que tildan sus conceptos y principios por la vía político-criminal[47]. Se entiende, por ello, que la sistemática presentada por el profesor alemán, sigue siendo una sistemática valorativa, pero a su juicio ni el neokantismo ni el finalismo han llegado a extraer todas las consecuencias que debieran adjetivizar a su planteamiento como completo. En su opinión, "...los tres requisitos fundamentales que deben exigerse de un sistema fructífero —claridad y ordenación conceptual, referencia a la realidad y orientación en finalidades politicocriminales— han sido solo realizados parcialmente, a modo de planteamiento y con el abandono de otros aspectos, con las desfiguraciones y superposiciones que hoy se aparece ante nosotros como «teoría dominante», aunque con muchas variantes"[48]. En definitiva, se persigue en cierta medida continuar con la tarea iniciada por el neokantismo, pero sustituyendo la vaga y difusa orientación hacia los valores culturales "...por un específico criterio jurídico-penal de sistematización: los fundamentos político-croiminales de la moderna teoría de los fines de la pena"[49].

[44] El primer trabajo en el que ROXIN presenta su programa es *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin, 1970. Existe una versión en castellano: *Política criminal y sistema de derecho penal*, traducido por Francisco Muñoz Conde, Barcelona, 1972. La segunda edición es de 1973. El desarrollo de su sistema se ha llevado a cabo a lo largo de numerosos trabajos, que concluyen actualmente en su *Tratado de derecho penal*, al cual haremos constante referencia.

[45] Esta idea la expresa con toda claridad MUÑOZ CONDE: "El pensamiento problemático tiene que desembocar, si se quiere mantener el carácter científico de la actividad jurídica, en un sistema: el pensamiento sistemático tiene que estar orientado, si se quiere encontrar la solución justa de un caso, en el problema" en la *Introducción a la política criminal y sistema de derecho penal* de ROXIN... cit., pág. 6.

[46] ROXIN, *Política criminal y sistema de derecho penal*..., cit., pág. 30.

[47] ROXIN, *Política criminal y sistema de derecho penal*..., cit., pág. 33.

[48] ROXIN, *Política criminal y sistema de derecho penal*..., cit., pág. 39.

[49] ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*..., cit., pág. 113, núm. 24. Una moderna versión sobre los diferentes aspectos de la política criminal en CLAUS ROXIN, "Acerca del desarrollo reciente de la política criminal", traducido por Miguel Díaz y García Conlledo y Mercedes Pérez Manzano, *CPC*, núm. 48 (1992), págs. 795 y ss.

Coherente con este planteamiento, la tesis final-racional sigue operando con las mismas categorías de la teoría del delito que el causalismo o el finalismo, si bien orienta su estudio desde el primer momento atendiendo a consideraciones de política criminal.

En este campo de la teoría del ilícito, las categorías básicas del delito permanecen, pero con diversa significación funcional. El tipo es concebido así como determinación técnica de la ley penal bajo las exigencias del principio del *nullum crimen sine lege*, la antijuridicidad es contemplada como el ámbito donde se proporcionan las soluciones sociales de los conflictos y la culpabilidad es asociada a la necesidad de pena en atención a las distintas aspiraciones preventivas[50]. En un plano más concreto, dos son las aportaciones más notables que se han de destacar.

La primera se refleja en el redescubrimiento y dotación funcional de la teoría de la imputación objetiva en el marco de la tipicidad. En efecto, mientras que para las doctrinas clásica, neoclásica y final, los problemas de relación en los delitos de resulado entre este y la acción se reducían, en la mayoría de los casos, a una cuestión de relación de causalidad; la nueva tendencia utiliza como criterio decisivo de imputación del resultado en el tipo objetivo la regla en virtud de la cual se examina la creación, a través de la acción, de un riesgo no permitido dentro del fin de protección de la norma. Se cree superado de esta forma el recurso a categorías científico-naturales o lógicas de la causalidad en favor de una mejor explicación pura desde el punto de vista técnico orientada por criterios exclusivos de valoración jurídica[51].

La segunda gran innovación sistemática de la doctrina racional-final consiste en la extensión de la "culpabilidad" a la categoría de la "responsabilidad". A través de la misma, se trata de responder a la pregunta de si el autor individual merece la pena en razón al injusto consentido por él mismo. El principal presupuesto de la responsabilidad, es, claro está, la culpabilidad del autor. Pero este no es el único, tiene que coincidir al mismo tiempo una necesidad preventiva de penalización. Es decir, en virtud de esta categoría, la culpabilidad se presenta como condición indispensable en la imposición de toda pena en la medida en que esta pueda ser explicada y justificada con arreglo a necesidades de carácter preventivo, de tal forma que una y otra se limitan mutuamente; y juntas conforman la "responsabilidad" personal y jurídica del autor[52]. En este aspecto, el punto de partida es muy similar

[50] En este sentido BERND SCHÜNEMANN, "La política criminal y el sistema de derecho penal", *ADPCP*, tomo XLIV, 1991, pág. 703.

[51] CLAUS ROXIN, "Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrect", *Festschrift für Richard M. Honig zum 80*, Geburtstag, Göttingen, 1970, págs. 133 y ss. Es en este primer trabajo donde ROXIN toma de nuevo la vieja teoría de la imputación objetiva, desarrollada en ulteriores trabajos. Esta teoría, se ha señalado, no era desconocida por la doctrina, pues había sido iniciada por el neokantiano HONIG y el hegeliano LARENZ, como reconoce el propio autor (*Strafrecht, Allgemeiner Teil*..., cit., pág. 114, núm. 25 y nota 32), aun cuando la esencia y las principales consecuencias de esta tesis se deban al profesor de München.

[52] Al respecto, CLAUS ROXIN, "Zur Problematik des Schuldstrafrechts", *ZStW*, núm. 96, 1984, págs. 641 y ss. También en *Strafrecht, Allgemeiner Teil*..., cit., págs. 126 y 127, núm. 64.

al enunciado por JAKOBS, pero para evitar la gran crítica que supone el apreciar o no una condición del castigo en atención a los variables criterios de prevención general y especial, el autor tiene en cuenta, en el primer plano de la culpabilidad, los presupuestos personales de abordabilidad normativa. Es decir, presupuesto fundamental de la responsabilidad es la culpabilidad, y esta es afirmada cuando el autor en el hecho, conforme a su constitución espiritual y anímica, estaba en disposición de recibir la llamada de la norma, o lo que es lo mismo, se encontraba en condiciones normales para ser motivado por el precepto penal. En definitiva, como el propio ROXIN expresa: "...el concepto de culpabilidad sostenido se apoya en una justificación social de la pena y se asemeja en esa medida a la teoría de algunos propugnadores de la culpabilidad del carácter y del concepto funcional de la culpabilidad de JAKOBS. Pero asegura mejor que ellas la función protectora liberal de un Estado de Derecho del principio de culpabilidad. Pues la culpabilidad no depende de necesidades preventivo-generales o especiales, vagas y cambiantes, reales o supuestas, sino de la capacidad de conducción del autor y con ello de un criterio por principio accesible a la comprobación empírica, que pone un límite al poder penal del Estado"[53].

El programa de ROXIN continúa su desarrollo por parte de sus discípulos en cuestiones concretas que afectan a un importante sector del derecho penal. A este respecto, las investigaciones de WOLTER, FRISCH o del propio SCHÜNEMANN en aspectos como el injusto en los delitos de resultado, la nueva redefinición del dolo o el particular entendimiento del principio de culpabilidad, suponen una concreción de específicas parcelas de la ciencia del derecho penal que desarrollan con bastante nitidez los principios sistemáticos del moderno pensamiento funcionalista. Aquí, sin embargo, se ha tomado como botón de muestra algunos aspectos del planteamiento sistemático del precursor de dicho movimiento, y sobre este se ciñen las presentes reflexiones[54].

La propuesta de ROXIN, desde sus inicios, ha traído un soplo de aire fresco al cargado ambiente que se respiraba en la cerrada habitación sistemática del neokantismo y el finalismo. Ha llamado la atención sobre un punto que siempre está presente, pero que se olvida con bastante facilidad. Y es que, la construcción dogmática está al servicio de la resolución de los problemas que presenta la realidad de la vida social, tarea que parecía ya olvidada en favor de la mera elucubración teórica. La orietanción de las categorías dogmáticas atendiendo a los fines de la pena, podrá representar, como se ha señalado, un buen criterio para mantener la solidez científica que representa el planteamiento sistemático sin abandonar el acercamiento a la realidad ofrecido por el pensamiento problemático.

La propuesta funcionalista en la versión roxiniana es un claro reflejo de la situación de la dogmática alemana desde los años setenta hasta el momento presente,

[53] ROXIN, *Política criminal y estructura del delito...*, cit., pág. 139.

[54] Sobre los desarrollos dogmáticos ulteriores señalados en el texto, SCHÜNEMANN, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken...*, cit., pág. 51.

caracterizada por la síntesis y la transición hacia una corriente superadora de las que hasta entonces aparecían en el panorama jurídico-penal. Este carácter sintético se refleja en todos los momentos, en todas las categorías que están en la base de la concepción final-racional.

Es una síntesis en su planteamiento, que pretende mantener el sistema y la solución tópica al problema. De igual forma, se intenta conciliar el método valorativo de las tendencias neoclásicas, pero a su vez se introducen categorías sociológicas más propias de una nueva ontología que confluyen con aquellas. Esto se observa muy bien cuando se estudia el injusto como infracción de la norma de valoración, pero al mismo tiempo se fundamenta en atención a la lesividad social[55].

La síntesis se observa en el tratamiento de la culpabilidad, o mejor, de la responsabilidad. Como la más pura doctrina neoclásica o finalista, se quiere mantener el principio de culpabilidad porque este representa una garantía del individuo frente al poder punitivo del Estado, frente a la utilización instrumental del ciudadano como criterio de eficacia en la lucha contra el delito. Sin embargo, las necesidades preventivo-generales y preventivo-especiales, la exigencia de impedir defraudación de expectativas en favor de la fidelidad al derecho, también se constituye en criterio fundamental de determinación de la atribución personal de la pena al autor.

La pregunta que tiene que responder la concepción funcionalista es esta que cuestiona la compatibilidad lógica entre los dos polos de la relación vinculada en la tesis. Esto es, si es posible determinar el presupuesto de hecho influido por la consecuencia jurídica subsiguiente. Si es conciliable afirmar el fundamento de una categoría como el injusto en base a la infracción de la norma de valoración y entender su exclusión como una forma de exclusión del conflicto social. Se pregunta, en fin, si se puede afirmar la necesidad, dentro de la categoría de la responsabilidad, de la culpabilidad por exigencias constitucionales inherentes a la dignidad humana y luego establecer su contenido en atención al carácter del autor.

El resultado puede concretarse o bien en una feliz superación de las tendencias anteriores, o bien en una doble crítica desde una y otra posición. Es demasiado pronto todavía, para aventurar una respuesta en uno u otro sentido. Al menos se ha conseguido ya una reflexión sistemática completa fuera de los clásicos problemas del concepto penal de acción o del lugar de ubicación del dolo.

3. TENDENCIAS DOGMÁTICAS ACTUALES EN ITALIA

La tremenda lucha que se desarrolló en Italia entre la Escuela positiva y la Escuela clásica a finales del siglo XIX y principios del XX, dio lugar a un abandono del estudio del derecho positivo, y por consiguiente, a una ausencia de un planteamiento teórico riguroso desde el punto de vista estrictamente jurídico. En efecto, los clásicos, preocupados por cuestiones metafísicas relacionadas con el derecho

[55] A título de ejemplo, ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil...*, cit., pág. 125.

natural, no llegaban a sentar las bases para elaborar una concepción sistemática y coherente con las exigencias legales presentes en la ley. De otra parte, los positivistas, especialmente interesados por el estudio de una realidad previa al derecho, pero carentes de la preparación y conocimientos necesarios para alcanzar los progresos científicos necesarios en la pretendida superación del planteamiento clásico, tampoco consiguieron concretar sus esfuerzos en un modelo teórico válido para el derecho penal[56]. Se planteaba así la necesidad de abandonar un enfrentamiento un tanto infructuoso en favor del inicio de una tarea dirigida a la creación de una auténtica ciencia del derecho penal. Para conseguir esta meta, el objeto debía situarse de nuevo en el derecho positivo, y el método tendría que partir de fundamentos casi exclusivamente jurídicos. Esta empresa fue iniciada por ROCCO en su famoso discurso inaugural en la Universidad de Sassari en 1910[57]. El autor, tras criticar y rechazar las tendencias que con anterioridad habían abandonado el derecho positivo como objeto de estudio, propone reconducir a este punto la materia de la investigación aplicando el método dogmático que tanto éxito había tenido en Alemania y que ya era conocido y bien recibido en la propia Italia en otros sectores del ordenamiento jurídico, especialmente en el campo del derecho privado. No queremos entrar ahora en un examen detenido de la propuesta de ROCCO en la evolución del derecho penal, no solo en Italia sino también en España. Simplemente se quiere destacar la importancia que ha supuesto su contribución en el desarrollo de la moderna dogmática italiana. Ahora pues, vamos a presentar un boceto de sus tesis fundamentales[58].

En la tarea de construcción científica del derecho penal, ROCCO establece varios criterios fundamentales: el primero, ya señalado, incide en la necesidad de considerar el derecho positivo vigente como el objeto de la ciencia jurídico-penal, escindiéndose así de otras posibles ciencias como la antropología, sociología, psicología, la filosofía del derecho o la política criminal. Partiendo de este principio, el autor italiano establecería otros dos presupuestos fundamentales. Uno, "que la elaboración científica del derecho penal se realizase, en consecuencia, con los

[56] En este sentido, MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, 1976, pág. 188. Traemos a colación unas palabras de STAMPA BRAUN que resumen con bastante claridad las razones significadas en el texto: "Consecuencia: Que, escindido el saber punitivo latino en los dos grandes sectores de la escuela clásica y de la escuela positiva, el objeto de la ciencia del derecho penal quedó *sin determinar*; pues, en tanto que aquella, la escuela clásica siguió afirmando la existencia de un derecho penal ideal, esta, la escuela positiva, le redujo a una serie de datos antropológicos y sociológicos sin categoría jurídica. Así, mientras que el resto de las disciplinas jurídicas habían unificado sus mejores equipos para emprender *la reconstrucción científica del derecho positivo*, el derecho penal hubo de atravesar una larga etapa dando ciegos bandazos entre un derecho evanescente y anacrónico y una falsa sociología o antropología criminal, reducida a los esquemas de las disciplinas naturalistas. Entre tanto el derecho positivo, es decir, el verdadero objeto de la ciencia jurídico-penal, permanecía arrinconado". JOSÉ MARÍA STAMPA BRAUN, *Introducción a la ciencia del derecho penal*, Valladolid, 1953, pág. 111.

[57] Este discurso, se encuentra recogido en el tercer tomo de su obra fundamental, ARTURO ROCCO, "Il problema e il metodo della scienza del diritto penale", en *Opere giuridiche*, Roma, 1933, págs. 263 y ss.

[58] Seguimos, en este punto, a STAMPA BRAUN, *Introducción a la ciencia del derecho penal...*, cit., págs. 111 y ss.

métodos de la *dogmática jurídica*, para que quedase reducida a sus justos límites, es decir, a un sistema de principios de derecho, a una teoría jurídica, a un conocimiento científico de la disciplina jurídica de los delitos y de las penas". Otro, "... que esta dogmática del derecho penal estuviese presidida por un sentido *realista*, capaz de amortizarla con las necesidades de la práctica"[59].

El método dogmático se desarrolla a lo largo de tres momentos en un equilibrio armónico: fase exegética, fase sistemática y fase crítica. En la primera, interpretación, se trata de investigar el sentido del derecho positivo a través del ropaje lingüístico que lo conforma. En la segunda, sistemática, se elaboran y ordenan conceptos y principios con el fin de comprobar la lógica y la coherencia de la materia ya interesada y poder así explicar en conjunto tanto la institución como el propio sector del ordenamiento jurídico objeto de consideración. Aquí se construye el sistema. En la tercera y última fase, la crítica, se lleva a cabo una comparación entre el ser y el deber ser, es decir, entre el contenido y significado del derecho positivo ya conocido y el ideal de derecho más ajustado a las necesidades humanas de resolver los conflictos que emergen de las relaciones individuales o colectivas en una determinada sociedad. Si aquella realidad no coincide con esta representación, el jurista tiene que proponer la reforma legal[60].

Con posterioridad, la dirección técnico-jurídica se impuso como modelo metodológico en el estudio científico del derecho penal. Como señala el propio PAGLIARO, aquellas corrientes que no han aceptado esta concepción teórica ha sido porque, en realidad, han tomado en consideración un diferente objeto de estudio relacionado con el derecho positivo, pero fuera de él. De hecho, se puede decir que, tras la denominada lucha de escuelas, la dogmática italiana se desarrolla bajo los signos de distinción marcados por la dirección técnico-jurídica, de tal forma que algunas tendencias que aparecen como una crítica o un rechazo a este modelo teórico, en realidad tan solo representan una revisión desde la propia estructura interna de aquello que, en principio, se pone en tela de juicio.

A) *La tesis realista de* ANTOLISEI *y el teleologismo de* BETTIOL

Este es el caso de ANTOLISEI, que inicia una corriente, dentro de la misma línea técnico-jurídica, por mucho que le pesase, en la que se pretende que el hecho social que constituye el sustrato de la norma jurídica sea contemplado también como parte integrante de la misma para llegar así a una aproximación más real del auténtico significado del derecho penal. La crítica del autor se centra fundamentalmente al aspecto formalista que supuso, en la práctica, el desarrollo de las ideas de ROCCO. De ahí que esta versión prefiera dar preeminencia a la realidad social sobre la que incide el precepto jurídico, antes que a la lógica deductiva que se había utilizado (y con exageración) como medio de conocimiento de ese derecho

[59] STAMPA BRAUN, *Introducción a la ciencia del derecho penal...*, cit., pág. 112.

[60] STAMPA BRAUN, *Introducción a la ciencia del derecho penal...*, cit., págs. 105 y 106.

positivo[61]. El realismo jurídico trata, de este modo, no de revolucionar el método que propugna la orientación técnico-jurídica, sino de liberar a la dogmática de sus excesos y desviaciones que había impuesto una tendencia formalista dentro de esa orientación técnico-jurídica. El realismo de ANTOLISEI, en consecuencia, quiere significar dos cosas: que el derecho no puede ser concebido como pura forma, y que la dogmática debe inspirarse en criterios pragmáticos, limitando su estudio exclusivamente a las cuestiones que sean útiles para la aplicación de ese derecho, adoptando a tal fin un método de trabajo que redunde en explicaciones teóricas fácilmente accesibles a sus destinatarios más indicados (jueces y abogados, fundamentalmente)[62].

El realismo jurídico de ANTOLISEI se refleja de igual forma en la teoría jurídica del delito. Coherente con esta idea, el autor busca una concepción naturalística del delito que le lleva a negar la diferencia entre tipo y antijuridicidad[63]. Distingue así el autor dentro del delito dos momentos fundamentales: elemento objetivo, que comprendería lo que en la doctrina se ha denominado el tipo material, es decir, todos los momentos objetivos que fundamentan la punibilidad; y elementos subjetivos, que abarcaría el ámbito de la culpabilidad, o como el mismo autor señala, la voluntad culpable. Aunque es cierto que no se puede decir que la estructura propuesta es unitaria, en ella se intenta conjugar ciertos factores irracionales, propios de la vida real, con el análisis lógico del delito. Como señala el mismo BETTIOL, la sistemática bipartita de ANTOLISEI, por vía distinta, refleja la continuación de cierto sector de la doctrina italiana que, ya desde CARRARA, conformaba el delito

[61] Aunque larga la cita y en idioma italiano, no nos resistimos a traer a colación, por la claridad con la que se expone todo el pensamiento de ANTOLISEI en unas líneas, las siguientes palabras del autor: "Orbene l'attuazione pratica dell'indirizzo che riconosce la grande importanza della realità sociale nello studio del diritto, implica che le esigenze di tale realità abbiano un peso prevalente nelle valutazioni del giurista, il quale non deve lasciarsi predere la mano dala pura logica, e specialmente dalla logica deduttiva. Sempre a lui si impone di *controllare* i risultati delle sue operazioni dialettiche alla luce della realità sociale. Ciò significa che egli deve costantemente considerare gli effetti che l'applicazione di una determinata interpretazione o di un dato principio hanno nella vita sociale, per verificare se essi rispondano ai fini delle singole norme e alle direttive generali dell'intiero ordinamento giuridico. Tutto ciò che in concreto contrasta con questi fini e direttive, anche se si presenta come una conseguenza logica delle premesse, va respinto. Il realista non dirà mai *fiat Justitia et pereat mundus*. Non è infatti giustizia quella che porta a risultati esiziali per la società; la giustizia esiste no perchè il mondo perisca ma perchè il mondo viva. Ciò che socialmente è damnoso, no è vera ma falsa giustizia. Isomma, il giurista non deve subire la tirannia della logica... nel riconoscimento di questa esigenza, per me, consiste la nota essenziale che distingue l'indirizzo realistico dal formalismo". FRANCESCO ANTOLISEI, "Per un indirizzo realistico nella scienza del diritto penale", *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, págs. 30 y 31.

[62] FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, parte generale, 11ª ed., puesta al día por LUIGGI CONTI, Milano, 1989, págs. 32 y 33.

[63] ANTOLISEI, "L'analisi del reato", en *Scritti di diritto penale...*, cit., págs. 89 y ss.

con base en esos dos componentes: elemento objetivo y subjetivo (MANZINI, FLORIAN y PAOLI)[64].

Otra importante propuesta de revisión del tecnicismo-jurídico, y desde una corriente independiente de sus presupuestos, es desarrollada por BETTIOL[65]. Su doctrina también se dirige contra los excesos del formalismo jurídico, y especialmente, contra su método lógico-deductivo. El conocimiento del derecho, afirmará el autor, no se puede limitar a una mera apreciación de la superficie de la materia jurídica, resultado al que conduce la mera lógica abstracta. La indagación jurídica, por tanto, tiene que entrar en la sustancia de la cosa, pues solo así se puede captar el total significado que entraña la norma jurídica. Propugna entonces en favor de la utilización, como criterio metodológico, de una lógica concreta, de una lógica que penetre en la naturaleza de la cosa para llegar a sí a comprender su génesis, su estructura y su función. El método de BETTIOL pretende percibir el "alma" de la norma a través de un proceso deductivo-inductivo.

En esta línea de pensamiento, toda norma recoge un determinado contenido de valor que es expresión de ciertas pautas éticas inherentes a una determinada sociedad. Ese valor que le da "cuerpo" a la norma, es el bien jurídico que esta protege. Pues bien, en la relación teleológica entre norma jurídica y bien jurídico se encuentra la base metodológica de BETTIOL[66].

La concepción del autor italiano es denominada teleológica porque la comprensión del derecho penal, la averiguación de su sentido y la misma elaboración conceptual se desarrolla a través de una actividad lógico-concreta guiada por el bien jurídico que se haya arropado en cada norma jurídica. La elaboración del concepto, instrumento indispensable del conocimiento, viene referida necesariamente a un valor, concretado en el bien jurídico. La labor del jurista debe, en consecuencia, estar polarizada por el signo del valor tutelado. A partir de esos conceptos primarios se construiría el sistema y en este punto existen bastantes similitudes con la concepción dogmática tradicional[67].

El punto de vista de BETTIOL, sin embargo, no es muy diferente de los criterios derivados de la dirección técnico-jurídica. La fase interpretativa y sistemática es considerada como necesaria y posible. El momento de la crítica se comprendería de forma interna en tanto y en cuanto la norma tiene que ser asimilada desde la realidad si se derivan los correspondientes conceptos con base al bien jurídico protegido. La diferencia más notable residiría en la expresión ética del modelo de BETTIOL. Los valores que dan contenido al bien jurídico, desde su punto de vista, son reflejo y representación de criterios éticos e incluso religiosos que se encuentran en el tejido social de determinadas comunidades[68].

[64] GIUSEPPE BETTIOL, *Diritto penale*, 11ª ed., Padova, 1982, pág. 221.

[65] La posición metodológica de BETTIOL se encuentra recogida, fundamentalmente, en su obra *Scritti giuridici*, Padova, 1966. Su versión más reciente en *Diritto penale*, parte generale..., cit., págs. 82 y ss.

[66] BETTIOL, *Diritto penale...*, cit., págs. 82 y 83.

[67] BETTIOL, *Diritto penale...*, cit., págs. 87 y ss.

[68] Una crítica acerca del método de BETTIOL, en el sentido de confundir moral y derecho en RODRÍGUEZ MOURULLO, "El teleologismo valorativo de Bettiol y el finalismo de Welzel". Separata núm. 73 del *Boletín de la Universidad de Compostela*, Santiago, 1965 (citado por BUSTOS) y BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción al derecho penal*, Bogotá, 1986, pág. 176.

En el campo de la teoría general del delito, el autor también es consecuente con su método jurídico. El profesor italiano sigue otra corriente clásica de la doctrina de su país que desde DELITALA, y por influencia germánica, lleva a cabo una clasificación tripartita del delito en hecho típico, antijurídico y culpable. Ahora bien, el momento teleológico se refleja en esta concepción del delito, y en la medida en que el ilícito representa una negación de valores relevantes en una sociedad dada, todos sus elementos se interpretan conforme a este primado normativo. El componente fundamental y primordial, lo constituye la antijuridicidad como momento de la negación del valor representado por la lesión del bien jurídico. La tipicidad es concebida como una forma técnica de descripción del hecho que lleva en su seno reflejado el interés relevante para el derecho penal. La antijuridicidad, como señalábamos, cumple la función de determinar cuándo un hecho representa una lesión al bien jurídico tutelado. Estas dos no son categorías formales porque el bien, en sí mismo, es una noción teleológica. La culpabilidad, en fin, vendría a significar el momento a partir del cual el hecho puede ser reprochado al autor que lo ha perpetrado. El hecho, en cuanto comportamiento humano, es presupuesto constitutivo a todos estos elementos[69].

B) *La polémica entre las concepciones bipartita y tripartita del delito*

Desde luego, en Italia también han existido corrientes antidogmáticas con gran fuerza, sobre todo en los años sesenta y setenta, representadas fundamentalmente por la criminología crítica. No obstante, en este resumen se trata de exponer tan solo alguno de los aspectos más relevantes que han guiado a la doctrina italiana en el moderno desarrollo dogmático, de tal forma que nos limitamos a mostrar algunas de las tendencias *dentro* de la dogmática italiana, a fin de poder comprender mejor las peculiaridades de las diversas y actuales sistemáticas.

En el ámbito de la teoría jurídica del delito, el punto de partida, si se tienen en cuenta los precedentes metodológicos generales, ha sido y es, como en la República Federal de Alemania, dogmático y analítico. Pero, sin embargo, la gran discusión que se ha planteado en Italia respecto de la estructura del delito, no ha sido tanto en torno al concepto de acción o en relación a si el método debe considerarse desde el punto de vista naturalístico o valorativo. No se ha polarizado la discusión fundamental en torno a la doctrina neoclásica o final del delito, sino que, por el contrario, las dos tendencias en disputa encuentran su punto de controversia en el mantenimiento de una concepción bipartita o tripartita del delito. Evidentemente, existen otros muchos puntos de los que derivan otras tantas divergencias sistemáticas entre los diversos autores. No obstante, en este trabajo nos tenemos que limitar a las cuestiones más relevantes y generales.

La denominada concepción tripartita del delito es defendida por aquellos autores que han recibido la teoría clásica del delito elaborada en Alemania por VON

[69] BETTIOL, *Diritto penale...*, cit., págs. 224 y 225.

LISZT y BELING. Así, DELITALA trasladó esta estructura del ilícito a Italia, de tal forma que este se contempla como comportamiento, acción en sentido amplio, típico, antijurídico y culpable[70]. Estos elementos se entienden en su forma clásica: la tipicidad hace referencia a la conformidad entre el hecho y la descripción o imagen que presenta la norma; la antijuridicidad expresa la contradición del comportamiento con el ordenamiento jurídico y los valores o deberes (según las distintas perspectivas) que residen en su seno; y la culpabilidad refleja el reproche jurídico que se dirige a la persona del autor por la comisión del hecho antijurídico[71]. Esta concepción del delito ha sido mantenida tanto por la doctrina clásica como por algunos autores más modernos[72]. No obstante, dentro del sector de los autores que mantienen una concepción tripartita existen muchas variantes. Se puede así entender, a título de ejemplo, que la primera concepción de DELITALA, como es fácil de imaginar, es más naturalística, descriptiva y clasificatoria que la de BETTIOL, teñida constantemente de elementos teleológicos.

La concepción bipartita del delito, por el contrario, es un reflejo de la doctrina tradicional italiana anclada en las raíces de la escuela clásica, sobre todo toma como precedente la descomposición carrariana del delito en "fuerza física" y "fuerza moral"[73].

Ya se ha hecho referencia al hecho de que, desde esta perspectiva, el delito se estructura en torno a dos componentes fundamentales: el elemento objetivo y el elemento subjetivo. En su paulatina evolución, los polos de la bipartición varían según los autores, y de igual forma se habla de tipo y culpabilidad, elemento físico o elemento psicológico, etc. En todo caso, en el primer término se analiza todo aquello que, en la descripción legal del hecho, viene coloreado de forma objetiva, material o natural, según los diferentes elementos, abarcando también aquellos términos que hacen referencia al fin del juicio de exclusión de la ilicitud del hecho (causas de justificación). En el elemento subjetivo se incluye, por el contrario, los aspectos relevantes de la descripción legal que conciernen a la actitud de la voluntad, como conexión psicológica entre el hecho y su autor[74].

[70] La recepción de BELING se concreta en Italia en la obra de GIÀCOMO DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, págs. 13 y ss.

[71] Un resumen de estas concepciones se encuentra en MARIO ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, tomo I, Milano, 1987, págs. 268 y ss.

[72] Entre otros, se pueden citar los siguientes: El propio DELITALA, GIUSEPPE MAGGIORE, *Diritto penale*, parte generale, 5ª ed., Bologna, 1951. BETTIOL, *Diritto penale...*, cit., pág. 224. ROLAND RIZ, "La teoria generale del reato nella dottrina italiana. Considerazione sulla tripartizione". *L'indize Penale* (1981); pág. 607; GIOVANNI FIANDACA, ENZO MUSCO, *Diritto penale*, parte generale, 2ª ed., Bologna, 1989: ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, tomo I, cit., págs. 267 y ss.

[73] Esta estructura del delito parte ya de FRANCESCO CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, parte generale, 4ª ed., Lucca, 1871, §§ 54 y ss., págs. 56 y ss. También ENRICO PESSINA, *Elementi di diritto penale*, 3ª ed., Napoli, 1871, págs. 156 y ss. En el fondo, esta forma de concebir el esqueleto del ilícito arranca ya de la época del derecho común en la que se lleva a cabo la distinción entre *imputatio facti e imputatio iuris*. Así, ANTONIO FIORELLA, *Reato in generale*, Enciclopedia del Diritto, tomo XXXVIII, 1987, págs. 770 y ss., y 779.

[74] ROMANO, *Commentario sistematico...*, pág. 269.

En esta concepción, la antijuridicidad interesa no tanto en su consideración objetiva (así concebida en la doctrina clásica de la tripartición), como en el carácter global dentro del cual es examinada. En efecto, siendo el delito un hecho penalmente antijurídico inescindible, la antijuridicidad constituye un carácter que envuelve y califica al delito en todos sus componentes, ya sean objetivos y subjetivos. Así, la relación entre los elementos objetivos y subjetivos y la antijuridicidad es la relación entre la valoración y aquello que es valorado. En este sentido, mientras que los elementos objetivos y subjetivos representan los componentes naturalísticos del delito, la antijuridicidad se encuentra en otro plano general que refleja el aspecto valorativo del mismo.

Frente a la concepción tripartita que toma un concepto restrictivo del hecho típico, la bipartita adopta a estos efectos un criterio sumamente extensivo del mismo, considerando todos los elementos objetivos y subjetivos merced a los cuales el delito adquiere su propia existencia y razón de ser[75].

Aparte de las diversas posiciones metodológicas generales que guían a cada una de las dos concepciones, el punto interno que las diferencia consiste en el modo de entender, colocar y sistematizar la antijuridicidad y las correspondientes causas de justificación dentro del sistema del delito. Esta razón de divergencia reside, fundamentalmente, en la especial forma de consideración, por parte de la concepción bipartita, de las eximentes que excluyen la ilicitud del hecho como elementos negativos del tipo. En efecto, el tipo recoge, en una unidad inescindible, todos los componentes que fundamentan y dan contenido a la antijuridicidad (elementos positivos) así como estos otros que, de igual forma, la excluyen (elementos negativos). De esta forma se pretende unificar en un solo momento todo el desvalor que comporta la antijuridicidad en una inseparable unidad entre tipo e ilícito. A este modo de concebir la estructura del delito ha contribuido la especial regulación del error en el Código Penal italiano, en la medida en que se ha querido entender que este equipara el error sobre los elementos positivos del hecho (art. 47, 1° y 3°) con el error sobre los presupuestos de una causa de justificación (art. 59, ult.) bajo los criterios generales del error de tipo[76].

C) *Teleologismo funcionalista, teleologismo valorativo y el nuevo realismo italiano*

Las últimas tendencias en Italia, sin embargo, ya no acentúan tanto la base tripartita o bipartita del delito, sino la estructura de los diversos componentes que la integran y su función dentro del sistema que conforman delito y pena. Se puede decir, a este respecto, que el método teleológico seguido en la elaboración conceptual del derecho penal constituye en la actualidad la tendencia predominante, especialmente cuando se toma en consideración la teoría jurídica del delito. Las corrientes teleológicas han derivado, a su vez, en dos grandes tendencias: sistemas teleológico-funcionalistas y sistemas teleológico-valorativos. Vamos a señalar, con toda la brevedad que impone nuestra limitada investigación, algunas propuestas sistemáticas representativas de estas nuevas tendencias[77].

Como ejemplo paradigmático de la primera tendencia se puede mencionar la teoría del derecho penal de PAGLIARO, sistemática que se encuentra dentro de la concepción bipartita del delito pero con una peculiar estructura. El delito es descompuesto en dos momentos fundamentales: un momento de puro hecho (comprensivo de todas las características objetivas y subjetivas) y un momento teleológico de imputación de ese hecho, como ilícito, a un sujeto determinado. La teoría del delito queda así, consiguientemente, dividida en dos grandes partes: la teoría del tipo del delito y la teoría de la imputación del hecho, como ilícito, a un determinado sujeto.

El tipo de delito es el tipo jurídico que está en el centro del injusto penal. Este comprende todos los requisitos, objetivos y subjetivos, que son necesarios para que se produzca la consecuencia jurídica. En este momento se prescinde de cualquier consideración al dato de que el hecho haya sido perpetrado por cierto sujeto. En cambio, la referencia teleológica dirigida a la persona del autor, y a los requisitos que este debe reunir para que pueda recibir la sanción jurídica, es objeto de estudio de la teoría del reo[78]. De otra parte, con este concepto tan amplio de tipo, el autor italiano establece una unión entre la teoría jurídica del delito y la teoría general del derecho[79].

En el particular sistema de PAGLIARO, uno de los elementos que coadyuvan a la gravedad de la incriminación de forma más relevante es la conducta. Esta es entendida como una voluntad que se realiza, y comprende todos los elementos que van referidos tanto al querer como a su expresión material, es decir, a su realización. Sin embargo, en tanto que conducta típica y antijurídica, el contenido de la voluntad y de la exteriorización mutativa no son considerados elementos constitutivos de la misma, aun cuando forman parte del ámbito de la tipicidad. Entendida, de esta forma, la conducta es el concepto superior sobre el que se estructura todo el delito, y al cual va referido tanto el comportamiento doloso como imprudente, activo como omisivo[80].

[75] FERRANDO MANTOVANI, *Diritto penale*, parte generale, 3ª ed., Padova, 1992, pág. 339.

[76] ROMANO, *Ibidem*. Son autores que siguen la concepción bipartita del delito en Italia, entre otros, MANZINI, FLORIAN, PAOLI, SANTORO, RANIERI, ANTOLISEI, PISAPIA y NUVOLONE. Al respecto, FERRANDO MANTOVANI, *Diritto penale...*, cit., pág. 138, nota 7 (autor que se encuentra dentro de esta doctrina).

[77] Esta clasificación es mantenida, entre otros, por FIORELLA, *Reato in generale...*, cit., pág. 786. Un moderno análisis de alguna de las posiciones señaladas, con extensa referencia bibliográfica en VINCENZO MAIELLO, "La clemenza tra dommatica e politica criminale", Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1992, págs. 1029 y ss.

[78] ANTONIO PLAGIARO, *Principi di diritto penale*, parte generale, 3ª ed., Milano, 1987, pág. 260.

[79] En efecto, entendido el concepto de tipo en la teoría general del derecho como el conjunto de presupuestos a los que aparece ligada una consecuencia jurídica (en este sentido, por todos, COBO-VIVES, *Derecho penal*, parte general..., cit., pág. 241), el concepto de tipo penal empleado por PAGLIARO no es muy diferente de este que se acaba de enunciar, más bien representa una especificación del mismo.

[80] PAGLIARIO, *Principi di diritto penale...*, cit., págs. 263 y 264.

En el marco metodológico, el autor parte del primado en virtud del cual en derecho penal no todo comportamiento humano es relevante, sino solo aquel que desde el punto de vista objetivo o subjetivo corresponde con la descripción legal señalada en el Código Penal y teleológicamente adquiera la función de ser apto para la prevención general. De ahí que hable de conducta ilícita (que es algo más que la conducta típica) como concepto superior del tipo de delito, integrado este por el dolo o la culpa (aspecto subjetivo) y la acción y omisión en sentido estricto como realización externa de la voluntad, el resultado y la relación de causalidad (aspecto objetivo). Estos constituirían sus componentes fundamentales. El segundo momento de la estructura del delito viene establecido por la teoría del reo, en el que se incluye, entre otros, el estudio de la teoría normativa de autor, la teoría de la imputabilidad o la peligrosidad.

En este apretado resumen de la singular propuesta sistemática de PAGLIARO se puede observar el reflejo teñido de funcionalismo si se observa su particular concepción de la norma, especialmente en su función cultural en la fase de aplicación de la misma que viene orientada fundamentalmente por razones de prevención. Esta consideración se refuerza cuando se observa que se centra la atención, como acabamos de explicar, no tanto en el concepto de tipo como en la relación establecida entre tipo y autor[81].

Pero la sistemática del profesor itlaiano se puede también calificar así de *teleológica* por esta misma razón, porque la construcción teórica del tipo está finalmente orientada por el momento de la imputación del hecho a un cierto sujeto. En efecto, la teoría del reo que sustenta el autor, presupone considerar el tipo, en cierta medida, como obra de un determinado sujeto[82].

Incluso el componente considerado como más importante del tipo de delito, la conducta, es también definida con base a un doble carácter conceptual, y es que tanto su estructura de acción y su función teleológica expresan la razón fundamental de la imputación del ilícito al mismo autor que la ha realizado. El análisis de PAGLIARO representa así, en definitiva, tal y como se señalaba líneas atrás, en síntesis de las posiciones sistemáticas funcionalistas y teleológicas del actual derecho penal.

Otras modernas tendencias teleológicas, ahora desde el punto de vista valorativo, intentan en Italia reconstruir la actual estructura del delito y superar la clásica problemática ceñida a la polémica de la tripartición-bipartición. Algunos autores, en esta línea de pensamiento, partiendo del principio de ofensividad como criterio rector tanto de la elaboración como también de la interpretación de la ley penal, prescinden del concepto de acción como punto de partida de la construcción del sistema y explican teóricamente sus diversos elementos desde una prisma objetivo y externo, cual es el representado por el resultado. En consecuencia, el bien jurídico ofrece siempre una pauta teleológica que determina el límite de la pena con base

[81] Un profundo examen de la concepción de PAGLIARO y su relevancia en el ámbito de la tipicidad y antijuridicidad en MASSIMO DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, págs. 151 y ss.

[82] DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato...*, cit., pág. 154.

a la lesividad del delito y no atendiendo a meros componentes anímicos del sujeto. Es esta la sistemática presentada por FIORELLA[83]. Claro está, que al reconocer el autor en el ámbito de las causas de justificación, además de los componentes objetivos de la ponderación de bienes jurídicos y la idoneidad de la acción para salvar el más relevante, la dirección de la voluntad del agente dirigida a tal fin (a mantener la primacía del interés más relevante), se ve obligado a ubicar, consecuentemente, esas situaciones de exclusión del injusto entre la antijuridicidad y la culpabilidad[84].

También en la moderna literatura italiana se puede observar la gran influencia de los principios constitucionales básicos en la teoría jurídica del delito. Esta idea está latente en el tratado de MANTOVANI, el cual intenta conjugar una visión realista del derecho penal con la necesaria garantía de los principios penales fundamentales de la dogmática moderna. A tal fin, en el ámbito metodológico acude constantemente al "banco de pruebas" que representa la criminología para completar el examen de las categorías más importantes del sistema penal.

El primer momento de la propuesta metodológica de MANTOVANI se apoya en la fase técnico-dogmática, que es considerada como imprescindible, en la medida en que aporta racionalidad a las diferentes nociones del pensamiento jurídico, evitando la aplicación de la ley en términos intuitivos y sentimentales. Pero, en segundo lugar, se considera como exigencia ineludible el entendimiento de la pluridimensionalidad de la disciplina penal en orden a la obtención de un conocimiento más profundo y real de la materia objeto de la investigación. El tercer momento metodológico que es tenido en cuenta por el autor hace referencia a la consideración de cada una de las instituciones penales en términos problemáticos, debiendo ser estas examinadas a la luz de los movimientos ideológicos y políticos en los que encuentran su origen. El último momento del análisis metodológico vendría dado, en el sentido aceptado ya comúnmente, por la crítica. Postula, en fin, en favor de una ruptura del nacionalismo en la dogmática penal para pasar a integrar un movimiento internacional en el que confluyan el tecnicismo jurídico con otras disciplinas más empíricas, como es el caso de la criminología[85].

Coherente con estos postulados metodológicos, el autor mantiene la estructura bipartita del delito, que ofrece una perspectiva más sustancial de su examen, y examina las diferentes categorías teniendo muy presente las referencias criminológicas que se derivan de las mismas. El desarrollo de la teoría del delito recibe constantemente el influjo de la Constitución italiana, hasta tal punto que una parte importante del ilícito es explicada a través de principios que encuentran su fundamento en

[83] FIORELLA, *Reato en generale...*, cit., pág. 807.

[84] FIORELLA, *Reato en generale...*, cit., pág. 810. El autor intenta superar el modelo tripartito al reconocer, apoyándose en el derecho positivo, los elementos negativos del tipo. Pero como admite en materia de justificación elementos subjetivos, se ve obligado a incardinar los supuestos de causas de justificación entre el componente objetivo y subjetivo. Su modelo es, pues, mixto porque parte de la premisa fundamental de la bipartición pero acepta una categoría intermedia.

[85] MANTOVANI, *Diritto penale*, parte generale..., cit., págs. 274 y ss.

el texto constitucional. Así, la teoría del delito se estructura en torno al principio de materialidad (aquí se examinan la acción, el resultado y la relación de causalidad), el principio de ofensividad (en el que tiene cabida el estudio del objeto del delito, el sujeto pasivo y las eximentes) y el principio de subjetividad (en el que se estudian la culpabilidad, el dolo y la culpa, la preterintencionalidad, las causas de exclusión de la culpabilidad y la responsabilidad objetiva). La imputabilidad y otros problemas como la peligrosidad reciben un tratamiento aparte de la teoría del delito, en un apartado dedicado al autor del hecho penal.

En esta misma posición de revisar la dogmática tradicional en favor de un mayor acercamiento a la realidad se encuentra BRICOLA. Sin llegar a rechazar totalmente el criterio metodológico aportado por la dirección técnico-jurídica, critica, sin embargo, su falsa y aparente neutralidad en su alejamiento de esa realidad de la vida social que viene representado en un excesivo formalismo jurídico. Y esto es debido a que, al ser relegada la elaboración sistemática a un proceso de análisis y clasificación de conceptos en función de su efectividad sancionatoria, se reproduce de esta forma el *status quo* punitivo que siempre alcanza a los sectores sociales más débiles[86].

Para superar esta situación a la que conduce la dirección dogmática clásica, el análisis y estudio de todos los conceptos e instituciones de la parte general del derecho penal, en consecuencia, debe ser reconducido a un examen crítico acerca de su legitimidad, que en un Estado de Derecho equivale a decir legitimidad constitucional. Trasladada esta consideración a la teoría del delito, el punto de gravedad sobre el que se conforma toda su estructura va a ser el bien jurídico, puesto que en la tutela del interés jurídico reside la fundamentación de la consecuencia jurídica. El examen del bien jurídico realizado con base a criterios lógico-formales conduciría a una continua justificación de intereses ideológicos escondidos en el disfraz jurídico que favorece a un sector dominante de la sociedad. De ahí que, en una auténtica lectura democrática del objeto de tutela, este tenga que ser reconducido a un valor reconocido constitucionalmente. Es la conocida tesis que, con el fin de vincular al máximo al legislador, determina que todos los bienes jurídicos relevantes penalmente deben ser extraídos del texto fundamental. El bien jurídico, a su vez, constituye una pauta fundamental de interpretación de todas las nociones implicadas en la teoría jurídica del delito, que queda así descubierta ante toda falacia dogmática (empleando el término en el sentido peyorativo de la palabra) y, por otra parte, se encuentra así una pauta de racionalización del sistema[87]. La posición de este autor italiano, que también se puede considerar en alguna medida como teleológica, ha tenido gran acogida en la doctrina de su país e incluso en la nuestra[88].

[86] Esta idea late constantemente en FRANCO BRICOLA, "Teoria generale dei reato", en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, págs. 15 y ss.

[87] Tesis mantenida a lo largo del citado trabajo "Teoria generale del reato". También FRANCO BRICOLA, "Rapporti tra dommatica e politica criminale", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1988, págs. 3 y ss.

[88] Al respecto, con ricas referencias bibliográficas, DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato...*, cit., págs. 164 y ss.

Dentro del teleologismo valorativo italiano, existen también propuestas sistemáticas que intentan conjugar principios rectores del derecho penal italiano con las tendencias postfinalistas alemanas. Es este el caso de la propuesta de FIANDACA-MUSCO, que, como ellos mismos reconocen, parte de una perspectiva metodológica teleológicamente orientada, que se inclina a construir las categorías dogmáticas teniendo en cuenta la específica función que estas desarrollan dentro del sistema jurídico considerado[89]. Se pretende de esta forma mantener la construcción conceptual clásica que proporciona seguridad y garantía en la aplicación del derecho penal sin olvidar, al mismo tiempo, que la definición de las nociones básicas del derecho penal cumplen también una importante función político-criminal.

Con estas premisas básicas, la tipicidad se concibe no solo como descripción legal del hecho punible, sino también como específica forma de agresión al bien jurídico protegido[90]. El bien jurídico es componente fundamental del delito y criterio teleológico relevante en la medida en que la dirección de la función de tutela de la norma penal refleja una pauta de interpretación que permite explicar racionalmente todo el sistema.

La sistemática tripartita de los autores citados tiene un común con la gran mayoría de la doctrina italiana el fundamento objetivo de la antijuridicidad. Sin embargo, su concepción presenta dos innovaciones respecto de la teoría tradicional en Italia, que reflejan una notable influencia de la reciente dogmática alemana.

De una parte, la construcción sistemática de la teoría del delito se realiza separadamente, examinando las diferentes nociones y principios de forma específica en cada una de las tipologías en las que se subdivide el ilícito: delito doloso, delito culposo, delito activo y delito omisivo[91]. La segunda novedad sistemática, también de indudable influencia germánica, consiste en la aceptación de la consecuencia sistemática que reclama una doble función del dolo y de la culpa. En efecto, de una parte, el dolo representa un elemento constitutivo del hecho típico en la medida en que la voluntad criminal tiene relevancia, también desde una perspectiva objetiva, cuando esta se traduzca en realización. En este mismo plano, se dice que el dolo comporta la dirección lesiva de la acción y conforma así el perfil de la tipicidad. La segunda, y no menos importante función del dolo, consiste en integrar la forma más grave de culpabilidad. La lesión personal del bien jurídico, de esta forma, es reprochada con mayor energía al autor que produce intencionalmente semejante menoscabo, que aquella realizada violando el deber de cuidado que debía haberse observado. El dolo, desde esta perspectiva, se sitúa tanto en la tipicidad como en la culpabilidad[92].

[89] FIANDACA-MUSCO, *Diritto penal*, parte generale..., cit., pág. 139.

[90] FIANDACA-MUSCO, *Diritto penal*, parte generale..., cit., pág. 141.

[91] FIANDACA-MUSCO, *Diritto penal*, parte generale..., cit., pág. 150. Esta tesis ya había sido postulada con anterioridad por GIORGIO MARINUCCI, *El reato come azione. Crítica de un dogma*, Milano, 1971, pág. 135. Sobre la influencia de la moderna dogmática alemana en Italia, el interesante trabajo de GIULIANO VASALLI, "Il fatto negli elementi del reato". *Studi in memoria de Giàcomo Delitala*, tomo III, Milano, 1984, págs. 1643 y ss.

[92] FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, parte generale..., cit., pág. 261.

Para finalizar este rápido recorrido por alguno de los caminos que marcan las actuales tendencias italianas, haremos mínima referencia a la doctrina finalista. En general, la doctrina de la acción final no ha sido adoptada por la moderna dogmática italiana. Pero, al contrario, de lo que sucedía en Alemania, dicha concepción tampoco ha aportado de forma general alguna de las consecuencias reflejadas en la teoría del delito (que tanta importancia han tenido en el país germánico), como el trasladar el dolo de la culpabilidad a la tipicidad (con excepción de PAGLIARO, pero con fundamentos totalmente distintos) o establecer un tratamiento diferenciado de los tipos doloso, culposo, activo u omisivo (con excepción de los señalados FIANDACA-MUSCO y MARINUCCI). Por el contrario, la importancia que se le otorga en este país al bien jurídico y a los principios constitucionales en el orden jurídico-penal, determinan un total predominio de la concepción objetiva de la antijuridicidad, de la relevancia del desvalor del resultado y provoca el generalizado rechazo del concepto personal de injusto[93].

La teoría finalista del delito, no obstante, ha tenido algunos seguidores. En este punto se sumaron a dicha tesis SANTAMARÍA[94], LATAGLIATA[95] y como uno de sus últimos representantes, MORSELLI[96].

Tras esta breve exposición, vamos a resumir, para finalizar el subapartado, las líneas generales en las que se desarrolla la actual dogmática penal italiana. Somos conscientes de que no se han incluido importantes representantes de esta y otras corrientes de gran peso en la disciplina jurídico-penal[97]. Pero los límites naturales de este tipo de trabajo justifican la abreviación, en la medida de lo posible, de la consiguiente explicación.

Haciendo resumen de todo lo expuesto con anterioridad, se puede decir que la actual situación de la dogmática penal en aquel país es el resultado de una serie de factores metodológicos y legislativos que determinan unos perfiles y características muy especiales. La dirección técnico-jurídica, y sus dos revisiones fundamentales representadas por el teleologismo de BETTIOL, de una parte, y el realismo de ANTOLISEI, de otra; constituyen las claves a partir de las cuales se puede explicar los actuales modelos jurídico-penales.

[93] Esta tradición objetivista en Italia ha sido marcada notablemente por el propio derecho positivo. Así, como señala el propio ROMANO (*Commentario sistematico...*, cit., pág. 283), en el Codice Penale, el art. 43, en la medida en que conecta siempre el resultado al dolo y a la culpa; el art. 49 en relación con el 56, en tanto que se excluye la punibilidad del delito imposible y la tentativa inidónea y; en fin, en materia de circunstancias atenuantes y eximentes, que también se fundamentan de forma objetiva, pues disminuyen o excluyen la pena aun cuando el agente las desconozca o por error las estimase inexistentes y se proyecte el resultado objetivo (art. 59).

[94] DARÍO SANTAMARÍA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli, 1955.

[95] ANGELO RAFFAELE LATAGLIATA, "La situazione attuale della dottrina finalistica dell'azione", *L'Indice Penale*, núm. 2, 1991, págs. 281 y ss. Citamos el último de sus trabajos, tras su fallecimiento, en el que se encuentra resumida tanto su posición como la de su predecesor.

[96] ELIO MORSELLI, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padova, 1989, págs. 3 y ss.

[97] Una panorámica general centrada en determinados autores de gran relevancia, se ofrece en MORILLAS CUEVA, *Metodología y ciencia penal*, Granada, 1991, págs. 222 y ss.

En esta línea de pensamiento, los planteamientos sustancialistas que buscan una coordinación armónica entre la construcción y sistematización conceptual y la realidad de la vida social, suelen partir de un modelo bipartito, con fuerte influencia de la tradición jurídico-penal italiana y propuestas singulares conformadas por exigencias jurídicas y sociales autóctonas (así MANTOVANI o PAGLIARO).

Otra tendencia, que tiene un origen en parte germánico, se ha desarrollado ulteriormente también de forma autónoma, y adquirido una especial idiosincrasia. Es la doctrina que suele postular en favor de una concepción tripartita y que intrepreta las nociones fundamentales del derecho penal tomando como presupuesto el objeto de protección de la norma. Estas sistemáticas construyen la elaboración conceptual atendiendo, fundamentalmente, a la función que desempeña cada uno de los componentes en relación al bien jurídico y de ahí que se califiquen de teleológicas (ROMANO, más cerca del modelo germánico, FIANDACA-MUSCO).

Pero, aparte de estas dos grandes concepciones, que a su vez se interrelacionan en espacios comunes, existen una serie de características que son propias y definitorias de casi el entero sistema penal italiano. Así se destaca la gran influencia de los principios constitucionales en la construcción de la teoría del delito, la importancia central que adquiere el bien jurídico y la consiguiente objetivización de la casi total mayoría de las propuestas sistemáticas. En consonancia con estos presupuestos, ni la doctrina de la acción finalista, ni las consecuencias fundamentales de su específica concepción metodológica han tenido mayor relevancia, fuera de algunos intentos aislados de trasladar este planteamiento.

Sin duda alguna, todas estas características son el fruto de una peculiar tradición en la construcción científica del derecho penal y de las propias exigencias del ordenamiento jurídico positivo italiano que favorece la elaboración de teorías del delito desarrolladas sobre bases objetivas y materiales.

4. LAS ACTUALES CORRIENTES JURÍDICO-PENALES EN ESPAÑA

En este último apartado se van a repasar sumariamente las actuales tendencias dogmáticas en España, ciñéndonos especialmente, tal y como ha sido hasta ahora regla general, al campo de la teoría jurídica del delito.

En líneas generales, frente al desenvolvimiento de la dogmática italiana que ha tomado rumbo por sus propios cauces, los diferentes planteamientos metodológicos en nuestro país han recibido un notable influjo de la doctrina germánica, hasta tal punto que, como enseguida tendremos ocasión de comprobar, las tendencias y modelos que se presentan en Alemania se ven reproducidos, de forma paralela, en nuestro país. De ahí que sigamos un esquema similar al desarrollado en su momento en la presente explicación.

A) *Introducción*

Uno de los primeros trabajos dogmáticos llevado a cabo en tierra hispana es el que corresponde con el segundo tomo de la obra de SILVELA, *El derecho penal*

estudiado en principios y en la legislación vigente en España[98]. El tratado de este autor, sin que pueda ser incardinado claramente en ninguna de las corrientes señaladas, representa una de las primeras investigaciones desarrolladas bajo los presupuestos del formalismo jurídico escrita en lengua española[99]. Ideas básicas de su pensamiento, como el cometido de la ciencia del derecho penal (que viene a sintetizar el ideal de justicia y las condiciones históricas determinantes del derecho positivo actual para perfeccionarlo) y el criterio metodológico empleado en el estudio del derecho, denotan ya una capacidad en la construcción científica del mismo más allá de la mera exégesis[100].

El positivismo jurídico se introduce en España fundamentalmente a través de la traducción de obras dogmáticas de gran relevancia en Alemania. Así, en 1913 BALLBE publica en España la teoría del delito de BELING[101] y entre los años 1914 y 1917, SALDAÑA y JIMÉNEZ DE ASÚA tradujeron el tratado de VON LISZT[102], una de las piezas fundamentales en la construcción clásica del derecho penal.

Sin embargo se suele citar como primera obra dogmática española propia y autónoma la lección inaugural del curso académico 1931-1932 impartida por el profesor LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA[103]. En su lección magistral, el maestro español, al igual que hiciera ROCCO en su discurso de 1910, critica el actual estado de la ciencia penal española y postula por el estudio dogmático del delito siguiendo las tendencias que marcaron primero Alemania y después Italia[104]. El autor toma así los presupuestos metodológicos fundamentales de la escuela clásica, en particular, la teoría

[98] LUIS SILVELA, *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, tomo II, 1ª ed., Madrid, 1879, 2ª ed., Madrid, 1903.

[99] MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal...*, cit., pág. 272.

[100] En relación a las peculiaridades metodológicas de SILVELA, JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS, "Sobre los orígenes y principios del método dogmático en la teoría del delito", *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, págs. 113 y ss.

[101] FAUSTINO BALLBE, "La dogmática del delito según Beling", en *Anales de la Junta para la Ampliación de Estudios e Investigación Científicos*, págs. 147 y ss. (cita que tomamos de MIR PUIG, *Introducción...*, cit., pág. 273, nota 272).

[102] Nos referimos a la traducción de la 18ª ed., tomos I-III, por QUINTILIANO SALDAÑA y LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, Madrid, 1914-1917.

[103] LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito. Discurso leído en la solemne inauguración del curso académico 1931-1932*, Madrid, 1931. En este sentido, ha señalado DEL ROSAL, que a partir de este discurso se despertó un interés técnico-dogmático dentro de la ciencia del derecho penal que no había conocido precedente alguno. JUAN DEL ROSAL, "Überlick über der Entwicklung der Strafrechtwissenschaft in Spanien während der letzten fünzig Jahre", *ZStW*, núm. 67, 1955, págs. 145 y ss. y 156.

[104] "Sigo, pues, la corriente moderna que sitúa de nuevo el delito y la pena en el cauce jurídico. Hay que trabajar sin descanso para cubrir las etapas que las otras ramas del derecho hicieron lentamente y que el derecho penal no pudo andar por hallarse detenido ante la valla de la "escuela positiva". En países como Alemania, donde se saltó el obstáculo con el primer impulso, el progreso técnico-jurídico del derecho penal no se detuvo. Por eso ARTURO ROCCO —en la propia Italia— dice que es urgente imitar a los tudescos y tomerles como paradigma en cuanto a la técnica de la ciencia jurista del delito... la técnica jurídica gana hoy el derecho penal, que vuelve a la casa solariega del derecho". JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito...*, cit., págs. 26 y 27.

jurídica de BELING y MAX ERNEST MAYER, y a partir de ahí considera la esencia técnico-jurídica del delito en los caracteres de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad[105]. Se introduce así en España, directamente y sin el recurso a la traducción de una obra germánica, la teoría clásica del delito. De esta forma, la acción, o acto, se define como conducta humana voluntaria que produce un resultado[106]. Y la tipicidad, de manera provisional, se concibe como la descripción objetiva por parte del legislador del acto incriminable[107].

La posición del autor se inscribe así claramente en la teoría clásica del delito. La acción, como hemos visto, se contempla causalmente como manifestación exterior de la voluntad que produce un resultado. La tipicidad es concebida como pura descripción objetiva, hasta tal punto, que elementos normativos o subjetivos del tipo son entendidos como supuestos extraños de traslación de la antijuridicidad o culpabilidad, respectivamente al tipo[108]. La antijuridicidad, en cambio, la entiende en sentido material y totalmente valorativa, incluso coloreada de cierto iusnaturalismo, en tanto que la conducta típica debe suponer una violación de las normas de cultura reconocidas por el Estado (tesis de M. E. MAYER[109]). En fin, la culpabilidad es definida también en términos clásicos como nexo ético y psicológico que liga al autor con el acto u omisión perpetrados y que se plasma en dolo o en culpa[110].

Tras la irrupción de la metodología dogmática en el campo de la teoría jurídica del delito a través, fundamentalmente, del trabajo de JIMÉNEZ DE ASÚA, la ciencia penal española de las siguientes décadas se va a desarrollar siguiendo la línea que marcó el que fuera profesor en Madrid, es decir, siguiendo principalmente las corrientes alemanas.

Así, en 1935 se introduce en España el tratado neokantiano de MEZGER con la sola traducción y anotaciones de RODRÍGUEZ MUÑOZ[111], que tendrá una gran repercusión en la evolución de la moderna doctrina penal española.

La teoría clásica del delito, en términos similares a los expresados por JIMÉNEZ DE ASÚA, fue desarrollada en el ámbito del derecho positivo español por CUELLO CALÓN[112] en las primeras ediciones de su manual. Sin embargo, la importada teoría

[105] JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito...*, cit., págs. 28 y 29.

[106] JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito...*, cit., pág. 31.

[107] JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito...*, cit., pág. 35. Sin embargo, el autor critica la segunda versión de la teoría del tipo de BELING de 1930.

[108] "Ya afirmé que en la pura doctrina del tipo este es una pura descripción objetiva, y que la antijuridicidad y la culpabilidad son caracteres distintos: *pero a veces aparecen formas anormales de tipicidad en que figuran elementos normativos atinentes a la antijuridicidad o elementos subjetivos referentes a la culpabilidad*" (el subrayado es nuestro), JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito...*, cit., pág. 53.

[109] JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito...*, cit., pág. 77.

[110] JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito...*, cit., pág. 87.

[111] EDMUND MEZGER, *Tratado de derecho penal*. Traducción y notas de ARTURO RODRÍGUEZ MUÑOZ, tomos I y II, Madrid, 1935.

[112] Así, EUGENIO CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, tomo I, parte general, 5ª ed., Barcelona, 1940. Este autor mantiene una estructura clásica que se observa, entre otras circunstancias, en la adopción de un concepto causal de acción, así como en su consideración exclusivamente objetiva y formal de la antijuridicidad (págs. 293 y ss.). También en el ámbito de la culpabilidad, al igual que los causalistas tradicionales, sigue estableciendo su razón fundamental en atención a una conexión psicológica entre el heccho y su autor, aun cuando no se desprecia el carácter reprochable del hecho (pág. 298). Esa

neoclásica del delito va a ser pronto adaptada en parte a las exigencias de nuestro ordenamiento positivo por ANTÓN ONECA[113].

A partir de este momento, la tendencia predominante en las obras de la parte general del derecho penal en España ha sido neoclásica o también denominada causalista-valorativa[114], pues se caracteriza por mantener un concepto causal de acción, una concepción valorativa del tipo, material y objetiva de la antijuridicidad y normativa en lo que respecta a la culpabilidad[115]. Se pueden citar aquí, como más representativos de esta dirección, los siguientes autores: el propio JIMÉNEZ DE ASÚA[116], QUINTANO RIPOLLÉS[117], DEL ROSAL[118], RODRÍGUEZ DEVESA[119] y SAINZ CANTERO[120].

La teoría final del delito fue dada a conocer en España por el mismo autor que introdujo la concepción neoclásica del ilícito a través de la traducción del tratado de MEZGER, es decir, por RODRÍGUEZ MUÑOZ[121]. De otra parte, la traducción del

concepción psicológica de la culpabilidad late con fuerza en la obra del autor cuando señala "la culpabilidad, cualesquiera que sea la doctrina que sobre ella se acepte, es una relación psíquica de causalidad entre el agente y su hecho" (pág. 300).

113 JOSÉ ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, tomo I, parte general, Madrid, 1949. Se puede decir que este autor mantiene la teoría neoclásica del delito. Define la acción causalmente (movimiento corporal voluntario que produce un cambio en el mundo exterior, pág. 161). Sin embargo, existe cierta influencia de la doctrina italiana, en tanto que la antijuridicidad y la culpabilidad son considerados como dos juicios que se corresponden con el elemento objetivo y subjetivo de aquella. El primero representa una desvaloración objetiva de la conducta, el segundo se conceptúa como actuación interna desaprobada por el ordenamiento jurídico (pág. 189). Admite el autor, de igual forma, los elementos subjetivos de la antijuridicidad y también de la justificación cuando excepcionalmente sean reconocidos por el ordenamiento jurídico, si bien entiende que, en cuanto a su naturaleza, son componentes de la culpabilidad (págs. 179 y 180). Esta tendencia neoclásica se observa también cuando se admite la distinción entre antijuridicidad formal y material, aceptando en este sentido la teoría de las normas de cultura de M. E. MAYER (pág. 182). El tipo, de otra parte, no se contempla como lo hiciesen los clásicos, como mera *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, sino que es concebido de forma totalmente valorativa, como *ratio esendi* de la misma (pág. 186). En la culpabilidad, se muestra también claramente su tendencia neokantiana, y acepta la concepción normativa de la misma en los términos que fue desarrollada por FRANK, GOLDSCHMIDT, MEZGER y WOLFF (pág. 190).

114 Calificación utilizada, entre otros, por BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción al derecho penal...*, cit., pág. 165.

115 Un interesante examen del estado actual de las obras generales de derecho penal se encuentra en el trabajo de WALTHER PERRON, "Literaturbericht, Spanien, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Lehrbücher und lehrbuchartige Darstellungen", *ZStW*, núm. 99 (1987); págs. 543 y ss.

116 LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, tomo III, 3ª ed., Buenos Aires, 1965.

117 ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de derecho penal*, tomo I, Madrid, 1963. Si bien es cierto que el autor también se ve influido por la doctrina italiana, e intenta adaptar férreamente su sistema a las exigencias del ordenamiento jurídico español.

118 JUAN DEL ROSAL, *Tratado de derecho penal*, parte general, vol. 1, 1ª ed., Madrid, 1968; aun con la originalidad de mantener un concepto social de acción (pág. 564, 6).

119 JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, parte general, 1ª ed., Madrid, 1970.

120 SAINZ CANTERO, *Lecciones de derecho penal*, parte general, 1ª ed., Barcelona, 1979-1985, (tomos I, II y III).

121 JOSÉ ARTURO RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, 1ª ed., Valencia, 1953.

tratado de MAURACH por parte de CÓRDOBA RODA contribuyó también a una mayor propagación de las ideas finalistas en nuestro país[122].

Cierto es, no obstante, que en la ciencia penal española, al igual que en Alemania, el finalismo ortodoxo no ha impuesto sus tesis fundamentales. Ahora bien, tampoco se puede decir que el mismo suponga una mera anécdota entre las diversas concepciones dogmáticas del derecho penal, como ocurre en Italia. Algunos autores españoles de gran relevancia mantienen las posiciones welzenianas básicas, aun cuando la mayoría de ellos rectifiquen ciertos aspectos más o menos fundamentales de la doctrina alemana. Así, se pueden incluir en esta corriente CEREZO MIR[123], CÓRDOBA RODA[124], SUÁREZ MONTES[125] y LANDECHO[126].

En la moderna teoría española, al igual que sucede en Alemania, la fundamentación metodológica básica del finalismo no ha tenido mucho éxito. Ahora bien, algunas de las consecuencias fundamentales derivadas de las tesis welzenianas en el ámbito de la teoría del delito, son aceptadas hoy por un sector mayoritario de los penalistas españoles. La consideración del dolo en el ámbito de la tipicidad, el examen separado de la estructura del delito activo, omisivo, doloso y culposo; o, en fin, la aceptación de la teoría de la culpabilidad en materia de error de prohibición, son algunos de los postulados sistemáticos que dominan hoy en la literatura penal española. Vamos, sin embargo, a realizar un examen por separado de algunas de las actuales tendencias.

B) *El neoclasicismo español avanzado*

Una corriente neoclásica, en su vertiente más avanzada, viene representada por las obras generales de RODRÍGUEZ MOURULLO y COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN.

122 REINHART MAURACH, *Tratado de derecho penal*. Traducción y notas de derecho español por JUAN CÓRDOBA RODA, 2 tomos, Barcelona, 1962.

123 JOSÉ CEREZO MIR, "El concepto de acción finalista como fundamento del sistema penal", *ADPCP*, núm. XII, 1959, págs. 561 y ss. Del mismo: "Lo injusto de los delitos dolosos en el derecho penal español", *ADPCP*, núm. XIV, 1961, págs. 55 y ss. Del mismo en la traducción y notas de la obra HANS WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal*, Barcelona, 1964. También la obra general de este autor (JOSÉ CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*, parte general, 3ª ed., Madrid, 1985), está inspirada fundamentalmente por las tesis finalistas.

124 Aparte de las notas al Tratado de MAURACH, el trabajo *Una nueva concepción del delito. La doctrina de la acción finalissta*, Barcelona, 1061; si bien es cierto que las peculiaridades del sistema adoptado por el autor obligan a tomar esta afirmación con ciertas reservas. Así, MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal...*, cit., pág. 275. Con las mismas cautelas, este otro trabajo: CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*, Barcelona, 1962.

125 Aun cuando este autor adopte una posición muy crítica respecto de las posiciones finalistas. Así, *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, Madrid, 1963. Más claramente, RODRIGO FABIO SUÁREZ MONTES, "Weiterentwicklung der finalen Unrechtslehre"? *Festschrift für Hans Welzel*, Berlin, 1974, págs. 379 y ss. Sobre las líneas básicas que sigue el autor, BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción al derecho penal...*, cit., pág. 186.

126 CARLOS MARÍA LANDECHO, *Derecho penal español*, parte general, 2 tomos, 2ª ed., Madrid, 1991. El autor mantiene las líneas básicas del finalismo, pero no llega al punto, como muchos otros de sus seguidores, de escindir la teoría jurídica del delito.

El primero se encuentra dentro de una concepción neoclásica del delito en tanto que parte del concepto de tipo como tipo de injusto ("el conjunto de características de la acción prohibida que fundamentan su antijuridicidad")[127], es decir, valorativo y objetivo. No obstante, así entendido, este concepto de tipo sigue contemplándose como *indicio* de la antijuridicidad y no como *esencia* de la misma[128]. La antijuridicidad, al igual que hiciera MEZGER, se concibe como un juicio de desvalor impersonal-objetivo que deriva de la infracción de la norma como norma objetiva de valoración. Admite también, claro está, la existencia de elementos subjetivos del injusto[129]. Aunque el autor solo ha llegado a desarrollar la teoría del delito hasta el momento de la antijuridicidad, se deduce de la colación de diversos países que entiende la culpabilidad como juicio de reproche y que integra en la misma tanto el dolo como la culpa[130]. La sistemática de RODRÍGUEZ MOURULLO, finalmente, se completa con el postulado básico de la comprensión del concepto general de acción, como pilar fundamental de la construcción jurídica del delito, precisamente bajo los presupuestos de la teoría social de la acción[131].

Como neoclasicismo avanzado se puede también definir la sistemática que corresponde con la obra de la parte general de COBO y VIVES. El planteamiento básico en virtud del cual se califica la estructura del delito fundamentalmente como neokantiana no es muy diferente del que se ha expuesto con carácter general ni del señalado respecto del autor anterior. De ahí que, para evitar absurdas reiteraciones, nos limitemos a señalar las peculiaridades propias de su modelo teórico en diferencia con estos otros señalados líneas atrás[132].

Los mentados autores parten de un presupuesto metodológico totalmente deontológico, es decir, "...el análisis de la infracción no adoptará una configuración

[127] GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, parte general, Madrid, 1977, págs. 239 y 240.

[128] RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, parte general..., cit., pág. 261.

[129] RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, parte general..., cit., págs. 327 y ss.

[130] "En la culpabilidad radica el juicio de desvalor que el ordenamiento jurídico *pronuncia sobre el autor*. Se le reprocha personalmente que haya ejecutado la acción injusta cuando debía y podía omitirla, es decir, que haya obrado contra el derecho cuando pudo y debió obrar conforme a derecho" (*Derecho penal*..., cit., págs. 194 y 195). "La presencia de tales características fundamentales de la antijuridicidad no prejuzga aun la presencia de otros elementos esenciales del delito. Por ejemplo, la culpabilidad. Para saber si quien ha matado, encerrado o detenido a otro, o destruido cosas ajenas, actuó culpablemente, hay que tomar en cuenta nuevas características" (imputabilidad del sujeto, dolo o culpa, exigibilidad de conducta adecuada a la norma). *Derecho penal*..., cit., pág. 240.

[131] "En sentido jurídico-penal, llamamos aquí acción a todo comportamiento socialmente relevante dependiente de la voluntad humana". *Derecho penal*..., cit., pág. 209. Su concepto social de acción pretende que "la existencia de una determinada acción no pueda hacerse depender exclusivamente ni de la causación de un determinado resultado ni de una determinada finalidad subjetiva del autor" (pág. 212). De esta forma, el prestigioso penalista intenta superar con su concepto objetivo-social de acción tanto la concepción exacerbadamente naturalista del causalismo como el excesivo subjetivismo de la tesis finalista. De ahí que, frente a la clasificación de PERRON (*Literaturbericht*..., cit., pág. 546), cabe dudar de la clasificación de esta obra como tratado con estructura causal del delito.

[132] En relación a las características más destacables de la propuesta de COBO y VIVES, el reciente trabajo de JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS, "Falsas antimonias en la teoría del delito", *ADPCP*, tomo XLIV, 1991, págs. 791 y ss.

que tome como eje la estructura real del actuar humano constitutivo de delito, sino que atenderá primariamente a la diversificación del juicio normativo en virtud del cual un hecho de la vida social pasa a ser calificado como delito por las leyes penales". En consecuencia, "la estructura del delito quedará así dividida, esencialmente, en dos partes: una, relativa al *juicio de antijuridicidad* en la que se determina si el hecho es o no contrario a derecho de modo relevante para la ley penal y otra, relativa al *juicio de culpabilidad*, en el que se determina si el hecho típicamente antijurídico es personalmente reprochable a su autor"[133]. La estructura bipartita de COBO y VIVES representa, frente a la doctrina tradicional en nuestro país (que adoptaba un sistema trío tetrapartito), un criterio identificativo de su concepción del hecho punible. Este seccionamiento del ilícito penal en dos partes no tiene su origen, como ocurriese en Italia, en la distinción del elemento objetivo y el elemento subjetivo (pues se reconocen, valga la redundancia, los elementos subjetivos del injusto). Su razón de ser radica, como se ha señalado, en la concepción de la norma penal (concepción mezgeriana de la doble función de la norma jurídica, como norma objetiva de valoración y como norma subjetiva de determinación) y del propio entendimiento del tipo de injusto.

En este segundo plano, dos son también las características que diferencian la propuesta sistemática de COBO y VIVES de otros modernos modelos con base en una concepción neokantiana del derecho penal. En primer lugar, el tipo ya no es un mero indicio de la antijuridicidad, o *ratio cognoscendi* sino que, por el contrario, en la tipicidad radica precisamente toda la carga valorativa de la antijuridicidad, es decir, que aquella representa la *ratio esendi* de esta[134]. La segunda peculiaridad en este ámbito consiste en que, también frente a lo que es regla general en la doctrina penal neoclásica española, los autores no fundamentan la base de la teoría general del delito en el concepto general de acción (el cual es rechazado por no cumplir, en ninguna de sus versiones, las cuatro funciones designadas por MAIHOFER), que es sustituido por la categoría del comportamiento típico, siendo este reconducible en última instancia al tipo del injusto[135]. De ahí que esta sistemática no pueda ser ya calificada como "causalista"[136].

Hemos señalado que se admiten los elementos subjetivos del injusto, pero además, en el apartado de la justificación, también se admiten los componentes anímicos

[133] COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, parte general..., cit., pág. 210.

[134] "La realización del tipo es, en cambio, desde un punto de vista material, mucho más que un simple indicio de la antijuridicidad. Desde el momento en que el tipo se concibe como tipo de injusto, su realización comporta la concurrencia del desvalor expresado en la figura legal correspondiente. El tipo es así «portador del injusto». Entendido de este modo no será tan solo indicio de la antijuridicidad, su simple *ratio cognoscendi*, sino su misma esencia, es decir, su *ratio esendi*, con la salvedad de que no se compruebe algunas de las llamadas «causas de justificación»". *Derecho penal*, parte general..., cit., pág. 244.

[135] "La teoría del delito no gira en torno al concepto de acción, que juega, a lo sumo, un papel meramente negativo... El contrato de la teoría del delito se haya, pues, en la doctrina del tipo". *Derecho penal*, parte general..., cit., pág. 291.

[136] En contra, PERRON, *Literaturbericht*..., cit., pág. 545.

en las diferentes causas de exclusión de la antijuridicidad, incluso optando en favor del criterio decisivo que otorga el carácter de justificado a la conducta típica la virtualidad *ex ante* de la acción justificante sin necesidad de que se produzca el resultado de salvamento del bien jurídico de mayor relevancia[137]. Se ha de señalar, finalmente, que la culpabilidad se concibe también como juicio de reproche cuya estructura viene integrada por los momentos de capacidad de culpabilidad (imputabilidad), formas de culpabilidad (dolo y culpa), exigibilidad y, en algunos supuestos, especiales características de la culpabilidad[138].

En resumen, las actuales tendencias valorativas y objetivistas de la teoría del delito en España toman como punto de partida la estructura neoclásica del hecho punible, pero añaden elementos diferenciadores sustanciales para acomodar el modelo tanto a los planteamientos básicos del correspondiente autor, como por propias exigencias del ordenamiento positivo. Sin embargo, existe un componente añadido que no es muy común en las diversas concepciones germánicas, cual es este que viene representado por la importancia otorgada a los principios básicos que inspiran el derecho penal (principio de legalidad, de intervención mínima, de culpabilidad, etc.), especialmente en su relación derivada con la Constitución. Al igual que ocurriese en Italia, las sistemáticas valorativas conectan estos postulados fundamentales con los diferentes componentes esenciales de la estructura del delito, especialmente con su objeto, el bien jurídico, superándose así un excesivo formalismo achacable a ciertos planteamientos germánicos.

C) *El moderno funcionalismo. El postfinalismo español*

Hemos señalado con anterioridad que, aun cuando el finalismo no ha tenido muchos seguidores en nuestro país, algunas de sus consecuencias fundamentales, sin embargo, han sido aceptadas por un importante sector doctrinal en España que constituyen en la actualidad una corriente, con diversas tendencias, mayoritaria. Vamos a exponer, seguida y separadamente, alguna de las posiciones más relevantes de las que se encuentran en esta dirección.

Las tendencias funcionalistas o racionalistas en relación al fin son las más importantes dentro de aquellas sistemáticas que aceptan las consecuencias fundamentales del finalismo, si bien desde un punto de vista metodológico totalmente distinto. El examen de los diversos componentes de la estructura el delito se realiza, no en atención a elementos valorativos que derivan de la consideración del objeto de protección de la norma (metodología teológico-valorativa), o con base en un concepto ontológico y final de acción (metodología finalista), sino en referencia a la respectiva función que representa cada componente del ilícito, poniendo el acento en los fines que persigue la respectiva norma penal o su consecuencia jurídica fundamental: la pena.

[137] COBO-VIVES, *Derecho penal*, parte general..., cit., págs. 356 y 357.

[138] COBO-VIVES, *Derecho penal*, parte general..., cit., págs. 424 y 425.

Desde estas premisas básicas, construye GIMBERNAT su sistema de derecho penal. Ahora bien, frente a las concepciones funcionalistas germánicas que se apoyan (sobre todo las más radicales) en la teoría sociológica de los sistemas, la propuesta del autor español se desarrolla en atención a ciertas consideraciones científicas derivadas de las tesis del moderno psicoanálisis postfreudiano[139]. De esta forma, se pretende fundamentar racionalmente la función que cumple la institución de la pena, que ya no puede ser la justa retribución por el mal causado, sino, por el contrario, "la tarea que la pena tiene que cumplir es la de reforzar el carácter inhibidor de una prohibición, la de crear y mantener en los ciudadanos los controles que han de ser más vigurosos cuanto mayor sea la nocividad social de un comportamiento"[140]. La pena es concebida así como un importante instrumento de política social, es un medio de encauzamiento de conductas a través de la compulsión psicológica que produce en el individuo la amenaza del mal que representa la sanción. La gravedad de la pena, a su vez, se determinaría en atención a la entidad del bien jurídico, cuestión que parece resolverse considerando la conmoción social que produce el ataque antijurídico, y según que la modalidad de la agresión sea dolosa o culposa[141]. La función de la pena, pues, consiste básicamente en mantener la prevención general, en evitar la comisión futura de delitos para preservar la convivencia social ante la inseguridad que supone un alto índice de criminalidad. Criterio rector de todo su sistema es también, en otro plano, la consideración de que la actividad represiva del poder público tiene un límite en el Estado de Derecho, y este reside en que la pena solo puede imponerse, en la medida en que implica un notable sacrificio de derechos del individuo, en tanto y en cuanto su aplicación sea necesaria para prevenir el delito. La necesidad de pena se constituye así en principio general de toda la construcción sistemática del autor citado.

De lo señalado líneas atrás se deduce que, para GIMBERNAT, la norma penal es fundamentalmente norma de motivación. A partir de esta consideración en relación con lo dicho en materia de consecuencia jurídica, extrae todos los presupuestos sobre los cuales estructura su teoría jurídica del delito.

De esta forma, el tipo se define en atención a su función, función motivadora que determina su propio ámbito conceptual: "...en él tienen cabida todos aquellos elementos que integran la descripción de la conducta cuya no comisión se quiere motivar. La problemática de qué es lo que pertenece al tipo es la problemática de cuál es la conducta que el legislador quiere evitar"[142]. De ahí se sigue que,

[139] ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal"?, en *Estudios de derecho penal*, Madrid, 1976, págs. 64 y ss. Existe una tercera edición de esta obra Madrid, 1990, en la que también se contiene este, págs. 140 y ss. y otros artículos que mentaremos ulteriormente. Pero, dado que el contenido de los mismos no ha variado, seguiremos citando la primera edición.

[140] GIMBERNAT ORDEIG, "¿Tiene un futuro la dogmática...?", cit., págs. 70 y 71.

[141] GIMBERNAT ORDEIG, "¿Tiene un futuro la dogmática...?", cit. págs. 73 y ss.

[142] GIMBERNAT ORDEIG, "El sistema de derecho penal en la actualidad", en *Estudios de derecho penal...*, cit., pág. 94. En otro pasaje de este mismo trabajo el autor señala: "Sabemos ya en qué consiste y cuál es el tipo penal. Consiste en la descripción de la conducta prohibida y su fin es el de motivar —mediante la amenaza con una pena— para que dicha conducta no se cometa", pág. 97.

si el legislador quiere evitar comportamientos intencionales que lesionan un determinado bien jurídico, el elemento volitivo se tenga que encontrar dentro del marco objeto de prohibición y, por tanto, "el dolo es un elemento del tipo de los delitos dolosos, ya que es elemento esencial de la descripción de la conducta prohibida"[143]. Es así como, por vía distinta al finalismo, se llega a la conclusión de que el dolo se encuentra dentro del tipo. Este mismo hilo argumentativo es trasladado al delito imprudente, y de igual forma, en la medida en que la pena puede inhibir el comportamiento negligente mediante la amenaza del mal que la misma representa, el deber de cuidado se incluye también en la tipicidad. Esto es reforzado con la idea que constantemente gira en toda su propuesta sistemática "no son causaciones de resultados —solo constatables *ex post*—, sino conductas dolosas o imprudentes lo único que la amenaza con una pena puede inhibir y —de esta manera— prevenir; por ello, solo la conducta dolosa y —si el legislador quiere ampliar aún más el ámbito de protección del bien jurídico— la imprudente puede ser objeto racional de tipificación: la cuidadosa se impone por falta de tipicidad"[144]. Partiendo de este concepto amplio de tipo de injusto como descripción de lo prohibido, se lleva a cabo aún una extensión mayor al considerar que el mismo está integrado por el tipo en sentido estricto (positivo) y por la ausencia de las causas de justificación, que, coherente con su posición, quedan definidas como elementos negativos del tipo[145].

El sector de la antijuridicidad se define en atención al ámbito de lo que el legislador ha determinado que quiere prohibir. Es decir, antijurídico es aquello que el derecho desea prohibir *erga omnes*. De ahí que los supuestos de inexigibilidad, que no son amenazados con pena, no porque esta no resultase eficaz, sino por el simple hecho de que el legislador no pretende inhibir de forma general la conducta lesiva al bien jurídico en determinadas circunstancias, sean considerados como causas de justificación y no de exculpación[146]. El sector de la culpabilidad, por el contrario, se delimita, no con base en un juicio de reproche, como se ha definido por causalistas, finalistas o partidarios de la concepción social de la acción, sino por meras razones de prevención general y especial en directa relación con el principio de necesidad de pena. En este sector de la culpabilidad se establecen ciertos límites al poder punitivo del Estado en la medida en que se requiere, para que el sujeto pueda ser castigado por la comisión de un comportamiento antijurídico, que haya podido haber sido accesible a la llamada de la motivación de la norma a través de su consecuencia jurídica. Es decir, se exige que el sujeto sea una persona imputable, bien permanentemente, bien en el momento de la perpetración del hecho; o que en el espacio temporal de la realización del ilícito haya estado en condiciones, de igual forma, de haber podido conocer la prohibición determinada por la norma

[143] GIMBERNAT ORDEIG, "El sistema de derecho penal en la actualidad...", cit., pág. 95.

[144] GIMBERNAT ORDEIG, "El sistema de derecho penal en la actualidad...", cit., págs. 97 y 98, nota 40.

[145] GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la parte general del derecho penal español*, Madrid, 1979, pág. 34.

[146] GIMBERNAT ORDEIG, "Estado de necesidad: un problema de antijuridicidad", en *Estudios de derecho penal...*, cit., págs. 116 y ss.

penal, y con ello, haber sido susceptible de ser influido por esta[147]. La ausencia de pena en los supuestos de falta de "culpabilidad" (y se entrecomilla el sustantivo, puesto que el autor rechaza el concepto tradicional de culpabilidad) se justificaría, de forma mediata, por esa imposibilidad de motivación de la norma en el sujeto que comete el injusto, pero, directamente, la razón fundamental está unida a criterios de prevención general[148]. La imputación subjetiva (equivalente a lo que la mayoría de la doctrina denomina juicio de reproche) quedaría así a dos momentos fundamentales: la imputabilidad y el conocimiento de la antijuridicidad[149].

Son muchas las peculiaridades de la concepción sistemática de GIMBERNAT, en las cuales no podemos ahora detenernos. En lo que interesa ahora resta señalar que el autor mantiene un específico concepto causal de acción (entendido de forma general, que comprende tanto el hacer activo como omisivo, y que él denomina "comportamiento"), pero no en razón a una metodología naturalística, sino fundamentado en atención a su punto de partida anclado en la teoría psicoanalista de la acción humana. Así, define el comportamiento como "la relación del Yo consciente y físicamente libre con el mundo exterior manejando procesos causales (esto es: incidiendo en o alternando los procesos causales o dejando que estos sigan su curso o que no se inicien)"[150].

Entre la tesis funcional-psicoanalítica de GIMBERNAT y las teorías racional-valorativas se encuentra la concepción de GÓMEZ BENÍTEZ. El autor, sin embargo, supera las barreras del finalismo, sustituyendo el concepto ontológico de acción final, como piedra angular de la teoría del delito, por el concepto de tipicidad. Esta idea, claro está, no es nueva, pues se haya muy extendida entre nuestra doctrina. Lo que sí representa una novedad en la sistemática española es la consideración del tipo fundamentalmente en base a la imputación objetiva de una acción y, ocasionalmente, de un resultado, descrito por la ley, a un determinado autor[151]. Por

[147] GIMBERNAT ORDEIG, "Estudio de necesidad: un problema de antijuridicidad", en *Estudios de derecho penal...*, cit., págs. 114 y ss.

[148] Son muchos los pasajes en la obra de GIMBERNAT en los que directamente se conecta fines de la pena y culpabilidad, fundamentalmente en atención a criterios de necesidad de pena. Traemos a colación una de las tantas referencias al respecto: "Desde el punto de vista del mantenimiento del orden social, proceder con una pena frente a los enfermos mentales y menores es intolerable y abusivo porque es también innecesario: pues que su comportamiento delictivo quede impune no disminuye en nada el carácter inhibitorio general de las prohibiciones penales". "¿Tiene un futuro la dogmática...?", cit., pág. 77.

[149] GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la parte general del derecho penal...*, cit., págs. 69 y ss.

[150] ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, "Sobre los conceptos de omisión y comportamiento", *ADPCP*, núm. XL, 1987, págs. 579 y ss. y 587. No obstante, tampoco se puede confundir este concepto con el de acción definido causalmente en sentido estricto, pues como el mismo autor señala, en su tesis renuncia al requisito conceptual de la voluntariedad porque no está en condiciones de abarcar los comportamientos automatizados ni fallidos. Otra diferencia fundamental reside en que se considera ausencia de comportamiento cuando, aun existiendo esa voluntariedad, no hay un condicionamiento físico del mismo comportamiento. Así, no haría omisión "cuando por incapacidad del sujeto o por los datos objetivos de la situación era *físicamente imposible* la ejecución de un movimiento", pág. 606.

[151] JOSÉ MANUEL GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal*, parte general, Madrid, 1984, págs. 92 y ss.

imputación objetiva se entiende en este caso, la pertenencia objetiva de un hecho descrito en el tipo a su autor. El autor, de esta forma, es el objeto fundamental de referencia de la imputación objetiva, no la acción, "y actúa típicamente toda persona (autor despersonalizado) que realiza de forma objetivamente imputable la descripción típica"[152]. De este modo se afirma también que el dolo no forma parte de la acción sino de la tipicidad, en tanto que dota a la misma de específica significación social. Se acepta así el concepto personal de injusto, pero no la acción final como concepto ontológico y fundamental de la teoría jurídica del ilícito[153].

En efecto, junto a la realización de los elementos objetivos del tipo por parte del autor, se van a reconocer, ya en el injusto, una serie de condiciones relativas al ámbito, finalidad y tendencia del sujeto activo que dotan a esa realización del tipo objetivo de una significación personal, lo que pone de manifiesto que el hecho "no aparece ya como acontecer causal objetivamente probable, sino, además, como obra de una persona que ha conocido y querido su realización, e incluso, con un ánimo específico, en determinados supuestos, o con una componente tendencial en el sujeto"[154]. De esta forma se explica, en unión a la teoría de la motivación de la norma penal en relación con la prevención general, una consecuencia coherente con el planteamiento inicial: el desvalor de la acción constituye el fundamento esencial de toda su sistemática. También se comprende ahora que la razón de punición de la tentativa y de la frustración se encuentre en la generación *ex ante* de un peligro para el bien jurídico "pero este peligro hay que entenderlo en un doble sentido: como posibilidad *ex ante* de que se produjese el resultado típico, y como posibilidad de perjuicio de los intereses preventivos generales de la norma, es decir, como perjuicio de la función motivadora a la no comisión de delitos que cumple la norma penal prohibitiva, por su mera existencia dotada de capacidad de ser aplicada"[155]. De esta forma, el desvalor del resultado queda relegado a un segundo plano.

En el ámbito de la culpabilidad, en fin, el autor adopta la misma estructura que GIMBERNAT dado que parte de la misma fundamentación[156], si bien es cierto que en varios pasajes de sus trabajos postula en favor de la desaparición de la diferencia entre aquella y el injusto, consecuencia totalmente consecuente en una sistemática estructurada básicamente en torno a elementos personales y subjetivos.

Otro grupo bastante importante de autores españoles, desde diversas perspectivas se acogen (más o menos moderadamente) a las tesis funcionalistas del derecho penal, con bases distintas de la posición adoptada por GIMBERNAT, si bien es cierto

[152] GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito...*, cit., pág. 93.

[153] GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito...*, cit., pág. 94.

[154] GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito...*, cit., pág. 205.

[155] GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito...*, cit., pág. 258. El autor citado mantiene también planteamientos funcionalistas cercanos a ROXIN en el ámbito de la justificación, pues esta es concebida dentro del marco donde se deben proporcionar soluciones adecuadas a determinados conflictos sociales. En este sentido, PERRON, *Literaturbericht...*, cit., págs. 561 y ss.

[156] GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito...*, cit., págs. 449 y ss.

que su influencia en alguno de ellos se deja notar. El planteamiento común se encuentra en la consideración de la norma jurídica como una especificación de la norma social, en la que la realización de la conducta prohibida supone la defraudación de una expectativa que provoca una reacción estatal institucionalizada: la pena. Se dice así que las normas penales constituyen un sistema de expectativas en tanto que los ciudadanos esperan y confían que no se realice el comportamiento prohibido por aquellas: y si esto sucede, se crea cierto convencimiento en el sentido de esperar que entre en juego la mentada reacción estatal que impone una solución al conflicto originado[157]. Se dirá también que función de la pena es ratificar las normas que han sido vulneradas y reforzar de esta forma la confianza general en las mismas[158]. Ahora bien, frente al funcionalismo sistemático, no se renuncia a una crítica del concreto sistema social o a su fundamentación en razón a los principios básicos del Estado social y democrático de derecho.

Un importante postulado de estas tesis viene apoyado también en la consideración de la función de la norma penal como instrumento apto para incidir en la capacidad de motivación de los individuos en orden a que estos no delinean, en términos más o menos similares a los señalados por GIMBERNAT. De esta forma, a través de la norma penal, se pone en comunicación la concepción de la pena con la teoría del delito, punto característico de la corriente que estamos examinando[159]. Así pues, este otro punto de partida, como inmediatamente se va a tener ocasión de comprobar, incide de forma notable en la propia concepción de la estructura del ilícito[160].

[157] Se pueden citar, entre otros, a FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, Jerez, 1985, pág. 25; MIR PUIG, *Derecho penal*, parte general, Barcelona, 1990, pág. 38; JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal español*, parte general, 3ª ed., Barcelona, 1989, págs. 12 y 13, 16; ENRIQUE BACIGALUPO, *Principios de derecho penal*, parte general, 2ª ed., Madrid, 1990, págs. 10 y 11. La influencia de los trabajos de CALLIES (ROLF-PETER CALLIES, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt, 1974), HASSEMER (WILLFRIED HASSEMER, *Fundamentos de derecho penal*. Traducción de FRANCISCO MUÑOZ CONDE y LUIS ARROYO ZAPATERO, Barcelona, 1984) y JAKOBS (*Strafrecht. Allgemeiner Teil...*, cit.) se encuentra presente, de distinta forma, en todos ellos, y por supuesto, las tesis de sus predecesores, PARSONS y LUHMANN.

[158] BACIGALUPO, *Principios de derecho penal*, parte general..., cit., pág. 24.

[159] Esta posición se muestra claramente en MIR PUIG: "Entre la pena y el delito es necesario un elemento de enlace: la *norma penal*. Ella establece la pena, por una parte, y el delito como presupuesto por otra. La concepción de la pena influye en la teoría de la norma y esta en la teoría del delito. Así, el entendimiento de la pena como medio de prevención, al servicio de la protección efectiva de los ciudadanos, supone atribuir a la norma penal un *significado directivo* (en este sentido, «imperativo»), de regulación social, asignándole la función de crear expectativas sociales que motiven a la colectividad en contra de la comisión de delitos". MIR PUIG, *Derecho penal*, parte general..., cit., pág. 120. Recientemente ha adoptado y desarrollado esta sistemática su distinguido discípulo SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho contemporáneo...*, cit., págs. 376 y ss. Este autor lleva a cabo, no obstante, unas interesantísimas aportaciones en la teoría del delito que, debido a la naturaleza del presente trabajo, no podemos examinar ahora.

[160] Dentro de los autores señalados, abogan en favor de la consideración de la funció de la norma penal señalada en el texto, FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform* en el libro *Strafrecht und Strafrechtsreform*, Köln, 1974, págs. 310 y ss. Versión castellana: "Función de la norma penal y reforma del derecho penal". *Nuevo Pensamiento Penal*, núm. 4, 1973. Del mismo,

Esta tendencia tiene también en común el examen de la teoría del delito desde perspectivas postfinalistas, esto es, aceptando las consecuencias fundamentales del finalismo: el dolo se estudia en la tipicidad, el delito se divide en cuatro partes fundamentales: activo, omisivo, doloso y culposo; y, en fin, la culpabilidad queda reducida en sus elementos fundamentales, los argumentos en virtud de los cuales se llega a la señalada comprensión sistemática son diferentes. Así, para MUÑOZ CONDE, el punto de partida es doble: se postula, de un lado, en favor del concepto final de acción, y, de otro, se concibe como una de las funciones del tipo la motivación de los ciudadanos para que se abstengan de realizar conductas antijurídicas. Como consecuencia, el querer del agente se estudia dentro del tipo de injusto doloso[161]. A esta misma consecuencia llega MIR PUIG, pero por vía distinta. Si la función de la norma penal es evitar la futura comisión de delitos a través de la motivación de los ciudadanos para que obren conforme a derecho, "solo para pretender éxito en relaciones a comportamientos que el ciudadano conduzca finalmente (hacia un fin) y pueda, por tanto, controlar y dejar de realizar"[162]. No es, pues, el concepto ontológico de acción el que determina toda la estructura del delito, sino que la exigencia del comportamiento final se deriva de la concepción y de la función de la norma penal, y de ahí la consideración del dolo en el tipo[163]. De igual forma, en la medida en que los fines de la pena informan en algún momento categorías fundamentales del delito, se comprende que los problemas de adecuación al tipo se hayan intentado resolver acudiendo a las modernas teorías de la imputación objetiva, abandonándose así las tesis clásicas de la causalidad[164].

Desde luego, no se puede realizar una completa diferenciación de todas las especificaciones sistemáticas de cada uno de los autores que, de una u otra forma, participan de los postulados fundamentales aquí expuestos. Las relaciones entre tipo y

Introducción al derecho penal, Barcelona, 1975, págs. 50 y ss.; SANTIAGO MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático del derecho*, 2ª ed., Barcelona, 1982, págs. 25 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal español*, parte general..., cit., pág. 160. Este último autor, sin embargo, sostiene que la función del tipo, y por referencia, la de la norma, es instructiva y no motivadora. En el fondo, no obstante, su posición conduce, de forma paralela a los anteriores, a mantener, en última instancia, la relevancia de la prevención general en el ámbito de la tipicidad.

161 FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., Valencia, 1989, págs. 25 y ss. y 59 y ss.

162 MIR PUIG, *Derecho penal*, parte general..., cit., pág. 125. Del mismo autor: *Función de la pena*..., cit., págs. 49 y ss. BACIGALUPO, *Principios de derecho penal*..., cit., pág. 112, también considera que la concepción del ilícito determina el concepto de acción, y de ahí que defina la misma, en términos similares a JAKOBS, como comportamiento exterior evitable, que pueden ser traducidos también a conductas finales.

163 BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal español*, parte general..., cit., pág. 176 entiende que el dolo se encuentra en la tipicidad porque el sentido y significación social que encierra el tipo penal necesita, para una recta comprensión, del recurso a elementos anímicos del sujeto.

164 BACIGALUPO, *Principios de derecho penal*..., cit., págs. 121 y ss. MIR PUIG, *Derecho penal*..., cit., págs. 245 y ss. MUÑOZ CONDE, *Teoría jurídica del delito*..., cit., págs. 35 y ss.

antijuridicidad, la admisión o rechazo de elementos negativos al tipo o la comprensión del contenido del dolo, es particularmente entendida por cada una de las respectivas perspectivas personales. Por ello nos vamos a limitar a un último punto en el que existe cierta coincidencia, cual es el ámbito de la culpabilidad.

Se rechaza el concepto tradicional de culpabilidad como juicio de reproche dirigido al autor en tanto que, pudiendo actuar en favor del derecho, optó por obrar antijurídicamente. Se rechaza fundamentalmente por considerarse que el libre albedrío es indemostrable y porque semejante entendimiento de la imputación subjetiva recurre a criterios éticos (reprochabilidad) que enturbian peligrosamente la necesaria distinción entre moral y derecho. Sin embargo, se considera conveniente mantener el principio de culpabilidad (por supuesto, con otro contenido), pues en él se concreta, como garantía para los derechos fundamentales del individuo, una barrera infranqueable, aun por razones de eficacia, del poder punitivo del Estado. No se renuncia, pues, a la categoría jurídico-penal de la culpabilidad, tan solo se busca un fundamento distinto del tradicional.

Así, se ha visto una relación entre culpabilidad y prevención general: la exención punitiva de aquellos individuos en quienes concurren determinadas circunstancias (bien permanentemente, bien en el momento de la comisión del hecho) que les conducen a no ser susceptibles de ser motivados por la norma penal en contra de la realización del injusto, no disminuye el nivel de prevención general respecto del resto de los ciudadanos, ni tampoco el sentimiento general sobre la continuidad de la vigencia de la norma jurídica[165]. Esta misma posición es defendida por MIR PUIG, pero corregida en el sentido de que entiende que también los sujetos que tradicionalmente se hayan amparados por una causa de exculpación son motivables, si bien el proceso de interiorización de la norma directiva es anormal y no despliega toda su intensidad. De otra parte, para el autor citado la culpabilidad no deja de constituir un elemento valorativo que determina cierto límite a la prevención general[166]. La imputación subjetiva quedaría así estructurada en varios momentos: capacidad de culpabilidad (imputabilidad), conocimiento de la antijuridicidad y no exigibilidad de una conducta diferente[167].

165 En este sentido se puede entender la posición de MUÑOZ CONDE, *Teoría jurídica del delito*..., cit., págs. 120 y ss. Esta posición es muy similar a la mantenida por GIMBERNAT, pero otorgándole una mayor dimensión garantista a la categoría. Una concepción mixta parecida, que conjuga normalidad de la motivabilidad del sujeto y necesidades preventivo-generales, mantiene SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*..., cit., págs. 410 y ss. BUSTOS RAMÍREZ, sin embargo, pese a desarrollar también un concepto social de culpabilidad, reduce el fundamento de esta a la exigibilidad. *Manual de derecho penal español*, parte general..., cit., pág. 327.

166 MIR PUIG, *Derecho penal*, parte general..., cit., págs. 586 y ss. Para BACIGALUPO, sin embargo, la fundamentación de la culpabilidad está unida a la posibilidad del autor de motivarse por la norma penal en conexión con criterios de prevención especial (*Principios de derecho penal*..., cit., págs. 176 y 177).

167 MUÑOZ CONDE, *Teoría jurídica del delito*..., cit., págs. 124 y ss. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal español*, parte general..., cit., págs. 239 y ss. Para MIR PUIG, sin embargo, la posibilidad de conocer el significado del hecho para el derecho condiciona el injusto; y viceversa, la imposibilidad de conocer la prohibición elimina la antijuridicidad del hecho. Coherente con este planteamiento, el error de prohibición impide o disminuye el propio injusto según se trate de error vencible o invencible (*Derecho penal*..., cit., págs. 668 y ss.). La culpabilidad queda así reducida a dos momentos: la imputabilidad y la no exigibilidad.

Finalmente, otro grupo de autores parten de la estructura finalística básica del delito pero sin recurrir ni a la concepción de la acción de aquella doctrina ni a claros criterios funcionalistas, aun cuando se acepten algunos postulados de esta corriente.

Así, partiendo del concepto de norma penal como norma directiva o imperativa y con base a ciertos preceptos del Código Penal español, OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO mantienen que el dolo forma parte del contenido del injusto[168]. Esta consideración no implica un abandono de la concepción, en parte objetiva, de la antijuridicidad. Se postula en favor de la relevancia tanto del desvalor de acción como del desvalor del resultado en la fundamentación del injusto para resolver de esta forma lo que se consideran problemas insalvables desde el punto de vista dogmático y político-criminal[169]. En fin, en el ámbito de la culpabilidad, en ocasiones se parte, aun sin un claro convencimiento y con una gran dosis crítica, de una concepción normativa de la misma, como es el caso de QUINTERO OLIVARES[170] o de una fundamentación de la atribuibilidad con base en la capacidad de motivación del sujeto, pero sin especial influencia de los criterios de prevención general[171].

Queda por hacer una resumida valoración del estado actual de la ciencia penal española. Se puede decir, tras esta breve exposición de los planteamientos dogmáticos fundamentales, que la influencia de la doctrina alemana ha sido decisiva en la configuración de las principales corrientes del pensamiento jurídico-penal que se han desarrollado en los últimos tiempos. Esto no quiere decir, ni mucho menos, que no exista originalidad en las propuestas sistemáticas que han ido apareciendo a lo largo de los últimos años. Pero, salvo alguna importante excepción, cada concepción del ilícito representa, con mayores o menores rectificaciones, el reflejo de un modelo, o de una conjugación de modelos, cuyo origen se encuentra en el país

[168] EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO-SUSANA HUERTA TOCILDO, *Derecho penal*, parte general. *Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., Madrid, 1986, págs. 119 y ss.

[169] OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA TOCILDO, *Derecho penal*, parte general..., cit., pág. 171, GONZALO QUINTERO OLIVARES, *Derecho penal*, parte general, Barcelona, 1986, págs. 299 y ss. Este autor determina este carácter dualista de la fundamentación del injusto con base a dos criterios fundamentales: de una parte, a raíz de una concepción mixta de la norma, como juicio de valor y como norma de determinación, que implica que, la antijuridicidad, como su contradicción en conjunto, tenga en cuenta los dos momentos. Y, en segundo lugar, al poner como punto de referencia de su construcción sistemática el primado de la antijuridicidad, la afección al bien jurídico que determina el contenido material de aquella se determina también, además de por la entidad objetiva del ataque, por la específica forma de perpetrarse el mismo por parte del sujeto.

RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de derecho penal*, parte general, 3ª ed., Madrid, 1986, págs. 172 y ss., aun cuando sostiene un concepto esencialmente objetivo de la antijuridicidad, sitúa el dolo en la conformación del injusto y admite así, junto al desvalor del resultado, el desvalor de acción.

[170] El autor, con grn sentido crítico, parece adoptar la estructura del juicio de culpabilidad propia del finalismo: imputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad y no exigibilidad. QUINTERO OLIVARES, *Derecho penal*, parte general..., cit., págs. 381 y ss.

[171] OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA TOCILDO, *Derecho penal*, parte general. *Teoría jurídica del delito*..., cit., págs. 294 y ss. Los autores denominan a la culpabilidad atribuibilidad y configuraran su estructura con base a tres momentos: conocimiento de la antijuridicidad, imputabilidad y exigibilidad.

germánico. Esto no ocurre con tanta nitidez en Italia, en donde un importante sector doctrinal (que normalmente gira en torno a la concepción bipartita del delito) desarrolla sus teorías sobre el ilícito desde una tradición autóctona.

El magisterio ejercido por JIMÉNEZ DE ASÚA, tanto en España como en el exilio, así como sus obras dogmáticas (especialmente a raíz de su lección inaugural del curso académico 1931-1932 en la Universidad de Madrid), constituyen un punto de referencia clave para el entendimiento del ulterior desarrollo de la ciencia penal española. La corriente clásica o neoclásica que se desenvuelve a partir de los años cuarenta es un reflejo de las concepciones metodológicas que algunas décadas anteriores se habían originado en tierra alemana. Pero basta leer los postulados básicos de cada una de las obras de la época para poder observar que en la estructura fundamental de las mismas se encontraba, directa o indirectamente, ideas y modelos teóricos de JIMÉNEZ DE ASÚA.

Con posterioridad, la disciplina jurídico-penal se va desenvolviendo con cierta autonomía pero siguiendo de cerca las tendencias y debates metodológicos que se producen en Alemania. De esta forma, se fue imponiendo el método teleológico valorativo propio de la teoría neoclásica del delito como corriente mayoritaria hasta los años setenta. Junto a esta concepción aparecieron algunos modelos sistemáticos que partían de los presupuestos fundamentales del finalismo (representados principalmente por CEREZO MIR y CÓRDOBA RODA), y que constituían todavía una opinión muy minoritaria. Sin embargo, la estructura tripartita del delito, como hecho típico, antijurídico y culpable, estaba prácticamente generalizado en la doctrina española.

Durante la segunda mitad de los años setenta y principios de los ochenta, surgen o se desarrollan, según los casos, dos tendencias diferenciadas a partir de las cuales se puede comprender el actual panorama de la dogmática penal española. De una parte, las concepciones neoclásicas del delito van a completar su sistemática con los principios constitucionales que informan el nuevo Estado de Derecho. Los criterios dogmáticos se guían ahora por nuevas exigencias constitucionales derivando ello en una nueva inspiración más valorativa y teleológica de los nuevos postulados metodológicos. Y en este contexto se pueden entender las sistemáticas neoclásicas avanzadas de RODRÍGUEZ MOURULLO y COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN. Evidentemente, la importante influencia del texto fundamental no va a reflejarse exclusivamente en esta concepción. Desde otro punto de vista totalmente diferente, MIR PUIG, por ejemplo, lleva a cabo ya en 1979 una propuesta sistemática que se construye bajo las bases fundamentales del Estado social y democrático de derecho.

Desde el punto de vista técnico-jurídico, la estructura tripartita del delito va cediendo en favor de una consideración bipartita del mismo. Ello se debe, fundamentalmente, al progresivo abandono de la acción como piedra angular de la elaboración del modelo teórico en favor de la cada vez mayor aceptación de tomar como punto de partida la norma jurídica, deduciéndose de la misma la existencia de dos juicios o dos partes fundamentales: la antijuridicidad y la culpabilidad. Este criterio también se está generalizando con independencia de la elaboración teórica que se presente.

Pero otro factor fundamental que va a influir de forma decisiva en la moderna doctrina penal viene determinado por la irrupción del funcionalismo a principios de los años sesenta. En este plano, dos autores van a tener una gran relevancia. De una parte el pensamiento jurídico-penal del profesor alemán CLAUS ROXIN llega a penetrar, unas veces directamente, otras a través de la traducción de sus obras fundamentales con gran fuerza en nuestro país. Las relaciones entre las diversas categorías del delito y la política criminal constituirán, como no, un importante punto de consideración en los nuevos planteamientos.

Pero de otra parte, es GIMBERNAT quien impondrá una pauta metodológica de gran importancia psicoanalítica a través de la motivación de la norma y la explicación con base en la misma de todos los momentos de configuración del ilícito penal. El moderno postfinalismo español, especialmente aquel que participa de una concepción funcionalista del derecho penal, no se puede entender sin acudir a las fuentes dogmáticas de la tesis motivacional, tanto en la versión original de GIMBERNAT como en el ulterior desarrollo realizado por MUÑOZ CONDE.

Y llegamos así al momento presente, dominado, al igual que en Alemania, por concepciones sistemáticas construidas desde los fines de la pena por medio del puente que representa la norma penal, que adoptan consecuencias derivadas del finalismo y que recurren en la fundamentación de algunas de sus categorías fundamentales (especialmente en el ámbito de la culpabilidad) a la teoría de la motivación de la norma. Las sistemáticas causalistas y finalistas, si bien minoritarias, siguen manteniéndose por maestros y discípulos. Punto común a todo el derecho penal español sigue siendo (al igual que ocurre en Italia, pero no tanto en Alemania) la construcción del sistema a partir de los principios constitucionales que emanan directamente de la moderna configuración del Estado de Derecho. También se está imponiendo como criterio común la estructura bipartita del delito, pero, como se ha establecido líneas atrás, por razones muy diferentes a las acontecidas en la doctrina italiana (que dividía el ilícito en elemento objetivo y elemento subjetivo, claro está, aquellos que mantienen una conformación dual del ilícito). La teoría de la norma jurídica vuelve, como antiguo, a determinar la estructura básica del sistema.

Las actuales tendencias dogmáticas en España, no se puede negar, tienen una representación paralela en Alemania. Sin embargo, cuando se examinan más de cerca los fundamentos metodológicos que las sustentan, se observa que su configuración global no responde, ni mucho menos, a una copia de las de aquel país. Se puede seguir hablando pues, por esta y otras razones ya señaladas, de la existencia de una auténtica ciencia española de derecho penal.

DERECHO PROCESAL PENAL

El proceso de ejecución de la sentencia (ejecución de las penas)

*Juan Guillermo Jaramillo Díaz**

La creación del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad por el decreto 2700 del 30 de noviembre de 1991, o nuevo Estatuto Procesal Penal, constituye, entre otros, un significativo avance en la sistemática procesal penal colombiana. En efecto, por las funciones que dicho juez debe realizar en su natural sede, nos parece que se supera la disputa en torno a cuándo termina el proceso penal, de un lado, y cuándo alcanza importantes realizaciones el derecho penitenciario, del otro.

Lo primero, porque hasta el gobierno del decreto 50 de 1987 se escrutaba un único mundo circundante al proceso penal mismo, cual el preprocesal entonces denominado "indagación preliminar", hoy "investigación previa". Ahora, merced a ese avance, se registra otro más claramente distinguido como etapa postprocesal de ejecución de la sentencia aclaratoria de responsabilidad penal.

Importante aclarar desde ya que no es ese el único espacio para el cumplimiento del proceso de ejecución porque ahora, excepcionando el principio de la unidad procesal, es posible una forma de agotamiento anticipado del proceso con realización de *ius puniendi*, según la también novedosa disciplina que establece el canon 37.

La segunda porque, en el entusiasta empeño de abandonar características propias del esquema de juzgamiento inquisitivo, la desconcentración de funciones toca por fin con la etapa de ejecución de las penas y medidas de seguridad, a cargo ya de un funcionario completamente diferente de aquel que tuvo el delicado compromiso de resol-

* Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín y profesor de derecho procesal penal en la Universidad Pontificia Bolivariana.

ver el tema del proceso, realizado por potestades en todo caso con la asistencia y permanente asesoría del clamorosamente añorado grupo interdisciplinario, todos los cuales habrán de determinar, en cada caso en particular, el tratamiento penitenciario a que debe ser sometido el individuo condenado, cuál el momento de su liberación condicional y en qué circunstancias, etc.

A esa novísima institución llegó el legislador patrio tras los siguientes antecedentes nacionales:

1) Proyecto elaborado por la Universidad de los Andes (Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas CIJUS), arts. 88 y 507 a 544.

2) Proyecto a cargo del gobierno central, presentado a consideración de los integrantes de la Comisión Especial Legislativa por el entonces ministro de Justicia Fernando Carrillo Flórez, arts. 76 y 489 a 525.

3) Propuestas formuladas por la Subcomisión de la Comisión Especial Legislativa, arts. 76 y 489 a 525.

Otras legislaciones foráneas, entre las cuales merece especial mención la argentina, tienen de tiempo atrás disciplinada esa institución en su correspondiente ley de enjuiciamiento criminal. El derecho procesal penal comparado da cuenta de su éxito, así no fuere absoluto; el mismo que, aun en esa medida, esperamos registrar entre nosotros, porque de cumplirse habrá necesidad de replantear las severas críticas legítimamente formuladas a los fines de las penas y las medidas de seguridad que es el contenido del art. 12 del Código Penal.

La ejecución de la sentencia, en el proyecto de la Universidad de los Andes, le correspondía al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad en coordinación con la Dirección General de Prisiones (art. 507). Idéntica propuesta formularon al gobierno nacional y la Subcomisión de la Comisión Especial Legislativa (art. 489 en ambos proyectos). La norma finalmente redactada deja ver que esa es función a cargo de la Dirección General de Prisiones (hoy Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC. Decreto 2160 del 9 de diciembre de 1992) "con la vigencia del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad" (art. 500), lo que implicaría entonces el mantenimiento de la sistemática anterior, históricamente censurada y con sobrada razón por anidarse allí, en altísima proporción, la responsabilidad de la retribución como único fin de la pena.

Esa disposición (art. 500), sin embargo, es por fortuna negada en el texto 75, que expresamente entrega al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad el gobierno, con la asesoría del grupo interdisciplinario, "de la ejecución de las sentencias proferidas por los jueces penales". Es a este, entonces, y no al INPEC, a quien, con criterio de exclusividad, le corresponde el manejo integral de ese proceso de ejecución. Así debe ser porque, además, las restantes normas que se ocupan de la materia señalan al juez como el único órgano competente para desarrollar las potestades con virtud de declarar extinguida la pena, o que la reducen, o que procuran su acumulación jurídica, o que liberan condicionalmente al condenado, o que declara la ineficacia de la sentencia condenatoria, etc. En el prístino entendimiento de que la ejecución de la sentencia le corresponde al referido órgano judicial y no a la mal citada entidad administrativa, importa ahora intentar reseñar las funciones que le son propias. Le corresponde entonces:

1. Decidir sobre el cambio de penitenciaría cuando así lo imponga el estado de salud del condenado, previo dictamen de perito oficial, o cuando corra peligro su integridad física (art. 405).

2. Decidir sobre el aplazamiento (art. 407-2) o suspensión (nums. 1 y 3, ib.) de la ejecución de la pena (art. 507).

3. Decidir sobre la amortización mediante trabajo cuando la sanción principal y única haya sido la multa (art. 509).

4. Decidir sobre la rehabilitación de las funciones y derechos públicos a la terminación de la ejecución de la pena, bien que la interdicción se haya impuesto como sanción principal o accesoria (art. 526; C. P., art. 92).

5. Decidir la ampliación o ratificación de la prueba presentada como sustento a la solicitud de rehabilitación (art. 529).

6. Decidir sobre la revocatoria del subrogado de la condena de ejecución condicional en los eventos en que, sin justa causa, el condenado no cancele el valor de los perjuicios de todo orden irrogados con el delito, siempre y cuando: a) este haya sido objeto de precisión en dinero nacional o su equivalente en gramos de oro puro colombiano; y b) la efectividad del subrogado concedido se haya condicionado al pago de ese concepto (art. 520; C. P., art. 69).

7. Decidir sobre la prórroga del plazo determinado para el pago del valor de los perjuicios generados con la ilicitud (art. 524).

8. Decidir sobre la no exigibilidad de la cancelación del valor de los perjuicios cuando su deudor demuestre imposibilidad económica al respecto (art. 525).

9. Decidir sobre la revocatoria de la libertad condicional cuando el condenado, sin justa causa, no cancele el valor de los perjuicios (art. 518; C. P., art. 73).

10. Con sujeción a los tratados internacionales, ejecutar la sentencia proferida por autoridad extranjera, previa decisión en ese sentido a cargo de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (arts. 533, 535 y 536).

11. Comunicar al INPEC, a la Registraduría Nacional del Estado Civil, a la Procuraduría General de la Nación y a la Policía Judicial con archivos sistematizados, la providencia que concede rehabilitación de funciones y derechos públicos (arts. 501 y 528).

12. Fijar fecha y hora para la celebración de la audiencia en la cual someterá al condenado a especializado cuestionario, procurando así adecuados elementos de juicio para luego determinar, con la asesoría del grupo interdisciplinario, el tipo de tratamiento penitenciario que le debe corresponder al condenado, con miras obviamente a su rehabilitación (art. 504).

13. Ejecutar, en permanente comunicación con las respectivas autoridades controladoras previstas en el art. 508, las penas accesorias de restricción domiciliaria,

interdicción en el ejercicio de funciones y derechos públicos, pérdida del empleo público u oficial, prohibición de ejercer una industria, arte, profesión u oficio, expulsión del territorio nacional, prohibición de consumir bebidas alcohólicas y suspensión de la patria potestad.

14. Conceder, cuando fuere procedente y ante la omisión en el fallo de instancia, las reducciones penológicas previstas en la ley (arts. 37 y 299; C. P., arts. 139, 171, 173, 181, 271, 373, 374; ley 30 de 1986, art. 45).

15. Revocar la condena de ejecución o libertad condicionales ante el aglutinamiento de los presupuestos que así lo impongan (arts. 517 y 522; C. P., arts. 70 y 74).

Esas, a grandes rasgos, las funciones a cargo del juez de ejecución de la sentencia que, por razones de la sistemática en que incurre el legislador, se encuentran dispersas. De ahí que se impone entender que las previstas en el canon 75 *no son las únicas* y que sus alcances pueden ser los siguientes:

1. Ejecutar la sentencia que, parece una obviedad decirlo, tiene que ser declaratoria de responsabilidad penal con la imposición de la consecuencia jurídica correspondiente. Ella puede contener o no pena privativa de la libertad. Empero, cualquiera fuere el caso, su ejecución depende ciertamente de que se haya negado el subrogado de la condena de ejecución condicional (C. P., art. 68), supuesto en el cual es apenas lógico entender que se ejecuta solo lo ejecutable. Así, pues, en el evento de dos sentencias en las que se abordó de manera dispar el tema del mencionado subrogado, parece que el proceso de ejecución no puede comprender aquella cuyo cumplimiento no es inmediato. Igual sucede en el caso de una sentencia de ejecución directa y el subrogado de la libertad condicional, respecto del mismo condenado, y obviamente en procesos diferentes.

2. Ya durante el proceso de ejecución, al innovado juez le corresponde decidir sobre:

a) La procedencia de la libertad condicional (arts. 75-1, 515 y 516; C. P., arts. 69, 72 y 73).

b) La extinción de la pena por su cumplimiento total, prescripción, muerte del condenado, amnistía e indulto (art. 75-1; C. P., arts. 75, 76, 78, 79, 87).

c) Redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza (arts. 75-1, 530 y 531).

d) Rebaja de pena en los términos de la ley que la prevé, por ejemplo la 48 de 1987. Así mismo, tratándose de sucesión legislativa y por aplicación de la ley favorable, cuando la nueva modifica en ese sentido las anteriores disposiciones punitivas (art. 75-1 y 4).

e) La extinción de la pena cuando la ley posterior le haya eliminado ese carácter (art. 75-4). Así mismo sobre la modificación de la pena si de la mutación favorable, en cuanto a su naturaleza, se ha ocupado la ley nueva.

f) La declaratoria de ineficacia de la sentencia condenatoria cuando el fundamento legal de la imputación y la acusación judiciales perdió gobierno por las declaratorias de inexequibilidad o nulidad, o por abrogación, subrogación, modificación o derogatoria (art. 75-5).

g) Fijación del lugar donde se debe cumplir la pena una vez efectuada la audiencia con la participación del condenado, su defensor y el grupo interdisciplinario (arts. 75-2 y 504).

Sobre el punto anterior es conveniente insistir en que la función consiste en *fijar* el lugar donde se cumplirá la pena (así lo estableció claramente el proyecto de la Universidad de los Andes en su art. 88-2) y no la de *verificar*, que es el vocablo utilizado en el texto 75, numeral 2, entendible por la actitud asistemática del legislador al presentar equivocadamente al director del INPEC como el órgano ejecutor de las sentencias emitidas por los jueces penales (arts. 75, inciso primero, 500, 501, 504).

Por cierto que, una vez señalado el lugar donde debe purgarse la pena, al mismo juez de ejecución le compete luego, comprometido a plenitud con ese proceso, verificar si en general el tratamiento penitenciario se cumple en las condiciones adecuadas para el logro de los fines reseñados en el art. 12 del Código Penal.

Para la determinación del lugar donde debe el condenado permanecer durante el proceso de ejecución de la pena (arts. 400 y 506), el juez de ejecución deberá tener especial cuidado supuesto que la ley prevé sitios específicos donde algunas personas, calificadas por su ejercicio al momento del delito, deben habitar en detención preventiva (arts. 402, 403 y 404). Nos parece que como entre la detención y la condena no cambia la situación calificante, el proceso de ejecución respecto de esas personas debe cumplirse en el sitio indicado en esas normas como el lugar donde debe realizarse la detención.

h) La acumulación jurídica de penas (arts. 75-3 y 505).

Esta función es quizás la que explica más claramente los beneficios de la innovación, ante la absoluta comprobación de que las penas de larga duración a nada conducen desde la perspectiva del contenido del art. 12 del Código Penal.

Una de las formas de llegar al excesivo cautiverio es precisamente la ejecución aislada de penas, que ahora novedosamente se pretende evitar con la dinámica de la acumulación jurídica procedente en los siguientes casos:

h-1) Cuando los delitos conexos se hubieren fallado independientemente.

La regla general sobre la iniciación y sustanciación de los procesos penales está prevista en el primer inciso del art. 88, así: "Por cada hecho punible se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera que sea el número de autores o partícipes". Por manera que si la "conexidad" implica necesariamente la realización de dos o más tipos penales, con número singular de conductas o no, vinculados entre sí por relaciones de medio a fin (conexidad teleológica), de causa a efecto (conexidad consecuente) o de estímulo, a tono con la regla general habrá de iniciarse, por cada realización criminal, un proceso.

Las excepciones a esa regla general están anunciadas en el mismo art. 88. La primera de ellas, prevista al comienzo del segundo inciso, tiene que ver con la conexidad, así: "Los hechos punibles conexos se investigarán y juzgarán conjuntamente", esto es en un mismo proceso.

En el manejo de esa regla general y sus excepciones, la ínclita pluma del procesalista ÁLVARO VARGAS enseña la siguiente inteligente sistemática: excepciones por concentración por acumulación de procesos y por conexidad; excepciones por dispersión por rompimiento de la unidad de proceso.

Si entonces el primer caso propuesto en el art. 505 refiere a delitos conexos que se hubieren fallado independientemente, hay que entender necesariamente que: a) la iniciación del proceso se gobernó por la excepción por concentración por conexidad, pero que en la sustanción hubo ruptura de la unidad de proceso, caso por ejemplo del concurso de tipos penales frente a los cuales ha lugar la calificación solo para una de las hipótesis comprendidas en la relación de imputación (clausura parcial de la instrucción sumarial; inciso primero, parte segunda del art. 438); b) que frente a hipótesis delictivas conexas, por error judicial se iniciaron sendos procesos (inciso segundo, segunda parte del art. 88).

En tales eventos, hasta la vigencia del decreto 50 de 1987, si la acumulación de procesos no se lograba, era inevitable la ejecución aislada de las sentencias, obviamente si a estos trascendentales actos procesales de decisión se llegaba y por cuerda separada.

Para remediar tan odiosas e injustas situaciones, durante el proceso de ejecución de las sentencias procede la acumulación jurídica de las penas que cada una de ellas contenga, siempre a condición de su vigencia, porque las penas cumplidas o de ejecución condicional no pueden ser objeto de acumulación. Las penas acumulables serán las ejecutables y no las ejecutadas, o aquellas cuyo proceso de ejecución se encuentra suspendido.

h-2) Cuando se hubieren proferido varias sentencias en diferentes procesos.

En la subcomisión de la comisión especial legislativa, este agregado, previsto en el art. 494 del proyecto del gobierno nacional (comprendido también en la norma finalmente redactada -art. 505), mereció el siguiente comentario: "Conforme a la sugerencia hecha por el doctor JUAN MANUEL CHARRY URUEÑA, el texto hace una repetición innecesaria, como quiera que allí se refiere a una situación que se resolvería en la aplicación de los concursos cuando hay conexidad, si se han proferido sentencias de manera independiente". Por eso su propuesta fue la siguiente: "las normas que regulan la dosificación de la pena, en caso de concurso de hechos punibles, se aplicarán también cuando los delitos conexos se hubieren fallado independientemente. En estos casos, la pena impuesta en la primera decisión se tendrá como parte de la sanción a imponer".

No creemos que comprender esas dos hipótesis el art. 505 constituya innecesaria repetición, pues, al fin y al cabo, se trata de dos situaciones bien diferentes. Se impone aceptar, eso sí, que en este aparte la norma resultó infortunada en su redacción, porque en tanto que la primera contiene el preciso presupuesto para su procedencia (delitos conexos fallados de manera independiente), la segunda no. Creemos entonces que la acumulación jurídica de penas en estos eventos es abierta, ilimitada; solo que se debe gobernar por la máxima consistente en que lo acumulable es lo

ejecutable y no lo ejecutado, sea decir, que las penas objeto de acumulación jurídica tienen que estar vigentes y no cumplidas o su ejecución suspendida.

La propuesta que se formula a partir de la finalidad del texto y su contenido, al cual además no se le pueden introducir agregados, no debiera generar asombros toda vez que el proceso de redosificación penológica que impone la acumulación jurídica de las penas exige de parte del juez de ejecución mucha prudencia y equilibrio al partir de la pena más grave aumentada hasta en otro tanto (art. 505, en armonía con los arts. 26 y 28 del C. P.).

Por último, "mientras el Consejo Superior de la Judicatura crea los cargos de jueces de ejecución de penas, las atribuciones que este Código les confiere serán ejercidas por el juez que dictó la sentencia de primera instancia" (art. 15 transitorio). Por manera que si las sentencias susceptibles de acumulación jurídica, fueron proferidas por jueces de diferente categoría, nada se opne a que se apliquen acá las reglas que determinan la competencia para la acumulación de procesos (art. 96), aclarando, eso sí, que si fueren de la misma categoría, la decretará el juez del proceso donde primero se hubiere ejecutoriado la sentencia final (inciso primero, ib.).

La detención preventiva en Colombia, Perú y Bolivia*

Kai Ambos[1]

Sumario. 1. Contexto y ubicación del problema. 2. La situación legal. A) General (derecho constitucional y penal) B) Legislación especial. a) Colombia. b) Perú. c) Bolivia. C. Síntesis de las conclusiones. 3. Problemas desde el punto de vista del Estado de derecho. A) La Convención Americana sobre Derechos Humanos como parámetro para el análisis. B) Falta de determinación del fundamento material de la injerencia, especialmente del concepto del "terrorismo". C) Métodos prohibidos de obtención de la declaración durante el encarcelamiento. D) ¿Comprobación de la conformidad a derecho del encarcelamiento por medio del *habeas corpus*? a) Significación del *habeas corpus* y situación legal. b) ¿Restricción admisible sobre la base del estado de excepción? 4. Conclusiones y recomendaciones.

El presente artículo analiza la detención provisional en Colombia, Perú y Bolivia desde el punto de vista del derecho positivo (II) y de la situación real de los derechos humanos (III), con especial consideración de la legislación en materia de terrorismo y drogas. En él se explicará que la detención provisional constituye una especie de "*acción preparatoria*" para posibilitar la prisión preventiva, la cual puede conducir fácticamente a un encarcelamiento durante años [la problemática de los llamados *presos sin condena* (I)].

Desde el punto de vista del *derecho positivo* se comprueba que en los países investigados la legislación especial (II.2.) agrava la legislación general (II.1.) mediante *presupuestos simplificados para la detención provisional y la prolongación del encarcelamiento*. Solamente en *Perú* es ya la legislación *general* la que prevé en el art. 2.20 g de la Constitución encarcelamiento hasta 15 días y el art. 79 C. P. P., incomunicación hasta 10 días. Perú registra también, con quince días, la detención sin orden judicial más prolongada. En *Colombia*, sin embargo, este plazo —en caso de prolongación judicial, hasta 21 días— puede ser superado, mientras que en *Bolivia* solamente está permitida una prolongación de hasta 48 horas. También la *incomunicación* es en Perú, con 10 días, la más prolongada, delante de Colombia (5-10 días) y de Bolivia (48 horas).

Desde el punto de vista de la *situación jurídica real* la legislación descripta favorece prácticas de las fuerzas de seguridad, que —consideradas a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, III 1.)— se revelan como criticables desde el punto de vista del Estado de derecho o, directamente, como evidentemente antijurídicas. La indeterminación del fundamento material de la injerencia, en particular la amplia definición de terrorismo en Colombia y Perú, conduce a arbitrarias *detenciones masivas* y a "*desapariciones*" de miembros de la oposición legal o de otras organizaciones, sin que a estas personas les puedan ser efectivamente comprobadas actividades terroristas o en relación con las drogas (III.2.). La ampliación temporal del encarcelamiento luego de una detención provisional viene acompañada de la aplicación de *métodos prohibidos de obtención de la declaración*, especialmente, de torturas. Estos abusos conducen, a su vez, a una gran desconfianza de la justicia frente a los resultados de la instrucción policial, ya que no pocas veces son el producto de actividades coactivas (III. 3.). El recurso de *habeas corpus*, previsto constitucionalmente y en el derecho internacional (CADH) contra la detención provisional, es *restringido* considerablemente por la legislación especial. Esto constituye una lesión contra las garantías de la CADH y conduce a una pérdida inadmisible de la efectividad de este recurso (III. 4.).

En *conclusión*, desde el punto de vista del Estado de derecho, las reformas resultan ineludibles. En lo esencial, ellas deberían orientarse hacia dos objetivos: por un lado, se trata de limitar las posibilidades de detención de las fuerzas de seguridad en la legislación especial, a fin de que no tantas personas estén expuestas a posibles abusos; por otro lado, se debe asegurar al detenido una protección jurídica más eficiente. De ello se derivan exigencias legislativas concretas, las cuales, no obstante, no deben inducir a engaño, ya que el poder fáctico de las fuerzas de seguridad, especialmente de los militares, ha impedido hasta hoy reformas conforme al Estado de derecho, y las lesiones a los derechos humanos en el curso de las detenciones provisionales, continuarán produciéndose en tanto la doctrina militar de la 'seguridad nacional' ordene la destrucción de la 'subversión' por medio de una 'guerra sucia' (IV).

* Traducción de Patricia Ziffer.

[1] Abogado investigador del Instituto Max Planck de Derecho Penal Internacional, Freiburg/Br.; doctor en derecho de la Universidad de Munich.

1. Contexto y ubicación del problema

La detención provisional es el inicio de una privación de libertad que, mediante una prisión preventiva no comprobada judicialmente, puede convertirse en un encarcelamiento durante años. Este es el destino de los llamados "*presos sin condena*", que constituyen la mayor parte de los presos latinoamericanos. En el año 1991

en los establecimientos penitenciarios colombianos casi el 50% eran "presos sin condena", y 73,2%, en los peruanos; la situación en Bolivia sería similar[2].

La detención provisional constituye una especie de 'acción preparatoria' para posibilitar la prisión preventiva, siendo que los límites entre detención provisional y prisión preventiva resultan fluidos. Frente a este trasfondo, es comprensible que los ordenamientos jurídicos analizados en modo alguno emprendan una distinción normativa entre detención provisional y prisión preventiva que se corresponda con la Ordenanza Procesal Penal alemana (*Strafprozebordnung* §§ 112 ff., 127). Esta distinción se vuelve, de todos modos, totalmente teórica, cuando, como todavía queda por demostrar, la duración de la detención provisional es ampliada considerablemente en la legislación especial y cuando, en la práctica, incluso los plazos ampliados tampoco son respetados.

Tras estas cuestiones formales aparecen los problemas decisivos materiales y reales de los *presupuestos* de la detención provisional y de la *situación del detenido* entre la detención y su presentación ante el juez, o en su caso, su excarcelación. Si el Estado se encuentra, desde el punto de vista oficial, en "lucha contra el narcotráfico y el terrorismo" en "defensa de la democracia"[3], como ocurre en Colombia[4] y Perú[5], o por lo menos, también en una "guerra contra la droga", como en

[2] En *Colombia*, al 30-10-91, de un total de 27.906 presos (25.893 hombres y 2013 mujeres), 13.136 se encontraban acusados y 14.770, condenados, de estos, 4222 en primera instancia y 10.548 en segunda instancia (Datos del Ministerio de Justicia, según BELTRÁN, Dirección de Presos - Ministerio de Justicia, entrevista, Bogotá, 10-1-92). En *Perú*, a agosto de 1991, de un total de 14.970 presos (13.608 hombres y 1362 mujeres), 10.955 no estaban condenados, de ellos 9987 hombres y 968 mujeres (INPE, Población penal por situación jurídica y sexo, Lima, separata, noviembre de 1991). Respecto de *Bolivia*, la cárcel de mujeres de La Paz proporciona las únicas cifras actuales; allí, en octubre de 1991, de un total de 211 detenidas, 17 (8,1%) estaba condenada (Ministerio del Interior, Migración, Justicia y Defensa Social), separata, La Paz, octubre de 1991). Según investigaciones de CARRANZA et al., en *1989* en *Colombia* 16.780 de un total de 31.077 presos, es decir, 54%, estaban detenidos sin condena firme; en *Perú* en *1986*, 9560 de un total de 14.819, es decir, 65% y en *Bolivia* en *1982*, 653 de 728, es decir, 89,7% [CARRANZA, 1990, pág. 11 (Tabla 2);CARRANZA / MORA / HOUED / ZAFFARONI, 1988, pág. 5 (Tabla 1)]. Acerca de la situación carcelaria en general, vid. también Ambos, 1992.

[3] Vid. BARCO, 1990.

[4] La democracia constitucional colombiana se ve amenazada por dos frentes: por un lado, por un movimiento guerrillero todavía fuerte, el *Ejército de Liberación Nacional* (ELN, creado en 1965) y las *Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia* (FARC, 1966) [los otros grandes grupos guerrilleros *Ejército Popular de Liberación* (EPL, 1967), y *Movimiento 19 de Abril* (M19, 1970), en el curso de los años 80, con interrupciones, han abandonado las armas en el marco del proceso de pacificación]; por otro lado, por una "mafia de la droga", formada por varias organizaciones, de las cuales el grupo más violento, el así llamado "Cartel de Medellín", sin embargo, ha disminuido los atentados terroristas con la finalización de las extradiciones de narcotraficantes (art. 35 de la nueva Constitución de junio de 1991) (al respecto, vid. Ambos, 1991, c. p. 12 y mi artículo en *Die Tageszeitung*, Berlín, 3-12-91-11). Ambos conflictos tienen su origen en procesos históricos y ponen de manifiesto deficiencias estructurales y contradicciones del sistema político y socioeconómico colombiano, que pueden verse en: Comisión Internacional de Juristas / Comisión Andina de Juristas, 1990, pág. 68; PEARCE, 1990, pág. 49; MAYER, 1990; Americas Watch, 1990 y 1992a).

[5] La democracia constitucional del Perú se vio amenazada por un movimiento de guerrilla dividido pero fuerte [especialmente, *Sendero Luminoso* (SL)] y el *Movimiento Revolucionario Tupac Amaru* (MRTA) y se encuentra en una "guerra contra la droga" financiada por los Estados de Unidos, contra

Bolivia[6], no solo crea una legislación especial que facilita la detención provisional (vid.II.2.), sino que frecuentemente la aplica a través de sus fuerzas de seguridad (militares, policía o servicios de inteligencia) en forma tan generosa, que la legislación general (II.1.) pasa a un segundo plano. La aplicación mediante las fuerzas de seguridad expone así al detenido a métodos de obtención de la declaración que, generalmente orientadas[7] al objetivo de la defensa de la "seguridad nacional" y a una lucha eficiente contra la "subversión", plantean importantes problemas desde el punto de vista del Estado de derecho (III). Tanto más urgente resulta la garantía de los recursos procesales, especialmente del derecho de *habeas corpus* (III.4.).

2. LA SITUACIÓN LEGAL

A) *General (derecho constitucional y penal)*

En principio, las *Constituciones*[8] prohíben la *detención* realizada ilegítimamente, es decir, sin orden judicial (art. 23 Constitución colombiana en su antigua redacción [Const. col.] —28 n. red., 2.20 letra g Constitución peruana [Const. per.[—, art. 9 de la Constitución boliviana [Const. bol.]). Junto a los delitos en flagrancia (art. 24 Const. col. ant. red., art. 32 n. red., art. 2.20 g Const. per., art. 10 Const. bol.), sin embargo, son exceptuadas las normas de leyes especiales o "casos de terrorismo, espionaje o tráfico ilegal de drogas" (art. 2.20 g Const. per.). Esta última regulación de la Constitución del Perú es la que llega más lejos en la materia, autorizando el arresto policial hasta 15 días en los casos mencionados, sin perjuicio

el cultivo y la comercialización de la coca. La lucha contra la subversión y el control de la droga, de este modo, se superponen parcialmente, vid. Latin American Bureau, 1985; DEGREGORI, 1990; GORRITI, 1990; Americas Watch / Comisión Andina de Juristas, 1990, págs. 64 y ss.; Comisión Especial del Senado sobre las Causas de la Violencia y Alternativas de Pacificación en el Perú, 1989, así como mi artículo en *Die Tageszeitung*, Berlín, 8-1-92-11. El 7 de abril de 1992, sin embargo, el presidente Fujimori rompió el orden constitucional, disolviendo el Congreso y cesando la justicia (véase decreto-ley 25.418, en *Normas Legales*, TRUJILLO, núm. 191, abril 1992, pág. 177; cfr. además, Al, 1992 b, págs. 10 y ss.; AW, 1992 b, págs. 1 y ss.).

[6] Si bien Bolivia, ante la ausencia de una oposición armada importante, resulta, en comparación con Perú y Colombia, pacífica, como segundo productor de coca después de Perú juega igualmente un importante rol en la "guerra contra la droga" de los Estados Unidos, vid. Comisión Andina de Juristas, 1988; BEDREGAL / VISCARRA, 1989; NOHLEN, 1982, págs. 109 y ss. Vid. también mi artículo en *Die Tageszeitung*, Berlín.

[7] Vid. TOCORA, sin año, págs. 121 y ss.; WERZ, 1991, págs. 163 y ss. (175 y ss.); SPITTA, 1991, págs. 141 y ss.

[8] PEÑA P., R.E., Constitución Política de Colombia de 1886, Bogotá, 1990 (= Const. col.); el 6-7-91 fue promulgada una nueva Constitución (publicada en *El Espectador*, Bogotá, 8-7-91 y ahora también por Temis, Bogotá); Constitución Política del Perú del 12-7-79, Lima, 1979 (= Const. per.); República de Bolivia, Constitución Política del Estado (Ley del 2-2-67), La Paz, 1983 (= Const. bol.) [todas trad. del autor].

de la notificación al Ministerio Público y al juez competente, quienes, sin embargo, no están obligados a actuar en ninguna forma.

En principio, todo detenido en los términos del art. 2.20 g Const. per. o en flagrancia (art. 10 Const. bol.) debe ser presentado ante el juez dentro de 24 horas. La nueva Constitución colombiana (art. 28) dispone la presentación ante el juez dentro de 36 horas. Sin embargo, considerando las excepciones a este principio que todavía queda por señalar, su efectividad resulta dudosa.

La *incomunicación* está también, en principio, prohibida (art. 2.20 i Const. per., art. 9 Const. bol.), ello, no obstante, sin perjuicio de excepciones formuladas en forma indeterminada. Es admisible "en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito" conforme regulación legal particular (Const. per.) o "en casos de notoria gravedad", pero no más de 24 horas (Const. bol.). La Constitución colombiana en su antigua redacción también callaba al respecto, mientras que la nueva prohíbe muy vagamente solo las "medidas de seguridad imprescriptibles" (art. 28). Teniendo en cuenta las excepciones indeterminadas de las Constituciones peruana y boliviana queda sin respuesta qué regulaciones ofrecen la protección más efectiva en la práctica.

Los Códigos de Procedimientos Penales (C. de P. P.)[9] concretan estas regulaciones, aunque, como ya se señalara, sin distinguir claramente entre detención provisional y prisión preventiva. Solamente el C. de P. P. colombiano diferencia detención en flagrante delito (*captura*, arts. 393 y ss. antigua redacción, 370 y ss. de la nueva, C. de P. P.) y otra detención provisional (*detención preventiva*, arts. 421 y ss. antigua redacción, 397 y s. de la nueva, C. de P. P.). El (nuevo) C. de P. P. peruano distingue la detención en flagrancia solamente de la detención provisional fundada en terrorismo, tráfico de drogas y espionaje (arts. 106 num. 8, 109). El C. de P. P. boliviano regula en forma conjunta todos los *fundamentos de la detención* bajo "detención preventiva" (art. 194).

Junto al caso de flagrancia se reconoce como fundamento una escala penal mínima junto con la sospecha fundada[10] y, en su caso, una serie de delitos considerados de especial gravedad (art. 421 num. 2 ant. red., 397 num. 3. n. red., C. de P. P. col.).

[9] En Colombia, en las reformas procesales penales de los últimos cuatro años fueron promulgados dos nuevos Códigos de Procedimiento Penal (C. de P. P.) (decreto 50 de 1987, en ORTEGA, 1990, págs. 123 y ss.; decreto 2700 del 30-11-91, en *Diario Oficial*, Bogotá, 30-11-91). El nuevo C. de P. P., que entró en vigencia el 1-7-92 (art. provisional 1), introduce el sistema acusatorio (arts. 24, 320, 330, 333 y s., 352) y a este efecto crea una Fiscalía General de la Nación (vid. arts. 118-130 C. de P. P. y Estatuto Orgánico de la Fiscalía, decreto 2699 del 30-11-1991). En Perú, el 25-4-91 fue promulgado un nuevo C. de P. P., que igualmente introduce el sistema acusatorio (decreto legislativo 638, en redacción revisada en *El Peruano*, Lima, 1-6-91 y ahora también, RAMÍREZ, 1991). Entró en vigencia el 1-4-92 (art. 2 D. Leg. 638). En Bolivia continúa rigiendo el C. de P. P. del gobierno militar de Banzer (decreto-ley 10.426 del 23-8-72 en Harb, 1987, págs. 421 y ss.).

[10] Art. 421 (ant. red.) 397 num. 2 nuevo C. de P. P. col.: dos años y más; C. de P. P. per. (art. 46, num. 2); más de cuatro años, y "motivos suficientes para la consideración de la razonabilidad de la medida"; art. 194 del C. de P. P. bol.: más de dos años e "indicios manifiestos y graves".

La *excarcelación* se hace depender, en principio, de la gravedad del hecho expresada en su escala penal[11] o de la duración de la detención en relación con la pena esperada[12]. Sin embargo, con relación a los delitos codificados en leyes especiales se la exceptúa en forma expresa[13], mediante la remisión a la legislación especial (art. 52 C. de P. P. per.) o, en última instancia, sobre la base de los límites de las escalas penales ya mencionadas (nota 9) (más detalladamente *infra*). La ampliación desproporcionada de la detención provisional debe ser contrarrestada mediante plazos determinados de exclusión. Conforme el art. 422 del C. de P. P. col. (ant. red.), luego del vencimiento de los plazos para la declaración del imputado (*indagatoria*, arts. 376 y ss. del C. de P. P.) y luego de aclarada su situación jurídica, esto es, luego de 8 días como máximo (art. 406: 48 horas; 413: 5 días) debe ser solicitada la disposición judicial de la prisión preventiva o la libertad por parte del director del establecimiento carcelario. Si ella no se produce dentro de las 12 horas de realizada la solicitud, el detenido debe ser puesto en libertad (art. 422, párr. 2). Conforme el art. 439 num. 4 (ant. red.), 425 (nueva red.) del C. de P. P. col., el imputado debe ser puesto en libertad en la fase instructoria si luego de 120 días de privación de libertad el juez no resolvió aún acerca del procedimiento principal por parte del juez competente (*calificación*, arts. 467 y ss. (ant. red.), 438 (nueva red. C. de P. P. col.).

La *incomunicación* es admitida según el art. 140 del nuevo C. de P. P. peruano con orden judicial hasta 10 días hábiles, debiendo estar fundada y garantizándose el contacto entre el detenido y el defensor. El nuevo C. de P. P. colombiano no permite la incomunicación.

B) *Legislación especial*

a) Colombia. Debido a la "violencia generalizada" y a "la acción criminal de grupos relacionados con el narcotráfico", recientemente "concretada (en)... la muerte violenta del procurador general de la nación (Hoyos)"[14] el gobierno dictó el decreto de estado de sitio 180/88 el 27-1-88[15], mejor conocido como "Estatuto para la defensa

[11] Art. 441 num. 4 ant. red. C. de P. P. col. a contrario: menos de tres años: art. 49 del C. de P. P. per.: máximo de 6 años según ponderación judicial (num. 2); art. 182 num. 1 nuevo C. de P. P. per.: no más de cuatro años: art. 196 del C. de P. P. bol.: máximo de cuatro años.

[12] Art. 439 num. 2 ant. red., 415 num. 2 nueva red. C. de P. P. col.: pena total "merecida" ya cumplida; art. 182 num. 1 nuevo C. de P. P. per.: más de los dos tercios de la pena solicitada por el Ministerio Público: art. 196 num. 3 C. de P. P. bol.: mitad de la pena prevista.

[13] Vid., p. ej., art. 53 del nuevo Código de Ejecución Penal peruano del 31-7-91 (D.Leg. 654, en *El Peruano*, Lima, 1-8-91), que excluye expresamente la "liberación condicional" en casos de terrorismo y tráfico de drogas. En forma similar, art. 197 num. 3 del C. de P. P. boliviano con relación al terrorismo.

[14] Fundamentos del decreto 180/88, en Barco, 1990, pág. 437.

[15] El estado de sitio fue declarado por último el 1-5-84 por decreto 1038/84 y levantado solo después de la promulgación de la nueva Constitución el 4-7-91 por decreto 1686; rigió durante 35 años, entre 1949 y 1991 (GALLÓN, 1991 b, pág. 4). Durante su vigencia, el presidente puede tanto según la antigua como según la nueva Constitución (arts. 121 y 213 respectivamente) dictar decretos con fuerza de ley que suspendan la vigencia de leyes ordinarias. La nueva Constitución, que habla de *estado de*

de la democracia". Con él fue dictada una típica norma antiterrorista en nombre de la "guerra contra el narcotráfico"[16]. Fue adoptado parcialmente por la comisión formada en el curso hacia la nueva Constitución, la *Comisión Especial*, como legislación ordinaria[17]. Esto muestra la confusión, sintomática para la situación colombiana, entre lucha contra la 'subversión' y contra el narcotráfico mediante instrumentos jurídicos que ofrecen fundamento para la injerencia en los dos niveles.

Conforme el art. 40 a) las fuerzas de seguridad (militares, policía y servicios de inteligencia) pueden, entre otras facultades, "aprehender" a personas por sus "actividades terroristas" sin orden judicial. Según el art. 41 solo luego de 5 días deben informar al juez dentro de las 24 horas, es decir, en realidad, 6 días, y solo deben entregar al detenido luego de otros 5 —sin consideración del traslado—, pudiendo este último plazo ser nuevamente prolongado por el juez en 10 días (art. 42). Esto significa que el detenido puede permanecer hasta 21 días bajo arresto policial. Sin embargo, los arts. 40-42 del decreto 180/88 fueron modificados por la *Comisión Especial* (vid. nota 17). El decreto 2790/90 (Estatuto para la Defensa de la Justicia, EDJ), dictado en noviembre de 1990, modificado por decretos 99/91 (14.1), 390/91 y 1676/91, y adoptado en lo esencial por la *Comisión Especial*[18], posibilita la detención provisional en delitos de "orden público" (art. 9), entre los cuales se cuenta también el terrorismo y el tráfico de drogas, hasta 18 días, y hasta 35, en caso de que se trate de más de cinco personas[19].

conmoción interior, en lugar de *estado de sitio*, restringe en forma considerable las facultades del ejecutivo durante el estado de emergencia (vid. art. 214 y GALLÓN, 1991 a y 1991 b). A pesar de ello, ya fue declarado dos veces (decreto 1155 del 11-7-92 y...).

[16] El decreto contiene, entre otros, el "auxilio a las actividades terroristas" (art. 3), "omisión de informes sobre actividades terroristas" (art. 4), "concierto para delinquir" (art. 7), "instigación al terrorismo" (art. 8), "instrucción y entrenamiento" (art. 15), "secuestro" (art. 22), "extorsión" (art. 25), "atentados terroristas contra complejos industriales y otras instituciones" (art. 77) y "delitos... contra los funcionarios públicos" (cap. III), vid. AMBOS, 1989, págs. 71 y ss., con otras referencias; también CANCINO / MONROY / GRANADOS, 1990, págs. 69 y ss., con otras referencias.

[17] Según el artículo provisonal 8° de la Constitución regian los decretos dictados en razón del estado de sitio durante un máximo de 90 días, esto es, como máximo hasta el 18-10-91, dentro de los cuales debían ser presentados por el gobierno a una *Comisión Especial Legislativa* (también llamada "*Congresito*") para posibilitar su revisión constitucional. Esta comisión, formada por los 36 miembros elegidos para la Asamblea constituyente, podía adoptar los decretos en su totalidad, que se convertían así en legislación ordinaria, o rechazarlos total o parcialmente (artículo provisional 6°). En este procedimiento fueron adoptados los arts. 1 y s., 4, 6-8,12, 14-26, 28-36 del decreto 180/88 (art. 4 del decreto 2266/91, en *Derecho Colombiano*, Bogotá, núm. 359, noviembre de 1991, págs. 423-428).

[18] Arts. 3, 4-6 del decreto 2271/91 del 4-10 (en *Derecho Colombiano*, Bogotá, núm. 359, noviembre de 1991, págs. 444-476).

[19] Según el art. 26 del decreto 2790/90 en redacción del 99/91 el juez competente debe ser informado cinco días después de la detención, quien luego tiene otros 13 días —en caso de tratarse de más de cinco personas, hasta 30— hasta el esclarecimiento de la situación jurídica (art. 32 en la redacción de los arts. 6 y s. del decreto 1676/91).

Luego de una ola de atentados del Cartel de Medellín en agosto de 1989[20] fueron dictados el 18 de agosto numerosos decretos frente a "la acción persistente de grupos antisociales relacionados con el narcotráfico"[21]. Entre ellos, fue autorizada por el decreto 1859/89 la *incomunicación* hasta 7 días. El EDJ posibilita la incomunicación hasta 8 días; en caso de tratarse de más de dos personas, hasta 10, y de más de cinco, hasta 15 días[22].

La *excarcelación* y la suspensión de la "libertad provisional" quedan, en principio[23], excluidas (arts. 59 y s. EDJ en su redacción del decreto 99/91).

b) Perú. En Perú los problemas del terrorismo y de la droga son tratados desde el punto de vista normativo en forma separada.

El art. 4° de la ley 24.651 del 20-3-87 permite la *detención provisional* de autores o partícipes sospechosos de *terrorismo* hasta 15 días hábiles con noticia al *Ministerio Público* o al juez competente dentro de 24 horas. Mientras que la información al fiscal podía ser realizada según la ley 24.700 del 22-6-87 también por parientes o por organizaciones de derechos humanos (art. 2), según la ley 25.031 del 2-6-89 (art. 2) vigente, esto es ahora atribución solo de la policía. A diferencia de esto, continúa siendo ordenada la presencia del ministerio público para "defensa de la legalidad" y en "respeto por los derechos humanos" (idem). La liberación de prisión condicional queda excluida (ley 24.651, art. 5°).

En el curso del "autogolpe" del presidente Fujimori del 5 de abril de 1992 (vid. N.5), el 6-5-92 fue dictado un nuevo decreto para combatir el terrorismo[24], el cual también contiene normas acerca de la *detención provisional*. Según el art. 12 c. del decreto mencionado, la policía puede proceder a la detención de los "presuntos implicados" hasta 15 días hábiles, debiendo ser informado —tal como con la anterior situación legal— dentro de 24 horas el fiscal o el juez penal competente. Conforme el art. 12 d. se posibilita una "*incomunicación* absoluta de los detenidos por el máximo de ley", cuando "las circunstancias lo requieran... para el mejor

[20] En el lapso de 48 horas fueron asesinados Carlos Valencia, magistrado del Tribunal Superior en Bogotá el 16-8-89, Valdemar Franklin Quintero, jefe de policía en Antioquia, y Luis Carlos Galán, senador liberal y candidato a presidente, ambos el 28-8, con lo cual fue declarada por el presidente Barco la "guerra contra la droga" que estaba teniendo lugar en ese momento.

[21] Fundamentación del decreto 1859/89 en BARCO, 1990, pág. 927.

[22] Según el art. 26 EDJ, luego de la detención, puede haber hasta 5 días hasta la primera audiencia judicial (*indagatoria*), a los cuales se pueden agregar 3, o, en su caso, 5 (dos o más personas) o 10 días (cinco o más personas) (art. 32 EDJ en su redacción del art. 6 del decreto 1676/91).

[23] La excarcelación es posible cuando el detenido ha cumplido en prisión preventiva el lapso correspondiente al delito o es mayor de setenta años; en lugar de la suspensión es posible en casos excepcionales el alojamiento en un establecimiento médico. Estas regulaciones constituyen una atenuación con respecto a la anterior situación legal, según la cual la excarcelación y la suspensión de la pena quedaban excluidas sin excepción (art. 4° decreto 1203/87 y art. 7° decreto 1860/89).

[24] Decreto-ley 25.475 del 6-5-92 en *Normas Legales, Revista de Legislación y Jurisprudencia*, Trujillo, núm. 192, mayo 1992, págs. 139 y ss.

esclarecimiento de los hechos". Además, el 27 de setiembre de 1992, Fujimori dictó un decreto según el cual el plazo de la detención preventiva en el caso de "traición a la patria" —es decir, "terrorismo"— se extiende a 30 días. Así, estos inculpados pasarán más tiempo en la estación policial que en el proceso judicial, siendo un procedimiento sumario según el Código de Justicia Militar[24 bis].

En la parte procesal todavía vigente de la "Ley de represión de tráfico ilícito de drogas" (decreto-ley 22.095 del 21-2-78) se prevé —al igual que en la legislación en materia de terrorismo— la *detención provisional* de "traficantes, cómplices o encubridores" hasta 15 días "con conocimiento del juez instructor" (art. 71 a).

El nuevo C. de P. P. adopta la duración de la detención de hasta 15 días para terrorismo, tráfico de drogas y espionaje (art. 109). El fiscal debe ser notificado por escrito dentro de 24 horas o "en el término de la distancia". El juez debe visitar al detenido, y especialmente, hacer revisar su estado de salud.

Según la ley 24.388 del 5-12-85 ("Ley de descriminalización") en principio no se garantizan la excarcelación, libertad condicional, condena de ejecución condicional, conmutación y disminución de pena[25]. El nuevo Código de Ejecución Penal[26] confirma esta tendencia y excluye expresamente (arts. 47, 48, 53) la "redención de la pena por el trabajo y la educación" (arts. 44-47), salida controlada (art. 48-52) y la libertad condicional (arts. 53-57) para terrorismo y tráfico de drogas.

c) Bolivia. Dado que en Bolivia no hay en este momento una situación seria de terrorismo, no hay una ley especial antiterrorismo. Sin embargo, existe como ley de drogas la "Ley del Régimen de la Coca y sustancias controladas" del 19-7-88 (ley 1008), que contiene regulaciones correspondientes. Conforme el art. 95, la policía puede "aprehender e incomunicar" a los sospechosos, salvo delitos en flagrancia en presencia del fiscal (art. 96). Los detenidos deben ser entregados dentro de 48 horas al juez competente (art. 97). De este modo, la *incomunicación* puede durar hasta 48 horas, a pesar de que el art. 9 Const. bol. autoriza solamente 24 horas. Queda excluida la excarcelación (art. 109).

C) *Evaluación resumida*

Básicamente, la legislación especial agrava la legislación general mediante *presupuestos simplificados para la detención preventiva y prolongación de la detención*. Solamente en Perú es ya la legislación general la que prevé mediante el art. 2.20 g de la Constitución y ahora también el art. 109 del C. de P. P. una detención de hasta 15 días y el art. 140 del C. de P. P., incomunicación de hasta 10 días.

[24 bis] *IA 71*/octubre 1992/págs. 6 y ss.

[25] En este ámbito fueron introducidas reformas anuales entre 1981 y 1985; ley 23.490 del 5-11-82, ley 23.689 del 11-10-83, ley 23.956 del 29-10-84, art. 2 de la ley 24.388 del 5-12-85, vid. RUBIO, 1988, págs. 14 y ss., 85 y s., 88.

[26] Código de Ejecución Penal = D. Leg. 654 del 31-7-91 en *El Peruano* del 1-8-91.

Perú presenta también la detención sin orden judicial más prolongada, hasta 15 días. En *Colombia*, sin embargo, este plazo puede ser superado con una prolongación judicial hasta 21 días, mientras que en *Bolivia* solamente están permitidas 48 horas.

También la *incomunicación* es, con 10 días, más prolongada en Perú que en Colombia (5-10) y Bolivia (48 horas).

La regulación peruana aparece algo atenuada por la presencia del fiscal, expresamente prevista, "en respeto por los derechos humanos" y por medio de la garantización del contacto con el defensor también durante la incomunicación (art. 140 C. de P. P.). La significación práctica de estos controles es, sin embargo, dudosa, si se piensa que es solamente la policía la que —normativa y fácticamente— puede informar de la detención provisional, y que en la mayoría de las zonas de excepción rurales los militares poseen el monopolio de la información. De este modo, los órganos judiciales están —también en Colombia y en Bolivia— totalmente sujetos a la disposición a cooperar de las fuerzas de seguridad. Por ello, no es sorprendente que según una investigación realizada en Perú[27] resulte "notorio el ausentismo de los representantes del *Ministerio Público* durante la investigación policial" y que la "mayoría de los acusados... no han visto al fiscal provincial durante todo su paso por la policía".

Ya el análisis normativo señala, de acuerdo con esto, importantes problemas desde el punto de vista del Estado de derecho que serán considerados con más detalle en lo que sigue.

3. PROBLEMAS DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL ESTADO DE DERECHO

A) *La Convención Americana sobre Derechos Humanos como parámetro para el análisis*

La *Convención Americana sobre Derechos Humanos* de 1969 sirve como parámetro para el análisis (CADH)[28] y, como "tratado internacional" en el sentido del art. 38 (1) a) del Estatuto de la Corte Internacional de La Haya, constituye una norma jurídica de derecho internacional y origina obligaciones de derecho internacional luego de la ratificación voluntaria de los Estados parte y de su entrada en vigencia[29]. Conforme el art. 74.2, la Convención Americana sobre Derechos Humanos entró en vigencia el 18-7-78, luego del depósito del undécimo instrumento de ratificación o incorporación[30]. Hasta febrero de 1991 había sido firmada por 23 de los 31 países de la OEA, y ratificada por 22[31].

[27] MEJÍA, 1989, pág. 420.

[28] También Pacto de San José, Costa Rica, en español en Comisión Andina de Juristas, 1988, págs. 57 y ss. y en alemán en *EuGRZ* 80/435; también SIMMA / FASTENRATH, 1992, págs. 534 y ss.

[29] Vid. arts. 11 y ss., 24 y s. de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969; VERDROSS / SIMMA, 1984, §§ 70 y ss.; adviértase la distinción entre "vinculación" ("consent becomes irrevocable") y "entrada en vigencia" ("obligations are to be perfomed"), vid. ídem §§ 716 y ss., nota 37.

[30] Vid. THUN, 1989, pág. 60; KOKOTT, 1986, pág. 25, nota 109.

[31] Cronológicamente (ratificación): Costa Rica (8-4-70); *Colombia* (31-3-73); Venezuela (9-8-77); Honduras (8-9-77); Haití (27-9-77); Ecuador (28-12-77); República Dominicana (19-4-78); Guatemala

Su *vigencia estatal interna* y su *rango* dependen —como tratados de derecho internacional normales, en el sentido mencionado— del ordenamiento jurídico nacional[32]. En tal medida, la mayoría de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos exigen, también Colombia, Perú y Bolivia, leyes especiales de transformación[33], a las cuales se les otorga rango constitucional, supralegal o de ley[34].

El tipo de *aplicabilidad de derecho interno* de las normas jurídicas de un tratado depende del carácter de estas. La aplicabilidad inmediata (*self-executing*), esto es, en el sentido originario del derecho internacional, sin el dictado de derecho nacional que las concrete, en principio, solo entra en consideración en el caso de normas que conceden derechos subjetivos y que se encuentran formuladas en forma suficientemente determinada[35]. Con relación a la CADH se sostiene, en tal medida, la opinión de que los derechos fundamentales y humanos contenidos en ella resultan inmediatamente aplicables[36].

Aunque la detención provisional no está en principio prohibida, solamente está permitida bajo ciertos presupuestos, los cuales surgen del art. 7 CADH. En primer lugar, la privación de libertad debe estar legalmente determinada (7.2) y no puede ser arbitraria (7.3). Se le deben comunicar al detenido las razones de la detención (7.4) y debe ser llevado ante el juez "sin demora" y ser condenado o puesto en libertad dentro de un plazo "razonable" (7.5). Mientras que con respecto al derecho a la presentación ante el juez "sin demora" se ha establecido como

(25-5-78); Panamá (22-6-78); El Salvador (23-6-78); Grenada (18-7-78); *Perú* (28-7-78); Jamaica (7-8-78); *Bolivia* (19-7-79); Nicaragua (25-9-79); México (3-4-82); Barbados (27-11-82); Argentina (5-9-84); Uruguay (19-4-85); Surinam (12-11-87); Paraguay (24-8-89); Chile (21-8-90); Estados Unidos (solo firma) [Organización de los Estados Americanos, 1991, pág. 575 (Anexo A); también *Boletín de la Comisión Andina de Juristas*, núm. 23 diciembre de 1989, págs. 50 y ss.].

32 VERDROSS / SIMMA, 1984, §§ 852 y ss. con otras referencias.

33 Vid., por ejemplo, arts. 76 num. 18 Const. col.; 102 Const. per.; 59 num. 12 Const. bol.; 121 num. 4 Const. de Costa Rica; 138 num. 11 Const. nicaragüense.

34 *Rango constitucional*: Perú (art. 105 para tratados de derechos humanos); *rango supralegal*: Costa Rica (art. 7), El Salvador (art. 144 y s.), Guatemala (el art. 46, que rige en amteria de derechos humanos, les otorga rango supraconstitucional, vid. *infra*), Paraguay (art. 9), Honduras (art. 17), Perú (art. 101); *rango de ley*: Argentina (art. 31), México (art. 133), Uruguay (art. 6), Ecuador (arts. 3, 137), Venezuela, República Dominicana (art. 3), Bolivia, Chile, Cuba y Panamá *no* reconocen derecho de los tratados con vigencia de derecho interno. El que llega más lejos es el art. 46 de la nueva Constitución de Guatemala (1985): "...en materia de derechos humanos... los tratados 'aceptados y ratificados' tienen preeminencia sobre el derecho interno", vid. TREJOS, 1991, págs. 65 y ss.; también MINVIELLE, 1988, págs. 72 y ss.

35 VERDROSS / SIMMA, 1984, §§ 863 y ss., con otras referencias; JIMÉNEZ, 1988, pág. 34.

36 O'DONNELL, 1988, págs. 45 y ss.; LLOBET, 1990, págs. 581 y ss.; MINVIELLE, 1988, págs. 75 y ss.; TREJOS, 1991, págs. 78, 81 y ss., estas últimas con referencia al dictamen de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Costa Rica. Vid. también art. 2 CADH). Diferente, el punto de vista oficial de los Estados Unidos, vid. JIMÉNEZ, 1988, págs. 40 y ss., TREJOS, 1991, págs. 81 y ss.

regla de derecho internacional un lapso de 72 horas hasta "pocos días"[37], falta con relación al plazo "razonable" una determinación positiva[38]. La Comisión de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (vid. art. 28 PIDCP), sin embargo, ha decidido en dos casos latinoamericanos con relación a la norma similar del art. 9 (3) PIDCP que la detención por algo más de un año, luego de lo cual el proceso fuera sobreseído por falta de pruebas, o durante seis meses hasta el inicio del procedimiento y otros dos años hasta la sentencia, van más allá de un plazo "razonable"[39].

Las regulaciones aquí analizadas, en parte, no se corresponden con los plazos mencionados. En todo caso, una presentación ante el juez luego de 6 días en Colombia (art. 41 decreto 180/88) y el mero conocimiento o notificación en el Perú (ley 24.651, D.L. 22.095) no constituyen una presentación "sin demora" en los términos del 7.5. de la CADH. Con él se corresponden solamente las 48 horas según el art. 97 de la ley boliviana 1008, respecto de la cual, sin embargo, se critica su no aplicación práctica por parte de los jueces[40].

Además de estos derechos puestos en peligro por la detención provisional, el arresto policial de las personas detenidas implica la posibilidad de lesiones jurídicas mediatas, tales como del derecho a la vida (art. 4 CADH), a un tratamiento digno (5), a un procedimiento justo (8) y al respeto de la esfera de privacidad (11) [también simultáneamente]. Por ello, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido:

"Puesto que la detención lo priva a uno de la libertad, es de crucial importancia que ...tales penas no pueden ser impuestas arbitrariamente a discreción o complacencia de la autoridad ejecutiva. A menos que los ciudadanos estén garantizados en el ejercicio de este derecho, *todos los demás derechos* quedan en precario. Mientras exista la posibilidad de la detención arbitraria, las demás barreras a la acción gubernamental se convierten en esperanzas vacías...." (el destacado me pertenece)[41].

Teniendo en cuenta la importancia de la libertad personal en una democracia conforme al Estado de derecho, y la situación jurídica descripta, se debe concluir necesariamente que la detención provisional debe constituir la excepción y no la regla[42], y que, por ello, debe estar sujeta a escritos presupuestos.

37 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (72h) y Comisión de Derechos Humanos del PIDCP, vid. O'DONNELL, 1988, págs. 133 y ss.

38 Vid. MINVIELLE, 1988, pág. 107; ZAFFARONI, 1986, págs. 146-147; TARUSELLI, 1989, págs. 73-79; MAIER, 1981, págs. 123-154.

39 FALS BORDA c. Colombia (46/1979) y PIETROROIA c. Uruguay (44/78), citados según O'DONNELL, 1988, pág. 140.

40 J. ALDERETE, *Interview*, La Paz, 25-10-90; PAREDES / MERCADO, *Interview*, La Paz, 1-11-90; vid. también US Department of State, 1991, págs. 517 y 1992, pág. 507: "En la práctica, muchos detenidos permanecen encarcelados por más de este período, sin que se le hayan formulado cargos" (traducc. del inglés).

41 Citado según O'DONNELL, 1988, págs. 144 y ss.

42 Vid. también art. 9 (3) pág. 2 PIDCP: "La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general"; en concordancia, O'DONNELL, 1988, págs. 141 y ss.

B) *Falta de determinación del fundamento material de la injerencia, especialmente del concepto de "terrorismo"*

La detención provisional, según la legislación especial aquí investigada, tiene lugar con fundamento en el delito de terrorismo o del de tráfico de drogas. De ello se sigue que el círculo de potenciales destinatarios de los fundamentos de la injerencia depende de las definiciones de terrorismo o de tráfico de drogas respectivamente utilizadas.

El estatuto antiterrorista *colombiano* (art. 1 decreto 180/88, nota 16), entiende por terrorista a aquel,

"que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población... mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones..." o "mediante llamada telefónica, cinta magnetofónica, video, casete...".

La ley *peruana* 24.953, el nuevo C. P. de abril de 1991 (art. 319) y el decreto que lo modifica 25.475[43] describen como terrorista a aquello que

"provoca, crea o mantiene en estado de zozobra, alarma o terror en la población o en un sector de ella, realizando actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la seguridad personal o la integridad física... o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos... o cualquier otro bien o servicio, empleando métodos violentos... o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública...".

La indeterminación y la amplitud de estas definiciones se complementa con una expansión del derecho material, a través de la configuración de los tipos como delitos de peligro abstracto y de la criminalización de delitos de colaboración, preparación y organización, tal como ya se señalara en otra oportunidad[44].

De este modo todo ciudadano activo políticamente termina por convertirse en un autor potencial en los términos del derecho penal del terrorismo y en un destinatario de sus medidas de coacción de derecho procesal penal, especialmente de la detención provisional y de la incomunicación.

Como consecuencia de la situación legal descripta, en *Colombia* fueron detenidas en el lapso de 10 días, luego del dictado de los decretos de agosto de 1989, más de 11.000 personas (!), las cuales en su mayoría debieron ser puestos en libertad poco tiempo después, ya que no se pudo confirmar respecto de ellas ni la sospecha de terrorismo ni la de tráfico de drogas[45]. Los ataques se dirigen contra la oposición legal de izquierda, especialmente, la Unión Patriótica, al igual que contra los movimientos sindical y de derechos humanos. Así, en marzo de 1990 fueron detenidos en Cali (Departamento de Valle) numerosos dirigentes sindicales por sospecha de terrorismo, pero luego de la revisión judicial de la detención debieron ser nuevamente liberados[46]. En octubre de 1989 fueron detenidos cuatro miembros del Instituto Popular de Capacitación en Medellín, quienes también debieron ser liberados por orden judicial[47]. Tales detenciones, especialmente contra esta organización y contra los grupos que colaboran con ella, se repiten constantemente. Según el Departamento de Estado norteamericano, también en 1991, se comprobaron nuevamente "numerosos ejemplos de arresto o detención arbitraria"[48]. Según informes de testigos presenciales, la represión se dirige más contra el pueblo y contra las clases populares que contra el tráfico de drogas, y las fuerzas de seguridad abusan de los derechos que les fueron concedidos en el marco de la guerra contra la droga[49].

En *Perú* se producen regularmente detenciones masivas bajo el reproche de "actividades subversivas". Según Amnesty International, "prácticamente todos los presos políticos... lo son bajo cargos de "terrorismo"[50]. Así, por ejemplo, en junio de 1989 fueron detenidas en el suburbio de Lima conocido como "zona roja", *Villa El Salvador*, 1200 personas, en abril de 1990, 2500 en Lima, a principios de mayo de 1991, luego de una ola de atentados de las organizaciones armadas *Sendero Luminoso* y *Movimiento Revolucionario Tupac Amaru*, 2500, y en junio de 1991, 150. También en las zonas rurales, especialmente en aquellas que se encuentran bajo estado de emergencia[51], se informa acerca de detenciones masivas. Las detenciones selectivas se dirigen, al igual que en Colombia, contra la izquierda legal, sindicalistas y activistas de derechos humanos, al igual que contra las univer-

[43] Art. 2, 22 decreto-ley 25.475 del 6-5-92, en *Normas Legales, Revista de Legislación y Jurisprudencia*, Trujillo, núm. 192, mayo de 1992, págs. 139 y ss. (vid. nota 24).

[44] AMBOS, 1989, págs. 83 y ss., 102 y ss.

[45] Comisión Andina de Juristas SC 1990a, pág. 101: Americas Watch, 1990b, pág. 48; en el curso de estas acciones fueron allanados y ocupados, además, 467 terrenos, y secuestrados 1313 automóviles, más de 1000 armas, 28 yates, 346 aviones y 28.521 animales.

[46] Amnesty International, 1991, pág. 70, con otros casos. Cfr. también, AI 1992 a, págs. 91 y ss.; Americas Watch 1992 a, págs. 26 y ss.

[47] Comisión Andina de Juristas SC 1990a, pág. 110.

[48] US Department of State, 1992, pág. 539 (traducc. del original).

[49] Conversaciones y entrevistas durante una visita a las zonas afectadas (*nororiental y noroccidental*) de Medellín, septiembre de 1990 (al respecto, AMBOS 1991a. págs. 29 y ss.) y octubre de 1991 (al respecto, mi artículo en *Die Tageszeitung*, Berlín, 3-12-91), al igual que los informes de derechos humanos citados.

[50] Amnesty International, 1991, pág. 185; también US Department of State, 1991, pág. 741.

[51] Según el art. 231 de la Constitución el presidente puede decretar y prolongar el estado de emergencia por 60 días en caso de "perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o graves circunstancias que afectan la vida de la Nación"; en la zona afectada el control es asumido por un "comando político militar" de las Fuerzas Armadas y los derechos fundamentales existentes son restringidos. A fines de 1990 se encontraban bajo estado de emergencia 88 de las 183 provincias del país, 25% de la población vivió todo el año bajo estado de emergencia y otro 35%, la mitad del año, o sea que en total se vieron afectados el 60% de los habitantes del Perú (aproximadamente 13,2 millones). A fines de 1991 el número de provincias en estado de emergencia se redujo a 59 —por primera vez desde 1980—, de las cuales 11 estaban en parte bajo estado de emergencia; 45% de la población peruana vivió bajo estado de emergencia [US Department of State, 1991, pág. 736; idem, 1992, pág. 708; con relación a las lesiones a los derechos humanos bajo estado de emergencia, Amnesty International, 1988; US Department of State, 1991, págs. 741 y ss.; idem, 1992, págs. 712 y ss.]. Sin embargo, con el golpe de estado del presidente Fujimori el 5-4-92, todo el país fue puesto bajo estado de emergencia (vid. nota 5 con otras referencias).

sidades, especialmente la *Universidad Mayor de San Marcos* y la *Universidad Nacional "Enrique Guzmán y Valle la Cantuta"*, cuyos miembros fueron víctimas de acciones de contrainsurgencia por última vez en abril de 1989 y en septiembre de 1990[52]. Algunos ejemplos del informe anual 1990/91 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ante la cual de la totalidad de 86 casos, 51 fueron contra Perú[53], muestran claramente esta tendencia:

* Luego de que *O. Delgado Vera*, secretario general del Sindicato de Aduana, fuera citado, se le tomara declaración, y fuera nuevamente liberado por el teniente Solís Zevallos por sospecha de terrorismo el 9-12-88, fue seguido y detenido por miembros de la unidad policial antiterrorista DIRCOTE en Lima; la policía negó su detención, a pesar de lo cual desde entonces no volvió a aparecer.

* Luego de una manifestación de campesinos el 9-2-89 en Pucallpa (Depto. de Ucayali), *Hugo Blanco G.* fue detenido y colocado bajo arresto del DIRCOTE en Lima. El 20-2-89 el fiscal competente comprobó que la acusación no se encontraba justificada, debido a que la sospecha resultaba insuficiente, de modo tal que Blanco debería haber sido puesto en libertad. En lugar de eso, fue trasladado de regreso a Pucallpa en un avión militar —la línea civil de aeronavegación *Aeroperú* se había negado al transporte, ante la resistencia de Blanco—. Se teme que haya sido asesinado allí por un grupo paramilitar.

* El 15-I-89 N.P. Romo A., estudiante de derecho y miembro de la comisión de derechos humanos de Villa El Salvador (suburbio de Lima), fue detenido en Lima. La visa de entrada a Nicaragua en su pasaporte fue considerada por la policía como prueba suficiente para imputarle, entre otras cosas, "terrorismo".

En el ámbito del *derecho penal de drogas* el círculo potencial de destinatarios de la detención provincial es ampliado mediante dos "técnicas". Por un lado, se mezclan terrorismo y tráfico de drogas en el *narcoterrorismo* y ambos son tratados normativamente del mismo modo[54]. Por otro, se produce una expansión de los tipos de derecho material en la legislación en materia de drogas, similar a lo que ocurre con el terrorismo[55]. Así, el tipo básico del D.L. peruano 22.095 en redacción del D.Leg. 122 (1981) codifica doce acciones, desde "sembrar y cultivar", pasando por la producción, hasta el "vender y distribuir" drogas y el art. 296 C. P. con todo, siete, que van desde el cultivo hasta el tráfico. En forma similar, la ley boliviana 1008 intenta abarcar todas las acciones a nivel de la producción y comercialización, aunque en preceptos separados (arts. 46 y ss.). Resultado de esta "sobrecriminalización" es un ámbito de aplicación de la detención provisional considerablemente ampliado. Desde el pequeño cultivador de coca, pasando por los *pisacoca*, que actúan en la elaboración de la coca en cocaína, hasta los intermediarios, cualquiera puede ser detenido por sospecha. Correspondientemente, con frecuencia se producen detenciones provisionales en las principales zonas coqueras, el Alto Huallaga (Perú) y la región de Chapare (Bolivia), las cuales, según las organizaciones de derechos humanos, si bien están formalmente fundadas, responden con frecuencia a la arbitrariedad policial y a acciones ciegas[56]. Algunos casos de la región coquera de *Chapare* muestran esto con claridad[57].

* El 15-8-90 a las 9.30 hs. el conductor de autobús Lucio López Claros fue detenido por la policía de drogas sin orden de detención, se le tomó declaración durante varias horas, luego su casa fue allanada, ingresándose también a habitaciones ajenas a ella, y por último, se le tomaron huellas digitales y se elaboró una declaración escrita.

* El 26-7-90 a las 8 hs. Víctor Soria Galvarro fue detenido cuando regresaba a su hogar por la policía de drogas, luego de lo cual se llevó a cabo un allanamiento de su casa. Al realizarse el acta en la guardia se le expresó que sería dejado en libertad a cambio de US$ 5000 que debían ser entregados por su hermana, una farmacéutica, en su farmacia. En caso de que denunciara esta "oferta", sería detenido nuevamente y puesto en prisión. Un día después, el 27-7, el bioquímico Gerardo Manrique observó como Hilda Soria Galvarro, la hermana de Víctor, entregaba en su farmacia US$ 4000 a un hombre vestido de civil. Ante la pregunta de si esto correspondía a una compra de medicamentos, H. Soria G. respondió que era por "un asunto especial" que tenía que ver con su hermano.

* El 14-2-91 la señora Julia Romero fue detenida en su domicilio en Cochabamba y este allanado, todo ello sin orden de detención o de allanamiento. Cuando su esposo se puso en contacto con la policía de drogas local, el teniente Torrico presente le pidió US$ 1000 por la liberación de J. Romero. El esposo solamente pudo pagar US$ 300, con lo cual Romero fue liberada.

C) *Métodos prohibidos de obtención de la declaración durante el encarcelamiento*

La posibilidad de una detención de varios días en arresto policial o militar, especialmente si esto viene acompañado de la incomunicación del detenido, conlleva

[52] Respecto de todo esto, Americas Watch / Comisión Andina de Juristas, 1990, págs. 80 y ss.; Amnesty Inernational, 1989; Amnesty International, 1991, págs. 182, 185; AI, 1992 a, págs. 213 y ss.; AI 1992 b, pág. 26; US Department of State, 1991, págs. 742 y ss.; US Department of State, 1992, págs. 712 y s.; Americas Watch, 1992 b, págs. 5 y s.; Comisión Andina de Juristas: *Informativo Andino* (Lima), especialmente num. 47/Octubre 90/7; 54/mayo 91/págs. 7 y s.; 55/junio 91/p.5.

[53] Vid. OEA, 1991, págs. 35 y ss. (27 y ss.); los casos descriptos se encuentran en las páginas 359 y ss. (O. Delgado), 362 y ss. (H. Blanco) y 378 y ss. (N.P. Romo A.).

[54] Así, en Colombia, mediante el decreto 180/88 ya tratado. En Perú, el gobierno de Fujimori ha atacado públicamente al "narcoterrorismo" en forma reiterada, e inclusive fue codificado penalmente —en el marco del lavado de dinero (D.Leg. 736).

[55] Esto se corresponde con la práctica internacional, vid. ALBRECHT,, 1991, págs. 70 y ss.; MEYER, 1987, págs. 740 y ss.; ALBRECHT / VAN KALMTHOUT, 1989, págs. 429 y ss., todos con otras referencias.

[56] Americas Watch / Comisión Andina de Juristas, 1990, pág. 114; Federación de Campesinos del Alto Huallaga (FEDECAH): Comunicado 002, Uchiza, 12-10-90; vid. también GARCÍA SAYAN, D.: "las víctimas de la represión son los campesinos", entrevista en *La República* (Lima) del 8-10-90.

[57] Documentación de la Asamblea de Derechos Humanos de Cochabamba, visita, copias y entrevista con su presidente Padre F. Aguilló, Cochabamba, 29-10-90 y 26-11-91 (también AMBOS, 1991a, págs. 31 y s.). Vid. asimismo la toma de posición de la "Comisión Interinstitucional de Derechos Humanos", Cochabamba, 3-8-91, en donde se habla de una "serie de abusos de la UMOPAR".

el peligro de la aplicación de métodos prohibidos de obtención de la declaración por parte de las fuerzas de seguridad, dado que estas están interesadas en utilizar las posibilidades de detención ampliadas para la obtención de nuevas informaciones que sirvan para la lucha contra la "subversión". Esto no queda solamente en la aplicación de métodos prohibidos para la obtención de la declaración, especialmente de la tortura[58], sino que la detención provisional sirve también como acción preparatoria para la así llamada "desaparición" de opositores del régimen[59].

Con relación a la situación colombiana la sección colombiana de la Comisión Andina de Juristas comprueba, por esto:

"...el interés de mantener a los capturados detenidos e incomunicados, sin la asistencia de un abogado y por fuera de cualquier trámite jurisdiccional, salta los parámetros en los que se enmarca cualquier Estado de Derecho y constituye un marco de impunidad para la realización de torturas y desapariciones, práctica de común ocurrencia en Colombia"[60].

Similar es la crítica formulada por la organización norteamericana de derechos humanos Americas Watch:

"Autorizar al personal de las fuerzas de seguridad a la detención en incomunicación por siete días hábiles es... invitar a la inflicción de torturas en el curso del interrogatorio. Desde que ninguna autoridad judicial es responsable por las circunstancias del prisionero durante la detención en incomunicación ...se crea un período muy peligroso durante el cual se puede hacer desaparecer al prisionero"[61].

Los informes de derechos humanos y entrevistas con representantes estatales y no estatales de las organizaciones de derechos humanos ya citados prueban que estos temores resultan fundados[62]. Tal como señala el "Fiscal General de Derechos Humanos" y actual *Defensor del Pueblo*, J. Córdoba:

[58] Vid. también al respecto la "*Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura*", firmada el 9-12-85 en Cartagena (Colombia) por 20 Estados, y entrada en vigencia el 28-12-87, ratificada por (cronológicamente, estado a febrero de 1991): República Dominicana, Guatemala (ambas 29-1-87), México (22-6-87), Surinam (12-11-87, Chile (30-9-88, Argentina (31-3-89), Brasil (20-7-89), Paraguay (9-3-90 [OEA, 1991, pág. 587; texto en: Serie sobre Tratados, OEA, núm. 67]. El Congreso Peruano la ha ratificado el 14-12-90 (*Normas Legales* 173, diciembre de 1990, pág. 70).

[59] Esta táctica se origina en la "guerra sucia" durante la dictadura militar argentina, y se cuenta hoy entre el repertorio de la lucha contra las rebeliones de numerosas fuerzas de seguridad latinoamericanas, especialmente colombianas y peruanas. Cfr. los informes de derechos humanos de Amnesty International y de Americas Watch citados en la bibliografía, así como también WALDMANN, 1991, pág. 38, quien sostiene la correcta tesis de que esta técnica se origina en la idea de que "de esta forma se puede escapar al reproche de la opinión pública mundial" (traducc. del original); esto finalmente no ocurre, como lo prueba no en último término el surgimiento de numerosas organizaciones latinoamericanas de parientes de desaparecidos nacionales —ASFADES (Col.), ASOFAMD (Bol.)— y suprarregionales (*Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familiares de Detenidos-Desaparecidos* = FEDEFAM).

[60] Comisión Andina de Juristas SC, 1990, págs. 101 y ss. (105).

[61] Americas Watch, pág. 45 (traducc. del original).

[62] Vid. US Department of State, 1991, pág. 553: "...existen informes confiables de que la policía y las fuerzas de seguridad golpea y tortura a los detenidos, especialmente en el período que sigue inmediatamente a la detención" (ídem, 1992, pág. 539); o Amnesty International, 1991, pág. 67: "fue reportada la tortura de detenidos políticos mantenidos ilegalmente en instalaciones del ejército".

"La legislación extraordinaria ha abierto algunos espacios para las Fuerzas Armadas y la policía... evitando los controles propios del estado de derecho tales como la actividad de los fiscales del *Ministerio Público* o de la Procuraduría de Derechos Humanos, quienes realmente no pueden asistir a las declaraciones ni recibir las informaciones necesarias... en muchos casos hemos constatado que las fuerzas de seguridad han aprovechado estas facultades ... definitivamente han permitido a las fuerzas de seguridad violar los derechos humanos, principalmente en los siguientes ámbitos: mediante la tortura, que ha adquirido mayor importancia y que se practica en las declaraciones de ausencia del defensor y del fiscal... por medio de tratamientos muy sutiles, que normalmente no dejan huellas, ... violencia psíquica y a veces también física; además existen numerosos casos de detenciones ilegales, es decir, sin orden previa y sin que se trate de un delito cometido en flagrancia..."[63].

En *Perú*, donde la detención provisional está admitida constitucionalmente hasta 15 días (2.20 g), también se reprocha a las fuerzas de seguridad la utilización sistemática de torturas durante las declaraciones y el hacer 'desaparecer' luego al detenido:

"Grupos de derechos humanos formulan la imputación de que los sospechosos de subversivos tenidos por el gobierno son habitualmente torturados...; esto es confirmado por abogados y otras personas familiarizadas con la policía y el sistema judicial. El ministerio público advirtió que la mayoría de los detenidos por autoridades militares mostraban signos de maltratos o torturas"[64].

"Las personas que luego de una detención 'reaparecen' ...describen numerosas torturas durante las declaraciones ... Cuando son descubiertos los cuerpos de los 'desaparecidos', estos muestran muchas huellas de tortura"[65].

Sin embargo, la mayoría de los detenidos 'provisionales' no vuelven a aparecer, sino que permanecen 'desaparecidos'. De este modo "desaparecieron" en Perú entre 1983 y 1991 más de 5000 personas luego de una detención (provisional) fundada en la mayoría de los casos en actividades subversivas[66]. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por ello, ha condenado al Perú en los casos mencionados en la forma que sigue:

[63] *Entrevista*, Bogotá, 16-11-90; similar H. Pinzón (CNPDH), *entrevista*, Bogotá, 17-9-90; Jesús María Valle, *entrevista*, Medellín, 14-9-90; vid. también Americas Watch, 1990, págs. 98 y ss.; Comisión Internacional de Juristas / Comisión Andina de Juristas, 1990, págs. 119 y ss. Amnesty International, 1988a, así como la respuesta del gobierno colombiano: Presidencia de la República, 1988.

[64] US Department of State, 1990, pág. 74; similar, ídem, 1992, pág. 712: "...son comunes los cargos de trato brutal de los detenidos" (traducc. del original). También Amnesty International, 191, pág. 184: "La tortura y el maltrato como medios de interrogación e intimidación de los detenidos políticos son reportadas con frecuencia" (traducc. del original).

[65] Americas Watch / Comisión Andina de Juristas, 1990, págs. 84 y ss.; F. Soberon (APRODEH), *entrevista*, Lima, 10-10-90; C. Chávez (entonces defensor del pueblo), *entrevista*, Lima, 10-10-90.

[66] Vid. US Department of State, 1991, págs. 740 y ss.; Amnesty International, 1991, págs. 83 y ss.; IA 58, Lima, septiembre de 1991, pág. 7. Sin embargo, durante 1991 se redujo la cantidad de desaparecidos (vid. US Department of State, 1991, pág. 711).

"...tal hecho configura una grave violación al derecho a la vida, la integridad personal, derecho a la libertad personal y al derecho a las garantías judiciales (arts. 4, 5, 7, 8 de la CADH) (por parte del estado peruano)"[67].

En *Bolivia*, debido a la ausencia de una oposición armada seria, tales lesiones flagrantes a los derechos humanos son informadas con menor frecuencia. A pesar de ello, también aquí los fundamentos de injerencia demasiado generosos favorecen las lesiones a los derechos humanos por parte de las fuerzas de seguridad en el marco de la detención provisional, como lo muestra un reciente caso: a fines de 1990, por lo menos doce de los secuestradores del empresario Lonsdale fueron torturados brutalmente durante las declaraciones, otros de los detenidos no quisieron admitir los maltratos por temor a las represalias amenazadas[68]. Según un informe de la Washington Office on Latinoamerica, una organización norteamericana de derechos humanos no estatal, en la primera mitad de 1991 proliferaron las lesiones a los derechos humanos de los órganos estatales de seguridad[69]. Según el Departamento de Estado norteamericano, existen "alegatos de tortura, cargos dignos de crédito de crueldad y tratamiento degradante de los detenidos..."[70].

Estos abusos por parte de las fuerzas de seguridad han conducido a una gran desconfianza de la justicia, especialmente de los jueces, respecto de los resultados de la instrucción policial. Según una investigación de Mejía, las actas de declaraciones policiales no respetan principios esenciales en materia probatoria y numerosos procedimientos debieron ser sobreseídos debido a falta de pruebas, incluido el recurso a confesiones obtenidas por medio de violencia y coacción[71]. Por ello, además de los déficits formales y técnicos, especialmente los medios prohibidos de obtención de la declaración aplicados por la policía son responsables de que la mayoría de los jueces —95-98% en Perú[72]— no confíe en los resultados de la instrucción policial y que numerosas denuncias policiales terminen en sobreseimientos o absoluciones.

D) *¿Comprobación de la conformidad a derecho del encarcelamiento por medio del* habeas corpus?

a) Significación del *habeas corpus* y situación legal. Desde el punto de vista de los abusos posibles y efectivos con posterioridad a la detención provisional, aparece como ineludible para el Estado de derecho el control judicial de la

[67] OEA, 1991, págs. 35 y ss., p.e. págs. 279 y s.

[68] IA 55 / junio 1991 / p. 2; respecto de este caso, también Amnesty International, 1991, pág. 45; US Department of State, 1991, págs. 515 y ss.; respecto de anteriores lesiones a los derechos humanos, Comisión Andina de Juristas, 1988a, págs. 76 y ss.

[69] Según IA 55 / junio 1991 / págs. 1 y s.

[70] US Department of State, 1992, pág. 507.

[71] MEJÍA, 1989, págs. 407 y ss. (417 y ss.); también *entrevistas y conversaciones* con jueces, entre otros juristas, especialmente E. SAAVEDRA, Bogotá, 19-9-90; J. ALDERETE, La Paz, 25-10-90; PAREDES / MERCADO, La Paz, 1-11-90.

[72] MEJÍA, 1989, págs. 411, 418 y s.

conformidad a derecho de la detención. Tal control puede ser logrado por medio del recurso de *habeas corpus*, el cual se remonta al Acta de *habeas corpus* inglesa de 1679, y que resulta comparable con el examen de la detención de los §§ 117 y ss. StPO. Por medio de él, las detenciones arbitrarias en la vía administrativa, especialmente la policía, pueden ser prohibidas mediante la posibilidad de un control judicial de la juricidad de la medida, o en su caso, limitadas, o cuando menos 'reparadas' *a posteriori* —por medio de la confirmación de la conformidad a derecho de la detención o la liberación del detenido—[73]. De allí que la CADH prevea en su art. 25 que el *habeas corpus* "constituye un recurso sencillo y rápido" para la protección frente a la detención arbitraria y que no pueda ser ni "restringido ni abolido" si está previsto por los ordenamientos jurídicos nacionales (art. 7 num. 6, vid. también art. 8 de la Declaración General de los Derechos Humanos, 2 num. 3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos = PIDCP). Dado que las Constituciones referidas contienen tales regulaciones (arts. 23 a red./ 28 n. red. Const. col., 295 Const. per., 18 Const. bol.) la restricción normativa o fáctica del *habeas corpus* resulta en principio inadmisible.

A persar de ello, en todas las legislaciones especiales se encuentran limitaciones al *habeas corpus*.

En *Colombia* el *habeas corpus* fue limitado por el decreto 182/88 del 27-1-88, pudiendo ser impuesto a partir de él solamente ante jueces de una instancia superior (*jueces superiores*), y no ya ante cualquier juez de primera instancia conforme al art. 456 del C. de P. P. a pesar de que aquellos tienen su asiento solamente en las ciudades más grandes y no funcionan durante la vacancia judicial. Por otro lado, la decisión judicial se hizo depender temporalmente de la del *ministerio público*, con lo cual se la dilata innecesariamente[74]. Aunque la Corte Suprema de Justicia, en el marco del control constitucional conforme el art. 121 Const., negó una limitación del *habeas corpus* mediante el decreto 182/88[75], el (nuevo) gobierno comparte la opinión aquí sostenida, y ha atenuado las restricciones al *habeas corpus* permitiendo su interposición también ante el juez penal más "próximo" (art. 62 decreto 99/91). Sin embargo, el decreto 1156 del 11-7-92, dictado sobre la base del primer Estado de Conmoción Interior (véase acta 15), excluyó el derecho a un *habeas corpus* para los detenidos de "orden público" (particularmente ¡narcotráfico y terrorismo!), declarando inaplicable el art. 15 del nuevo C. de P. P.

En *Perú*, el *habeas corpus* es incluso expresamente excluido —tanto en la legislación en materia de terrorismo (6ª disposición complementaria de la ley 24.700) como de drogas (art. 71 DL 22.095)—. A esto se agrega que la jurisprudencia considera suficiente para la detención provisional una mera sospecha fundada en

[73] Vid. FIX-ZAMUDIO, 1989, págs. 139 y ss., con otras referencias.

[74] Así también los votos en disidencia de MANTILLA, SAAVEDRA, MARTÍNEZ en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 3-3-88 respecto de la constitucionalidad, en BARCO, 1990, págs. 491 y ss. (496 y ss.); concordantemente, VELÁSQUEZ, 1989, págs. 242 y ss.; AMBOS, 1989, págs. 108 y ss.; MATYAS, 1988, págs. 96 y ss. (98).

[75] Sentencia del 3-3-88 (ídem), en BARCO, 1990, págs. 491 y ss. (494).

terrorismo o tráfico de drogas[76], lo cual ha conducido a una criticable pérdida de efectividad del derecho de *habeas corpus*. Según una investigación de EGUIGUREN / MARIVÍ[77], entre 1983 y 1990, de los recursos de *habeas corpus* interpuestos contra detenciones provisionales solamente fue declarado admisible en el 9,5% de los casos impugnados, y en los casos de incomunicación, en solamente 4.3%. Esto se explica, según la investigación, en que el control judicial se limita a la duración de la detención, sin revisar la conformidad a derecho formal y material de la restricción de la libertad.

En *Bolivia*, aunque no existe una restricción normativa expresa del *habeas corpus*, los jueces señalan que su efectividad práctica es escasa[78].

b) ¿Restricción admisible sobre la base del estado de excepción? En todo caso puede justificarse una limitación del *habeas corpus* en que Colombia y Perú se encuentran en estado de excepción —*estado de sitio* según art. 121 ant. red. / *conmoción interior* según arts. 213 y s. n.red. Const. col. y *estado de emergencia* según el art. 231 Const. per. respectivamente (notas 15, 51)— y en que para la restauración del orden público es necesaria (también) una suspensión del *habeas corpus*, lo cual en el caso del Perú solamente es válido para una parte del territorio (nota 51). La Constitución colombiana posibilita al ejecutivo la suspensión de leyes (y garantías) que resulten "incompatibles" con el "estado de sitio" (art. 121 a.red.) o la "conmoción interior" (213 n.red.). La Constitución peruana permite —como en el caso de terrorismo y narcotráfico— la detención provisional hasta 15 días (art. 231 en relación con el 2.20 g). Esto ha conducido en ambos países a una amplia restricción del *habeas corpus* por medio de la jurisprudencia. En *Colombia*, la *Corte Suprema de Justicia* ha afirmado la constitucionalidad del decreto 182/88 (formal) con la referencia a su *ratio* ('restauración del orden público'), negando una restricción material del *habeas corpus*. En *Perú*, la jurisprudencia mayoritaria sostiene la opinión conocida como *tesis negativa*, según la cual el establecimiento del estado de emergencia constituyen 'cuestiones políticas no judiciables', que no permiten el control judicial de la restricción de la libertad mediante el *habeas corpus*[79].

Sin embargo, argumentos de naturaleza dogmático-jurídica y de práctica jurídica hablan en contra de estas opiniones.

El punto de vista que subyace a las jurisprudencias colombiana y peruana, en cuanto a que la vigencia y aplicación del *habeas corpus* impide la restauración

[76] De otra opinión la doctrina mayoritaria, que exige la flagrancia, vid. EGUIGUREN, 1990, págs. 108 y ss.

[77] EGUIGUREN / MARAVÍ, 1991, págs. 9 y ss. (15 y ss.); cifras para el período 1983-87 se encuentran también en EGUIGUREN, 1990, págs. 89 y ss.; también Amnesty International, 1991, pág. 183: "En las zonas de emergencia el *habeas corpus* no fue suspendido, pero los tribunales generalmente no implementan este derecho...".

[78] PAREDES / MERCADO, *entrevista*, La Paz, 1-11-90.

[79] Vid. EGUIGUREN, 1990, pág. 113.

del orden público, y que por ello se debe negar un examen de su conformidad a derecho material, resulta cuestionable desde la perspectiva del Estado de derecho. El texto de la CADH no aclara indubitablemente esta cuestión, a pesar de la prohibición de restricción del art. 7 num. 6 mencionada, ya que el art. 27 que regula el estado de excepción solamente prohíbe expresamente la suspensión de los derechos de los arts. 3-6, 9, 12, 17, 18, 20, 23 (art. 27 num. 2), pero no los derechos que garantizan el *habeas corpus* (art. 7 nums. 6 y 25). Se plantea por tanto la cuestión de la relación existente entre la regulación del estado de emergencia (art. 27) y el art. 7 num. 6 como así también 25. En tal medida, el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos ha establecido en dos dictámenes el rol fundamental del *habeas corpus* y la imposibilidad de su supresión que de ello se sigue. En la *Opinión Consultiva* 8/87 se dijo:

"...es esencial la función que cimple el *habeas corpus* como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".

De ello sigue, que el *habeas corpus* (y los otros procedimientos de los arts. 25.1 y 7.6 de la CADH).

"no pueden ser suspendidos conforme al art. 27.2 porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades..."[80].

En la *Opinión Consultiva* (OC) 9/87 se reforzó este punto de vista y se resolvió:

"...deben considerarse como garantías judiciales indispensables... el *habeas corpus* o cualquier otro recurso efectivo entre los jueces o tribunales competentes, destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no esté autorizada por la misma Convención"[81].

Con esto se corresponde también la opinión de la Comisión de Derechos Humanos del PIDCP (art. 28), que considera incompatible con la pretensión de un control de la conformidad a derecho de la detención la exclusión del *habeas corpus* en ciertas situaciones de excepción, tal como la detención por razones de seguridad nacional[82].

La necesidad de un control (también) de derecho material de la detención provisional, especialmente de su vinculación con las causas del estado de excepción y su proporcionalidad[83], se sigue, además, de razones de práctica jurídica. Según la

[80] Opinión Consultiva OC-9/87 del 30-1-87, §§ 35, 42 y s., en OEA, 1988a, págs. 17 y ss. (26 y s., 29); al respecto también GARCÍA SAYAN, 1988, págs. 53 y ss.; concordantemente, EGUIGUREN, 1990, págs. 113 y ss.; también O'DONNELL, 1988, págs. 135 y ss.; acerca de la pretensión a un recurso eficiente, ídem, págs. 191 y ss.

[81] Opinión Consultiva OC-8/87 del 6-10-87, § 41, en OEA, 1988b, págs. 13 y ss. (23 y s.).

[82] Vid. el pedido de dictamen de la Comisión del 10-10-86, en OEA, 1988a, págs. 13 y ss.; también GARCÍA SAYAN, 1988, pág. 136.

[83] Así, la tesis del "control judicial parcial": más amplia, la tesis del "control judicial amplio o completo", que exige adicionalmente el control de la juridicidad del estado de excepción, vid. EGUIGUREN, 1990, págs. 113 y ss.; vid. también los votos en disidencia de MANTILLA, SAAVEDRA, MARTÍNEZ en la sentencia respectiva de la Corte Suprema colombiana (nota 70).

investigación peruana de EGUIGUREN / MARAVÍ ya citada, claramente la mayoría de los *habeas corpus* (41,2%) interpuestos entre 1983 y 1990 lo fueron por detenciones provisionales[84]. Como ya se señalara más arriba, en todos los países se conocen casos en los cuales la policía detuvo a personas bajo la imputación de actividades terroristas o delitos de drogas, para abusar con métodos prohibidos de obtención de la declaración de los plazos de detención e instrucción más prolongados para la obtención de información que surgen de la legislación especial. El *habeas corpus* adquiere, por ello, una especial importancia justamente en el caso de la incomunicación:

"...torturas y apremios... suelen ocurrir especialmente durante prolongados períodos de incomunicación, en los cuales el detenido carece de medios y recursos legales para hacer valer sus derechos. Es *precisamente en estas circunstancias cuando el recurso de* habeas corpus *adquiere su mayor importancia*"[85].

A fin de impedir abusos de los órganos estatales de seguridad o, al menos, limitarlos, resulta imprescindible un amplio control judicial de la detención, lo cual puede ser intentado mediante el *habeas corpus*. Este examen es especialmente necesario durante el estado de excepción, en particular con respecto a los derechos humanos no suprimibles del art. 272 CADH. Las limitaciones del *habeas corpus* referidas, según esto, van en contra de las normas de la CADH citadas.

4. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta los abusos de la detención provisional posibles y efectivos que se producen como consecuencia de la legislación especial vigente, en particular para eliminar la oposición política y social, resultan ineludibles reformas conforme al Estado de derecho en el nivel normativo. Tales reformas deberían orientarse en lo esencial a dos objetivos: por un lado, se trata de limitar posibilidades de detención de las fuerzas de seguridad que surgen de la legislación especial, a fin de que no tantas personas se vean expuestas (III 2) a la posibilidad de abusos; por otro lado, se debe garantizar al detenido una protección jurídica más eficiente.

De ello resultan, en particular, las siguientes exigencias *de lege ferenda*:

* Mayor determinación y concreción de los presupuestos o fundamentos de la detención provisional, mediante una formulación más estricta de los tipos de terrorismo y tráfico de drogas respectivamente (III 2) y detenciones solo fundadas en una sospecha concreta y vehemente[86].

[84] EGUIGUREN / MARAVÍ, 1991, págs. 14 y s. 868 del total de 2019, luego siguen, libertad individual (13,8%), integridad personal (8%), detención en incomunicación (5,4%), derecho de defensa ????

[85] Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, citado según OC 8/87 (nota 68) § 36 (OEA, 1988, pág. 27); también en GARCÍA SAYAN, 1989, pág. 59; O'DONNELL, 1988, pág. 139.

[86] Vid. en esta medida el art. 202 del Código Procesal Modelo para Iberoamérica elaborado en 1988 por BERNAR /DE LA RÚA / PELLEGRINI / MAIER: el decreto de la *prisión preventiva* (!) exige, según este, "convicción suficiente" de la "probabilidad" de que el imputado es autor o partícipe así como el peligro concreto de fuga u obstrucción; la aprehensión solamente es admisible en casos de flagrancia, persecución del autor u orden judicial (arts. 200 y s.), vid. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 1989.

* Inmediata notificación a los órganos judiciales (fiscal o juez) —como máximo dentro de las 48 horas— o a los parientes o amigos del detenido; la dilación culpable de tales notificaciones debería estar amenazada con sanciones.

* En general, especialmente en Colombia y Perú, plazos de arresto más breves; los prolongados plazos previstos hacen caer en abusos (III, 3), y ciertamente, tampoco hacen más eficiente la lucha contra el delito, ya que una gran parte de los detenidos debe ser liberado ya por la policía, ya por sobreseimiento del procedimiento (III, 2), y, por lo demás, los abusos pueden producir la solidarización de parte de la población.

* Eliminación de la incomunicación completa, ya que esto deja totalmente expuesto al detenido a la arbitrariedad estatal, sin resultar particularmente útil para la lucha contra el delito; en esa medida el art. 79 del C. de P. P. per. contiene un *standard* mínimo al garantizar el contacto entre detenido y defensor.

* Garantía irrestricta del *habeas corpus* en el sentido de las normas de la CADH, esto es, control completo de derecho material de la conformidad a derecho de la detención (III 4); en caso de una considerable prolongación de los plazos de detención también resulta pensable el control de la detención en razón de la función.

Tales exigencias normativas, que tan bien suenan, no deben engañar en cuanto al hecho de que el poder fáctico de las fuerzas de seguridad, especialmente de los militares, ha impedido la introducción de reformas acordes con el Estado de derecho. Por lo demás, la sola introducción de leyes conforme al Estado de derecho no evitará las lesiones a los derechos humanos en el curso de la detención provisional en tanto la doctrina militar de la 'seguridad nacional' continúe imponiendo la destrucción de la 'subversión' por medio de una 'guerra sucia'[87].

BIBLIOGRAFÍA

ALBRECHT, H. J. / VAN KALMTHOUT, A. (comp.): *Drug policies in Western Europe, Freiburg/Br., (Kriminologische Forschungsberichte aus dem MPI für ausländisches und internationales Strafrecht)*, 1989.

ALBRECHT, H. J.: *Suchtgiftgesetzgebung im internationalen Vergleich, Forensia Jahrbuch*, tomo 2, Berlín/Heidelberg, 1991, págs. 69-88.

AMBOS, K.: *Terrorismo y ley*. Análisis comparativo: RFA, Gran Bretaña, Perú y Colombia, Lima, (CAJ), 1989.

AMBOS K. (1991a): "Anden. Der Krieg ohne Öffentlichkeit", en *Lateinamerika Nachrichten* 202/Abril 1991/ págs. 29 y ss.

AMBOS K. (1991b): "Derechos Humanos y persecución penal en América Latina", en *Boletín de la Comisión Andina de Juristas*, Lima, núm. 31, diciembre, 1991, pág. 142 y en *Nuevo Foro Penal*, Medellín, núm. 53 (1991), pág. 101.

AMBOS K. (1991c): "USA-Kolumbien: Ende der Auslieferung?, en *Neue Kriminalpolitik* 4/91, pág. 12.

[87] Vid. TOCORA, sin año, págs. 121 y ss.; WERZ, 1991, págs. 163 y ss. (175 y ss.); SPITTA, 1991, págs. 141 y ss., este último con cita de K. SCHMITT: "Los partisanos solo pueden ser combatidos en la manera de los partisanos".

AMBOS, K.: "Auf dem Weg zur Hölle. Lateinamerikanische Gefängnisse von innen", en *Lateinamerika Nachrichten 217/218, julio/agosto 1992, pág. 80.*

AMERICAS WATCH / COMISION ANDINA DE JURISTAS (AW/CAJ): Una guerra desesperada: Los Derechos Humanos en el Perú después de una década de democracia y violencia, Lima, 1990.

AMERICAS WATCH: *The 'drug war' in Colombia. The neglected tragedy of political violence*, Nueva York, 1990.

AMERICAS WATCH (1992a): *Murder and Reform in Colombia. The violence continues,* Nueva York, 1992.

AMERICAS WATCH: *Perú. Civil Society and Democracy under fire*, Nueva York, 1992.

AMNESTY INTERNATIONAL: *Caught between two fires,* Londres, noviembre, 1989.

AMNESTY INTERNATIONAL: *Colombia. Serie Documentos*, 1988a.

AMNESTY INTERNATIONAL: *Menschenrechtsverletzungen in den Gebieten unter Ausnahmezustand*, Frankfurt, 1988b.

AMNESTY INTERNATIONAL: *Report 1991,* Londres, 1991.

AMNESTY INTERNATIONAL (1992a): *Report 1992,* Londres, 1992.

AMNESTY INTERNATIONAL (1992b): *Human Rights during the government of Pres. A. Fujimori*, Londres, 1992.

BARCO V.: *En defensa de la democracia y las libertades ciudadanas: La lucha contra el narcotráfico y el terrorismo en Colombia*, Bogotá, 1990.

BEDREGAL, G./VISCARRA, R.: *La lucha boliviana contra la agresión del narcotráfico*, La Paz, 1989.

CANCINO /MONROY / GRANADOS: *La legislación de emergencia y la justicia penal*, Bogotá, 1990.

CARRANZA, E.: "Situación y perspectivas penitenciarias en América Latina y el Caribe, en *Alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe,* Costa Rica, (ILANUD), 1990.

CARRANZA /MORA / HOUED /ZAFFARONI: "El preso sin condena" en *América Latina y el Caribe*, San José (ILANUD), 1988.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS (CAJ): *Bolivia: Neoliberalismo y derechos humanos*, Lima, 1988a.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS - SECCIONAL COLOMBIANA (CAJ-SC): "Las otras caras de la guerra a la mafia", en *Informativo Legislativo y Jurisprudencial*, Bogotá, febrero 1990, págs. 101 y ss.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS: *Normas internacionales sobre derechos humanos,* Lima, 1988b.

COMISIÓN ESPECIAL del Senado sobre las causas de la violencia y alternativas de pacificación en el Perú: Violencia y pacificación, Lima, (DESCO / CAJ), 1989.

COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS / COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS: *Violencia en Colombia*, Lima, 1990.

DEGREGORI, C. I.: *Sendero Luminoso*, Lima (IEP), 1990.

EGUIGUREN, F.: *Los retos de una democracia insuficiente*, Lima (CAJ), 1990.

EGUIGUREN, F. /MARAVÍ, M.: "Análisis de las principales tendencias cuantitativas en la jurisprudencia de Hábeas Corpus en el Perú" (1983-1990), en *Boletín de la CAJ*, núm. 28/marzo 1991 /págs. 9 y ss.

FIX-ZAMUDIO, H.: "Die Verfassungskontrolle in Lateinamerika", en HORN, H. R. / WEBER, A.: *Richterliche Verfassungskontrolle in Lateinamerika*, Spanien und Portugal, Baden Baden, 1989, págs. 129 y ss.

GALLÓN, G. (1991a): *Un estado en su sitio,* versión preliminar, Bogotá, (CINEP-informe de investigación 2), 1991.

GALLÓN, G. (1991b): *Del estado de sitio al estado de excepción*, Bogotá, (CAJ-SC), octubre 1991.

GARCÍA SAYAN, D.: *Hábeas Corpus y Estados de Emergencia*, Lima, 1988.

GORRITI, G.: *Sendero Luminoso*, Lima, 1990.

HARB, B.: *Código Penal boliviano*, La Paz, 1987.

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL: *Código Procesal Modelo para Iberoamérica*, Argentina, 1989.

JIMÉNEZ, E.: "La Convención Americana como Derecho interno", en *Normas vigentes en materia de derechos humanos en el sistema interamericano*, Uruguay, 1988, págs. 27 y ss.

KOKOTT, J.: *Das interamerikanische System zum Schutz der Menschenrechte*, Heidelberg (*MPI für ausländiches öffentliches Recht und Völkerrecht, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*), 1986.

LATIN AMERICAN BUREAU: *Perú: Paths to Poverty*, Londres, 1985.

LLOBET, J.: "Indemnización al absuelto que sufrió prisión preventiva", en *Ciencias Penales* (Costa Rica), num. 2 (1990), págs. 23 y ss.

MAIER, J.: *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado*, Argentina, 1981.

MATYAS, E.: "Colombia: Estatuto de Defensa o via crucis de la democracia", *Boletín de la CAJ*, núm. 18/julio 1988, págs. 96 y ss.

MAYER, H.: *Kolumbien: Der schmutzige Krieg*, Hamburg, 1990.

MEJÍA, M. B.: "La ley y los procesos por narcotráfico", en LEÓN F. / CASTRO DE LA MATA, R., *Pasta básica de cocaína*, Lima (CEDRO), págs. 407 y ss.

MEYER, J.: "Rechtsvergleichender Querschmitt", en MEYER, JÜRGEN (comp.): *Betäubungsmittelstrafrecht in Westeuropa*, Freiburg, 1987, págs. 729 y ss.

MINVIELLE, B.: "Convención Americana sobre Derechos Humanos", en *Doctrina Penal*, Argentina, núm. 41, 1988, págs. 64 y ss.

NOHLEN, D. y otros: Bolivien, en Idem/Nuscheler, Franz (comp.): Handbuch der Dritten Welt, tomo 2 (Südamerika), Hamburg, 1982, 2ª ed., págs. 109 y ss.

O'DONELL, D.: *Protección internacional de los derechos humanos*, LIma, (CAJ), 1988.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA): *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 1987, Washington D.C., 1988a.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA): *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 1988, Washington, D.C., 1988b.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA): *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1990-1991*, Washington D.C., 1991.

ORTEGA T., JORGE: *Código Penal y Código de Procedimiento Penal (decreto 50 de 1987)*, Bogotá, 1990.

PEARCE, J.: *Colombia. Inside the labyrinth*, Londres (Latin American Bureau), 1990.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA: *La lucha contra la violencia y la impunidad: un empeño democrático*, Bogotá, 1988.

RAMÍREZ, R.: *Códigos de Procedimientos Penales*, Lima, 1991.

RUBIO C., M.: *Legislación peruana sobre drogas a partir de 1920*, Lima, (CEDRO), 1988.

SIMMA B./FASTENRATH U.: *Menschenrechte. Ihr internationaler Schutz*, Munich, 3ª ed., 1992.

SPITTA, A.: "Partisanen kann man nur auf Partisanenart bekämpfen". Über die ideologischen Wurzeln und Rechtfertigungen der "guerra sucia" in Lateinamerica (insbesondere in Argentinien), en TOBLER, H. P./WALDMANN, P. (comp.): *Staatliche und parastaatliche Gewalt in Lateinamerika*, Frankfurt, 1991, págs. 133 y ss.
TARUSELLI, C.: "Aplicación del criterio 'razonabilidad' en causas donde se ha procesado por delitos inexcarcelables", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 1, 1989.
THUN, K.: "Das 'Verschwindenlassen' von Menschen vor dem Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte", en *Lateinamerika. Analysen-Daten-Dokumentation*, Hamburg, núm. 6, 1989, 11/12, págs. 59 y ss.
TOCORA, F.: "Política criminal y dictaduras militares de seguridad nacional en América Latina", en *Capítulo Criminológico*, núm. 14, Venezuela, págs. 121 y ss.
TREJOS, G.: "La Convención Americana sobre Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Sala constitucional de Costa Rica", en *Revista de Derecho Constitucional*, 1, San José (Corte Suprema de Justicia), enero/abril, 1991, págs. 65 y ss.
US DEPARTMENT OF STATE: "Country Reports on Human Rights Practices for 1989", Washington D.C., febrero 1990, resumen en español en *Boletín de la CAJ*, núm. 25 (junio 1990), págs. 101 y ss. (111).
US DEPARTMENT OF STATE: *Country Reports on Human Rights Practices for 1990*, Washington D.C., febrero 1991.
US DEPARTMENT OF STATE: *Country Reports on Human Rights Practices for 1991*, Washington D.C., febrero 1992.
VELÁSQUEZ, F.: *La actual política criminal en materia de tráfico y consumo de drogas en Colombia*, Medellín, 1991 (disertación en la Conferencia sobre política en materia de drogas en Málaga, España, mayo 1991).
VELÁSQUEZ, F.: *Las drogas*, Medellín, 1989.
VERDROSS, A./SIMMA B.: *Universelles Völkerrecht*, Berlín, 1984, 3ª ed.
WALDMANN, P.: "Staatliche und parastaatliche Gewalt: ein vernachlässigtes Forchungsthema", en TOBLER / WALDMANN (comp.): *Staatliche und parastaatliche Gewalt in Lateinamerika*, Frankfurt, 1991, págs. 163 y ss.
ZAFFARONI, E.: *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina* (Informe Final), Argentina, 1986.

Sistema probatorio en el nuevo Código de Procedimiento Penal

*John Jaime Posada Orrego**

1. INTRODUCCIÓN

El marco de referencia de estas consideraciones de carácter probatorio es el decreto 2700 de 1991, o nuevo Código de Procedimiento Penal (en adelante NCPP); obviamente, existen remisiones obligadas a los estatutos procesales anteriores, pero ello obedece a la necesidad de utilizar el sistema de comprensión por comparación, gracias al cual se pueden poner de relieve los aspectos más novedosos del estatuto en estudio.

No se pretende desarrollar en este estudio todos los aspectos atinentes a la teoría general de la prueba y a los medios probatorios, lo cual excede los límites de esta exposición, sino abordar los temas desde el punto de vista que mayor preocupación generan en relación con la prueba, tales como el presupuesto de la legalidad, controlada esta ya por los sujetos que intervienen en su producción, los requisitos que la ley exige para cada medio de prueba, así como el pleno cumplimiento de los mandatos que dimanan de los principios rectores, tanto constitucionales como legales.

2. PRINCIPIOS RECTORES

El proceso penal constituye, a no dudar, uno de los mayores mecanismos de control de que el Estado dispone en su relación con los individuos, pero es a la vez el único medio legítimo de que se ha provisto para el ejercicio de las limitaciones personales que él impli-

* Profesor de derecho procesal penal en la Universidad de Antioquia.

ca. Por ello, cuando se habla de proceso penal no puede pensarse, a manera de receta, en un conjunto de actos que lo componen, sino en una actividad reglada por el derecho, iluminada por una serie de principios que lo inspiran y determinada por la directriz general que le es propia, esto es, por la presencia del debate sobre uno de los bienes jurídicos más caros al individuo, como es su libertad.

Lo anterior obliga a que *la prueba*, nervio central del proceso penal, puesto que constituye la forma como toman vida los hechos en el debate, se nutra igualmente de todos los elementos que dan validez a la producción procesal de los actos; lo cual cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que el legislador consagró en capítulo independiente los *principios generales* de las pruebas, como normatividad de obligatorio cumplimiento, derecho positivo que determina la forma como los medios de prueba aparecerán en el proceso.

En efecto, el art. 29 de la Constitución Nacional consagra el debido proceso como derecho fundamental de los individuos. De él se derivan en lo atinente a la prueba los siguientes *principios*:

En primer lugar, nadie podrá ser juzgado sino con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En segundo lugar, quien sea sindicado tiene derecho a presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra.

En tercer lugar, es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso, y, para concluir, el carácter público del debido proceso.

Dicha norma señala la observancia de las formas como principio rector, porque el legislador ha dispuesto para cada medio de prueba los requisitos que deben llenarse en su producción. Este elemento integrante del debido proceso aparecía en la Constitución de 1886, no así los relacionados con el derecho del sindicado a presentar y controvertir pruebas y la nulidad de pleno derecho, los cuales constituyen un desarrollo del concepto debido proceso en la nueva Constitución. El concepto nulidad de pleno derecho será analizado en el campo de sanciones que se derivan de la ilegalidad de la prueba.

Igualmente, el NCPP consagra en el Título Preliminar algunas normas rectoras que están vinculadas en forma directa con el tema, las cuales son objeto de complementación con las contempladas en el título de las *pruebas*. En efecto, se regula, en primer lugar, el *debido proceso*, como centro motriz del cual dimana el contenido de los demás principios, estatuyéndose como parte de su desarrollo el derecho que tiene el sindicado a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra.

También se prevé, en segundo lugar, el reconocimiento de la *dignidad humana*, cuya cabal aplicación en materia probatoria es de importancia suma, pues constituye el reconocimiento expreso de todo cuanto tiene que ver con la persona humana; por ello, el funcionario judicial no puede adquirir el grado de convicción que requiere para tomar sus decisiones de cualquier manera, sino que se exige el respeto de los derechos inherentes a dicha condición. Con desarrollo específico de este principio se encuentran los arts. 262 y 263 del NCPP, en cuanto exigen que el examen médico o clínico o la internación en centro hospitalario se realice preservando siempre los derechos fundamentales.

Igualmente, debe destacarse la remisión expresa que el art. 2°, consagratorio de dicho principio, hace a los tratados de derecho internacional incorporados a la legislación, y por lo tanto de obligatorio cumplimiento, la cual no aparecía en el art. 2° del decreto 50 de 1987. Esta disposición debe, entonces, armonizarse con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, de noviembre 22 de 1969 (ley 16 de 1972); con los pactos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales, de derechos civiles y políticos; con el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas —diciembre 16 de 1966— (ley 74 de 1968); y con la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (ley 70 de 1986).

En tercer lugar, aparece el *principio de contradicción* consagrado en el art. 7° del NCPP, y de cumplimiento, en todo el desarrollo del proceso. Este postulado trae consigo el derecho a que los distintos sujetos intervinientes en el proceso, de acuerdo con las facultades que la misma ley les reconoce, participen en las distintas etapas de la producción de la prueba, esto es, su petición, decreto, práctica y valoración.

También, en cuarto lugar, debe mencionarse el *principio de publicidad*, cuyo fundamento es la Constitución, como ya se advirtió, e implica, en términos probatorios, la presencia de los siguientes extremos: el conocimiento de la actuación procesal desplegada por los distintos intervinientes, esto es, inexistencia de reserva sumarial; la providencia previa que ordena la práctica de la prueba, de tal modo que todos tengan la oportunidad de participar en ella. Así mismo, el carácter público de la prueba en sí, lo cual exige el conocimiento de todos los que participen en su práctica, sin ocultamiento de los órganos de la prueba, los medios como ella aparece en el proceso, etc.; y para terminar, la publicidad de la prueba practicada que brinde la garantía de ejercer los distintos mecanismos de control que la ley consagra.

En quinto lugar, debe aludirse al postulado de la *prevalencia de las normas rectoras*. Lógicamente, con respecto a los principios mencionados, el art. 22 del NCPP tiene plena vigencia, y su aplicación es siempre preferente y prevalente sobre todo tipo de consagraciones legislativas que pretendan limitar el alcance de aquellos, lo cual no ha obstado para que muchas de las normas del NCPP atinentes a los medios de pruebas desarrollen de manera lesiva las garantías consagradas, como se verá a lo largo de la exposición.

Finalmente, en sexto lugar, en el título V, capítulo I, del NCPP, se regula lo relativo a los *principios generales de las pruebas*, consagrándose varias disposiciones relacionadas directamente con la legalidad de la prueba, como los arts. 246 (necesidad de la prueba), 250 (rechazo de las pruebas); y otras que recaban lo señalado en la primera parte del estatuto, tales como los arts. 251 (contradicción) y 252 (publicidad). También, se consagra el sistema de la apreciación razonada o sana crítica para la valoración probatoria, así como el principio de la unidad de la prueba, de conformidad con el cual deben valorarse en conjunto (art. 254).

No obstante lo anterior, debe destacarse que en el NCPP no se consagró expresamente el principio de legalidad de la prueba, expresado en el art. 252 del C. de

P. P. anterior, en los siguientes términos: "Ninguna prueba podrá ser apreciada sin auto en que haya sido ordenada o admitida. Las pruebas allegadas al proceso, serán legalizadas mediante auto en que se indique su conducencia". Lógicamente, ello no significa que pueda ser inaplicado, pues el desarrollo del debido proceso y el principio de la necesidad de la prueba exigen perentoriamente que la prueba sea legal, regular y oportunamente allegada a la actuación, y estos presupuestos no podrán darse si no se tiene conocimiento de la providencia que ha ordenado la práctica de un medio probatorio (publicidad) y por lo tanto no se permite, por desconocimiento, la oportunidad de participar en su práctica (contradicción).

Así mismo, tampoco se estipuló en este capítulo como principio general el *in dubio pro reo* que, por tradición sistemática, en los estatutos procesales de 1971 y 1987 (arts. 216 y 248 respectivamente) se ubicaban en él. No obstante, en el NCPP aparece en el libro III, relativo al juicio como desarrollo del principio de la presunción de inocencia, en el art. 445: "Toda persona se presume inocente, mientras no se haya declarado judicialmente responsable. En las actuaciones penales toda duda debe resolverse a favor del sindicado".

Tal cambio de ubicación no influye en absoluto en las consecuencias que se derivan de su debida aplicación, pues debe entenderse que su operancia es extensiva a todo el proceso, es decir, en todas las actuaciones penales. Si, por ejemplo, en la etapa instructiva surge la duda acerca de si se reúnen o no los presupuestos para dictar una medida de aseguramiento, el fiscal deberá abstenerse de hacerlo.

En cuanto a las demás disposiciones consagradas en el capítulo I, ellas serán analizadas en el desarrollo de este trabajo, advirtiendo que en materia de principios dos directrices deben servir para su aplicación: en primer lugar, como señala GONZÁLEZ VÁSQUEZ, en materia probatoria "los principios generales de la prueba confluyen como sistema, se ubican armónicamente para producir un resultado, que es el de la convicción, para asumir la certeza, y confluyen de tal forma los elementos de un sistema que todos ellos deben ser perfectos, sanos, so pena que no podemos adicionar a un principio, sanamente fabricado, otro en el cual se ha fijado su nulidad. Una prueba mal practicada, fruto de un error de procedimiento, o fruto de las presiones, prueba en la cual se le dio la espalda a la legalidad de la prueba, es prueba que no podrá arrimarse a otro de los principios, porque producirá una contaminación de estos, no podrá arrimarse, por ejemplo, a la necesidad de la prueba"[1].

En síntesis, pues, cada vez que nos encontremos frente al juicio de legalidad en relación con todos y cada uno de los medios de prueba, los principios no pueden ser analizados en forma independiente, como compartimientos, estancos, sino como un sistema integrado que se contamina con la afección de uno solo de los elementos que la integran.

[1] DARÍO GONZÁLEZ VÁSQUEZ, "Principios generales de la prueba", conferencia inédita, Universidad de Antioquia, Seminario sobre NCPP, 1992.

En segundo lugar, porque los principios, como directrices marco, no son simplemente normas de referencia o de aplicación voluntaria. Por ello expresa FERNÁNDEZ CARRASQUILLA: "Lo que en este sentido caracteriza los principios normativos del derecho es que condicionan la validez de todas las restantes normas del sistema, de modo que ninguna puede valer contra tales principios, porque ninguna posee sin ellos sentido obligatorio. No hay, pues, ni puede haber, normas jurídicas contrarias a los principios normativos porque estos son para ellas el fundamento imprescindible de su validez y obligatoriedad"; y en párrafo posterior del mismo escrito agrega: "Para decirlo de modo más claro, los principios jurídicos normativos expresados en normas internacionales sobre derechos humanos, en normas constitucionales o en las normas rectoras de carácter legal, tienen fuerza supranormativa, por cuanto no operan como pautas directas de la conducta ciudadana, sino como superior criterio valorativo, ordenados y limitados de las restantes normas del ordenamiento nacional"[2].

3. LA PRUEBA Y LOS SISTEMAS PROCESALES

El discurso oficial ha caracterizado al NCPP como un sistema procesal acusatorio; no obstante, en relación con la prueba varias serían las precisiones que habrían de hacerse para determinar si en verdad tal afirmación se corresponde con lo consagrado en la normatividad.

El carácter de titular de la acción penal en cabeza del Estado, ejercida por la Fiscalía General de la Nación durante la etapa del sumario y por los jueces competentes durante la etapa del juicio, dicta de por sí pauta de lo que ocurre en materia probatoria. En desarrollo de esta titularidad, el fiscal debe realizar la instrucción, ordenando la práctica de las pruebas que considere convenientes para el total esclarecimiento de los hechos, y es, desde la etapa de investigación previa, el director de la recolección de la prueba (véanse arts. 320 y 330); estas facultades son absolutamente inquisitivas, y le permiten al fiscal cumplir de manera ilimitada los objetivos de la investigación. Por ello, el art. 334 del NCPP señala que el funcionario ordenará y practicará las pruebas conducentes al esclarecimiento de la verdad sobre los hechos materia de investigación.

No obstante la creencia generalizada en el sentido de que el fiscal tiene como misión especial la de acusar, es decir, que su actividad va dirigida a desarrollar el *ius puniendi* a toda costa, tal concepto es equivocado. Ciertamente, el art. 250 de la Constitución consagra como función la de acusar a presuntos infractores, pero ello no significa que su tarea sea esencialmente acusatoria, como se deduce de un análisis sereno de la normatividad.

[2] JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Principios y normas rectoras (conceptos generales)*, comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Penal, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1991, págs. 22 y 23.

Al respecto, el fiscal general de la nación, en publicación aparecida en el periódico *El Tiempo*, ha dicho: "La Fiscalía es un aparato enorme con capacidad de acoplar pruebas y armar el expediente necesario para que los jueces puedan fallar; y fallar, no tengo miedo de decirlo, en el sentido que la Fiscalía lo desee. En el instante de acusar, la Fiscalía ya es una parte interesada en el proceso. En pocas palabras, la Fiscalía va a demostrar que el crimen no es una empresa rentable"[3].

Como es obvio, ello ha creado mayor confusión, máxime si se tiene en cuenta que el estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación (decreto 2699, del 30 de noviembre de 1991), señala en su art. 3°, numeral 8, que aquella entidad está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y a respetar los derechos fundamentales y las garantías procesales que le asistan. Ello significa que la actividad probatoria del fiscal no está dirigida a producir pruebas de cargo, sino a cumplir con sus funciones de investigación y acusación, "de conformidad con el respeto del derecho de defensa, los derechos humanos, y haciendo prevalecer el derecho sustancial" (art. 6° ídem). Tal régimen de garantías de los derechos humanos halla su realce en los arts. 6°, 22 numeral 10, 25 numeral 3° y 34 numeral 4°, del mismo estatuto.

De otro lado, atendiendo al mismo sistema inquisitivo de decreto oficioso de pruebas, el art. 448 del NCPP permite al juez decretar las pruebas de oficio que considere necesarias. Es decir, su función administradora de justicia no radica solo en juzgar, sino que además se le otorga la de decretar de pruebas con miras a la determinación de la verdad real (art. 24 NCPP); a su turno, el último inciso del artículo citado señala que "el juez podrá decretar pruebas de oficio".

En lo que se relaciona con la valoración de la prueba, ello será materia del acápite VI.

4. La intangibilidad de la prueba

El art. 314 del NCPP consagra la intangibilidad de las garantías constitucionales en materia de pruebas y actuaciones que realice la policía judicial, por iniciativa propia o mediante comisión.

Esta disposición cubre las pruebas practicadas en la etapa de investigación previa, pero es claro que lo que se pregona es su aplicación en el desarrollo de todo proceso.

Podemos enunciarlo así:

—*Art. 131.* Intervención del ministerio público en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.

—*Art. 132.* Garantía de la observancia de los derechos humanos en todas las actuaciones. Incluye, lógicamente, lo relacionado con todas de producción de la prueba.

[3] *El Tiempo*, 28 de junio de 1992, pág. 1B.

— *Art. 156.* Utilización de medios técnicos que no atenten contra la dignidad humana y las garantías constitucionales.

—*Art. 161.* Es de gran significación la sanción de la inexistencia de las pruebas practicadas con la asistencia e intervención del imputado sin la de su defensor. Ello reportará elementos de discusión en la problemática de la determinación del valor probatorio de la versión libre en la etapa de investigación previa.

— Este acatamiento a la intangibilidad de la prueba, obra igualmente en relación con el decreto de pruebas. El art. 249 del NCPP señala que el funcionario judicial (fiscal o juez) debe averiguar con igual celo las circunstancias agravantes como las atenuantes de la responsabilidad del sindicado, y las que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de ella. Se recoge así el principio de la presunción de inocencia (arts. 29, C.N. y 2° NCPP).

—*Art. 250.* Obliga al rechazo de las pruebas *cuando*: a) no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos del proceso; b) hayan sido obtenidas en forma ilegal; c) la ley las hubiere prohibido; d) sean ineficaces; e) versen sobre hechos notoriamente impertinentes; f) sean manifiestamente superfluas.

—*Art. 258.* Para el debido cumplimiento de todos los presupuestos que se han señalado, y en aras de la protección de la prueba, se establecen sanciones para quien impida, obstaculice o no preste la colaboración para la realización de la prueba.

—*Art. 262.* Manda la inmaculación de la prueba, exigiendo el respeto de los derechos humanos fundamentales en los exámenes médicos o clínicos que se realicen al imputado.

—*Art. 263.* Exige la preservación de los derechos fundamentales cuando se interne al imputado en un centro hospitalario, para la observación de su estado síquico o corporal.

—*Art. 408.* Derechos de la persona privada de la libertad, específicamente recibir en el lugar de la reclusión un tratamiento acorde con el respeto a los derechos humanos, como los de no ser víctima de tratos crueles, degradantes o inhumanos.

—*Art. 29 C.N. Nulidad del pleno derecho.* Decir nulidad de pleno derecho es tanto como afirmar que la nulidad debe decretarse cuando en la producción de la prueba no se han observado los presupuestos del debido proceso de una manera manifiesta, palmaria.

A pesar de que siempre se ha afirmado que la nulidad de pleno derecho es aquella que por su entidad no requiere pronunciamiento judicial, en nuestro sentir de todas formas precisa la declaración judicial de nulidad, por la importancia que ello pueda tener en relación con el principio de la contradicción de la prueba y la determinación de la causal de casación.

En este punto es necesario abordar el problema del valor probatorio de los elementos hallados en realización de una actuación ilegal, y de los cuales pueda derivarse un compromiso penal. En otras palabras, cuál es la validez de la prueba obtenida por los organismos de seguridad, por ejemplo, cuando ella se deriva de

la práctica de un allanamiento ilegal, por no haberse cumplido con los presupuestos procesales para su debida realización.

La CSJ, mediante sentencia de casación —junio 1° de 1990, radicación 4494. M. P.: Dr. JAIME GIRALDO ÁNGEL— sostuvo la siguiente tesis: "Encuentra la Sala propicio aclarar que aun en el caso de que se tratara de un domicilio, no siempre se requiere la orden del funcionario de instrucción para penetrar en él. Recuérdese en primer lugar que es la misma Constitución Nacional la que dispone que en los casos de flagrancia se puede entrar para aprehender al infractor. Por eso, si en lugar no abierto al público se está cometiendo un delito, o si se tienen indicios serios para suponer que ello está ocurriendo, la autoridad puede allanarlo sin la orden correspondiente"[4]. Con fundamento en esto, concluye la Corte que la prueba obtenida en tales circunstancias es plenamente válida.

No compartimos el criterio expuesto, por las siguientes razones:

En primer lugar, los arts. 23 y 24 de la Constitución de 1886, respectivamente, no permitían el registro de domicilio sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes, excepto cuando los agentes de la autoridad persiguieren a una persona que estuviere delinquiendo y se refugiare en su propio domicilio.

En segundo lugar, idéntica conclusión se extrae de la debida relación entre los arts. 28 y 32 de la Constitución de 1991.

En tercer lugar, en el art. 368 del anterior C. de P. P. se señala la necesidad de orden de allanamiento escrita de autoridad competente previo auto motivado, cuando haya serios motivos para presumir que en un bien inmueble, nave o aeronave se encuentra alguna persona contra quien obre orden de captura, o que habiendo sido víctima de un delito debe ser rescatada, o las armas, instrumentos o efectos con que se haya cometido la infracción, o que provengan de su ejecución. Tal normatividad es reproducida en el art. 343 del NCPP.

En cuarto lugar, lo anterior significa que la tesis de la CSJ, para el momento en que se dictó, no gozaba de apoyo constitucional ni legal, ya que en los supuestos descritos el mismo Código exige la orden escrita, y la Constitución Nacional solo lo permite cuando esté en presencia de una persecución y refugio del perseguido en su propio domicilio. Ese es el alcance inequívoco de la norma.

También, en quinto lugar, los planteamientos sostenidos en dicha providencia resultan sumamente peligrosos, porque deja en manos de los organismos de policía judicial (organismos de seguridad) la determinación de las circunstancias de la flagrancia y de los serios motivos para creer que se está cometiendo un delito. Corresponde a lo que se ha denominado por algún sector de la doctrina como "flagrancia permanente", así: si se allana y se encuentran elementos de delito, existe flagrancia. Si se allana y no existen fundamentos para derivar una relación con el proceso penal, el ciudadano habrá perdido el derecho a su intimidad, se habrán lesionado sus garantías mínimas y sabrá que en todo momento estará sometido a la más absoluta zozobra que cualquier régimen autoritario pueda implantar.

[4] *Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XIX, núm. 224, agosto 1990, pág. 595.

En nuestro sentir, la prueba recaudada, la evidencia obtenida, la captura realizada, el elemento ilícito encontrado no tienen ninguna validez cuando se han lesionado las garantías que se consagran como límites del Estado en la pesquisa penal.

Para terminar, digamos que rescatamos como criterios de una validez incontrastable los planteamientos esbozados por la profesora BERNARDETTE MINVIELLE, en el sentido de que "Si los derechos constitucionales expresa o implícitamente consagrados constituyen derecho positivo e imperativo vinculante y limitador de la actividad de los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) y de los particulares, cada vez que se pretenda introducir en el proceso un medio de prueba obtenido con violación a tales derechos, el juez debe rechazarlo por inadmisible. La regla de exclusión del medio de prueba, resultaría deducida de la disciplina constitucional; más concretamente, de la Declaración de los Derechos Humanos.

"Por dicha vía, e mero derecho «declarado» adquiere la calidad de derecho «garantizado». La garantía consiste en la actuación jurisdiccional tuteladora del derecho, *en función de que rechaza el fruto o resultado de su violación. En caso contrario, es decir, su aprovechamiento judicial, se resolvería en una nueva y sucesiva violación*"[5] (subrayas nuestras).

5. SUJETOS DE LA PRUEBA

El decreto 409 de 1971 estipulaba en forma clara los sujetos de la petición y práctica de la prueba, en su art. 219. Tal disposición no fue reproducida por el decreto 50 de 1987, y solo en el art. 249 señalaba que las partes podrán pedir pruebas y participar en su práctica.

El NCPP al desarrollar el principio de contradicción enseña que los sujetos podrán solicitar pruebas y controvertirlas en las etapas de instrucción y juzgamiento. En los procesos de competencia de los jueces regionales se limita la controversia probatoria para la etapa del juicio, ya que en la instrucción solo se permite conocer las pruebas.

En los demás procesos, los sujetos podrán intervenir en la etapa de investigación previa, participando en la petición y práctica de pruebas. Tal conclusión se deriva de las facultades y derechos que otorga la ley ante los funcionarios judiciales, de acuerdo con el art. 314 del NCPP.

Son sujetos de la petición de la prueba los siguientes: 1) quien haya rendido versión libre; 2) el sindicado en la etapa del sumario y el procesado en la etapa del juicio; 3) el abogado defensor que asista la versión libre, la diligencia de indagatoria o actúe en el proceso penal; 4) el ministerio público; 5) el abogado de parte civil; 6) el tercero incidental solo en relación con el incidente; 7) el tercero civilmente responsable; 8) cuando se trate de delitos que lesionan los intereses colectivos, cual-

[5] BERNARDETTE MINVIELLE, "Allanamiento ilegal: Violación al derecho de la intimidad y de las garantías del «Debido Proceso»", en revista *Doctrina Penal*, núm. 38, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1987.

quier persona que se crea con derecho, de acuerdo con las normas del procedimiento civil (art. 48, inciso 2° NCPP); 9) el fiscal, al adquirir la calidad de sujeto procesal, una vez se ejecutoríe la resolución de acusación.

Entendemos por sujeto de la petición aquel facultado para solicitar pruebas, exigir un pronunciamiento judicial respecto de su petición, e interponer recursos frente a la providencia que niegue tal solicitud. Es por ello por lo que no incluimos en esta enumeración a la víctima o perjudicado, quien, al igual que los sujetos mencionados puede aportar pruebas, pero no está facultado para controlar su no aceptación (art. 28 NCPP).

El supuesto de contradicción de la prueba reclama la participación en su práctica de los sujetos procesales ya mencionados, los cuales a su vez son sujetos de la valoración mediante presentación del alegato precalificatorio y su actuación en la audiencia pública. Por excelencia, el fiscal y el juez son los sujetos de la valoración, pues sus decisiones, de carácter obligatorio, constituyen el máximo de apreciación probatoria.

6. Apreciación de la prueba

Dentro del capítulo de los principios generales se consagra como sistema de valoración de la prueba el de la sana crítica o de la apreciación razonada (art. 254 NCPP). Tal disposición manda igualmente la aplicación del principio de la unidad probatoria o apreciación en conjunto de las pruebas. En ello se destaca lo que constituye un desarrollo adecuado del régimen acusatorio en esta materia, dejando al pasado la orientación tarifaria propia del opuesto sistema inquisitivo.

Tal principio se aplica en relación con cada uno de los medios de prueba, así: a) El art. 273 del NCPP manda al juez tener en cuenta al apreciar el dictamen pericial, la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad de los peritos y los demás elementos obrantes en el proceso. b) En igual sentido, el art. 294 señala los criterios para la apreciación del testimonio, conforme al sistema rector de la sana crítica, establece algunas pautas de valor que permitan inferir los criterios que deban tenerse en cuenta, tales como la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad del testigo, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibieron los hechos, la personalidad del declarante, etc.

En cuanto a la confesión, el art. 298 del NCPP reitera lo ya dicho.

Debe tenerse en cuenta que si bien la sana crítica es el método de valoración, no por ello puede afirmarse que ha desaparecido todo vestigio del sistema tarifario. El contenido de varias disposiciones permite corroborar lo ya dicho: en primer lugar, en materia de terminación anticipada del proceso, el juez dispondrá en la sentencia la aplicación de la pena indicada y la indemnización de perjuicios, cuando exista *prueba suficiente* que respalde la calificación jurídica del delito y la pena imponible. En segundo lugar, en cuanto a la reconstrucción de expedientes se prevé la *presunción* de la existencia de las pruebas en que se funda una providencia,

cuando se tienen disponibles o presentes las respectivas copias (art. 166 C. de P. P.). En tercer lugar, en materia de prueba documental se les otorgó el carácter de auténtica a los documentos enunciados en el art. 277 del NCPP, si el sujeto procesal contra el cual se aduce no desconoce su conformidad con los hechos o las cosas que se expresan en ellos, antes de la finalización de la audiencia pública. En cuarto lugar, al referirse a la resolución inhibitoria, el NCPP exige que esté *plenamente* demostrada una causal excluyente de antijuridicidad o culpabilidad. En quinto lugar, con respecto a la calificación, se exige que si no existen pruebas *necesarias* para optar por una de sus formas, el fiscal se abstenga de cerrar la investigación. Finalmente se exige como requisito sustancial para dictar una medida de aseguramiento el que exista por lo menos un *indicio grave*.

Las anteriores consagraciones son suficientemente ilustrativas de que aun en el NCPP, el funcionario judicial sigue atado a una serie de condicionamientos que no permiten una aplicación plena del sistema de la sana crítica[6].

7. De los medios de prueba en particular

La referencia a cada uno de los medios de prueba se hará solo en relación con aquellos aspectos que hayan sufrido alguna modificación en el nuevo estatuto procesal o que resulten problemáticos o importantes de resaltar.

A) *La inspección*

Atendiendo al principio de legalidad de la prueba, el art. 260 del NCPP trae como requisito para la prueba de inspección judicial, que se decrete por medio de providencia en la cual se expresen los puntos materia de tal inspección. Sin embargo, en el inciso segundo de esta disposición se consagra una excepción a tal exigencia, permitiendo que la inspección se practique en la investigación previa sin necesidad de que la ordene. Igual situación puede presentarse en la etapa de instrucción, pero practicada la prueba, deberá ponerse el acta a disposición de las partes por el término de tres días, para solicitar su adición si así lo consideran.

En el acápite correspondiente a los principios rectores se destacó que estos no eran meras declaraciones, sino derecho positivo de obligatorio cumplimiento, que por su carácter rector no permiten excepciones. Por ello, consideramos que solo se cumplen a cabalidad con un régimen de legalidad probatoria que permita el debido ejercicio de los principios de publicidad y contradicción, si previo a la práctica de la prueba judicial se ha dictado providencia que la ordene. No basta poner en conocimiento de los sujetos procesales el contenido de la observación; es necesario además que en la diligencia visual o examinatoria se permita el debido control de lo que en ella ocurre, para que así cada uno deje plasmado lo que inspecciona por sus propios medios.

[6] Darío González Vásquez, *Régimen probatorio del nuevo Código de Procedimiento Penal*, Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Penal, Medellín, Señal Editora, 1987, pág. 92.

Si para respaldar lo anterior no fueren suficientes las varias disposiciones legales, debe tenerse en cuenta la indicación constitucional del art. 29 en cuanto al principio de publicidad. Por lo tanto, practicar la prueba sin orden previa significa, ni más ni menos, declarar secretas las etapas del decreto y práctica de las pruebas.

Si quisiéramos resaltar otros aspectos, no podríamos pasar por alto la importancia que el NCPP da a la prueba sobre el estado de las personas. En efecto, siempre bajo el presupuesto del respeto por los derechos humanos fundamentales se consagra la probabilidad de que al imputado se le practiquen exámenes médicos o clínicos que puedan dar luces sobre el hecho punible, sus circunstancias y el grado de responsabilidad de aquel, o para que se le interne en un centro hospitalario cuando fuese necesario para la observación de su estado síquico o corporal. En este último caso se exige que la decisión sea notificada personalmente al ministerio público, o en su defecto al defensor del pueblo, a fin de que sea resuelto por quien fuere competente para conocer del recurso de apelación, en caso de que uno de ellos se opusiere. Esta circunstancia resulta novedosa como factor de conocimiento del proceso por parte del funcionario de segunda instancia.

Es importante en este punto traer a consideración el problema relativo al consentimiento del imputado para realizar los exámenes médicos o clínicos, o para su internación en un centro hospitalario.

Resulta cierto que en virtud del instituto de la detención preventiva el individuo se ve limitado del derecho a su libertad; ¿pero implica este también la obligación de ser objeto de inspección judicial?

Si el sindicado guarda en su cuerpo elementos, huellas o señales que permitan clarificar los hechos materia de investigación, ¿debe soportar que por orden judicial sea examinado, o podrá oponerse no prestando su consentimiento? O si se resiste a internarse en un hospital, ¿podrá hacerse en contra de su voluntad para efectos de observar su estado síquico o corporal?

Ambas situaciones —ya lo habíamos anotado— están cobijadas por la necesaria observancia de los derechos humanos fundamentales. La Constitución consagra en su art. 15 que todas las personas tienen derecho a su intimidad personal; además, el art. 33 de la misma Carta manda que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

En contra de estas garantías parecieran estar los términos "podrá ordenar" y "ordenará", referidos a las facultades del funcionario judicial en relación con el imputado. En verdad, el punto cardinal del asunto radica en la necesaria conservación, a toda costa, de los derechos mínimos fundamentales. En relación con el aspecto que se discute, el conocimiento requerido a partir de la inspección judicial tiene sus límites, los que, en mi sentir, están constituidos por el previo consentimiento de la persona comprometida penalmente para permitir que sobre sí se realicen exámenes o se observe su conducta en un centro hospitalario. Se aplican aquí los principios

de libertad y espontaneidad que rigen en materia de confesión. Esta es la única forma de dar cumplimiento a lo estipulado por la Constitución Nacional[7].

B) *La prueba pericial*

Debemos destacar frente este medio de prueba lo siguiente:

En primer lugar, el capítulo III, "De la prueba pericial", desarrolla en gran medida lo que ORTIZ RODRÍGUEZ[8] señala como presupuestos necesarios para la estructura lógica de este medio de prueba.

En efecto, la exigencia de que el dictamen debe ser claro, preciso y detallado, y que en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, al igual que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones, nos marca el esquema del dictamen pericial. Es de anotar que este constituye apenas un eslabón en la estructura que propone el autor citado.

Lo consagrado en el art. 287 del NCPP, de mayor claridad que las exigencias de exponer las razones en que se funda, previstas en el art. 272 del anterior estatuto procesal, ya que marca un hilo conductor de conexidad entre los hechos, las técnicas realizadas y las conclusiones.

En segundo lugar, a manera de ilustración reseñamos algunos casos en los cuales procede el dictamen pericial y que tienen que ver precisamente con aspectos científicos, técnicos o artísticos, tal como lo señala el art. 264 del NCPP. Para consulta citamos los siguientes artículos: 261, 264, 295, 335, 337, 338 inc. 2°, 397, 405, 407, 417, 426 y 427.

En tercer lugar, se exige al perito no oficial, designado por nombramiento especial, explicar la experiencia que tiene para rendir el dictamen (art. 266 NCPP). En verdad, la exigencia debe ser para toda clase de peritos, pues lo cierto es que su carácter de oficiales no garantiza su idoneidad. Téngase en cuenta, además, que uno de los criterios para la apreciación del dictamen (art. 273 NCPP) es la idoneidad de los peritos, sin distingo alguno.

En cuarto lugar, el debido contradictorio de este medio de prueba está precedido de un mecanismo de control, consistente en que el funcionario, antes de correr traslado del dictamen, examina si se reúnen los requisitos señalados en la ley para su estructuración. Si se encuentra que falta alguno, o que el dictamen se compone de la simple expresión de las conclusiones, debe inadmitirlo. En el último caso, creemos que no basta con ordenar al perito que elabore el dictamen cumpliendo con los requisitos, sino que es menester, para efectos de la sanidad de la prueba, cambiar dicho perito por otro, que responda con mayor solvencia a la pretensión de conocimiento que de él se espera.

[7] Sobre este punto puede consultarse a HERNÁN VÍCTOR GULLCO, "¿Es necesario el conocimiento del interesado para una inspección corporal?, en revista *Doctrina Penal*, núm. 45, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1989.

[8] ALFONSO ORTIZ RODRÍGUEZ, *Lecciones de derecho probatorio penal*, 1ª ed., Impresos Baena Garcés, 1987, págs. 153 y ss.

Así mismo, en quinto lugar, en materia de objeción del dictamen, desaparecen las causales de violencia o dolo, persistiendo únicamente el error. En verdad, la doctrina de tiempo atrás venía sosteniendo que la coacción y el dolo afectaban el valor probatorio del dictamen, pero además, lo viciaban de nulidad, en cambio el error grave le restaba fuerza probatoria.

En sexto lugar, el art. 272 NCPP, atendiendo a la necesidad de que establecer la verdad histórica en el proceso debe ser la finalidad primordial de la prueba, permite que los sujetos procesales soliciten al juez que haga comparecer a los peritos, para que estos expliquen dictámenes y respondan las preguntas pertinentes, que se relacionen directamente con el cuestionario que a ellos se les haya formulado previamente.

En séptimo lugar, se amplían las posibilidades de controversia, dando lugar así a que en un momento dado, el funcionario judicial puede encontrarse en frente de varios dictámenes periciales, de tal modo que, atendiendo al principio de la unidad probatoria, su juicio se acerque a la acertada convicción. Todas estas facultades de los sujetos procesales se plasman en el art. 271 NCPP.

Finalmente, el artículo 263 NCPP, encontraría mejor ubicación sistemática si se hubiese consagrado en el capítulo de la prueba pericial, tal como estaba plasmado en el artículo 274 del anterior estatuto procesal. Pues en verdad, más que una inspección judicial, lo que se requiere es la prueba pericial para determinar el estado síquico o corporal del imputado.

C) *Documentos*

En materia de prueba documental, encuentro ilustrativo señalar lo siguiente:

En primer lugar, tal vez con el ánimo de evitar el sinnúmero de inconvenientes que trae consigo plasmar definiciones en los estatutos procesales, se decidió no consagrar la noción de "Documento" en el capítulo IV de la prueba. Con ello se evitan las críticas ya formuladas a las previas definiciones[9], y se permite que este campo sea ampliamente desarrollado por la jurisprudencia y la doctrina, al igual que el relativo a las clases de documentos.

En segundo lugar, es importante reiterar que el art. 28 del NCPP permite a la víctima o al perjudicado aportar pruebas, y entre ellas, lógicamente, se encuentra la prueba documental.

En tercer lugar, el punto de la autenticidad del documento sufre algunas modificaciones importantes:

El art. 284 del Código procesal anterior señalaba:

"*Autenticidad*. El documento público es auténtico mientras no se demuestre su falsedad.

[9] DARÍO GONZÁLEZ VÁSQUEZ, *Régimen probatorio del nuevo Código de Procedimiento Penal*, ed. cit., pág. 96.

"La autenticidad del documento privado se establecerá por los medios legales".

Por el contrario, el NCPP consagra el reconocimiento tácito en el sentido de que son auténticos los documentos escritos, las reproducciones fotográficas o cinematográficas, las grabaciones fonográficas, las xeroxcopias, las fotocopias, el télex, y, en general, cualquier otra declaración o representación mecánica de hechos o cosas, si el sujeto procesal contra el cual se aducen no desconoce, antes de la finalización de la audiencia pública, su conformidad con los hechos o las cosas que se expresen.

Para todos los efectos, es decir, tanto en lo atinente al documento privado como al público, debe precisarse lo siguiente:

En primer lugar, el sistema de valoración general de la prueba es el de sana crítica, por lo cual es a partir del autor del documento, de su contenido, de su capacidad representativa, etc., de donde el funcionario puede deducir el verdadero valor de este.

En segundo lugar, lo anterior se indica porque, si bien la consagración legal anticipada de autenticidad se corresponde con un régimen de tarifa legal, la autenticidad es apenas un punto de partida para la valoración de la prueba, no un punto de llegada, pues "El juez debe estar seguro de la autenticidad del documento, para considerarlo como medio de prueba"[10].

En tercer lugar, la autenticidad no se deriva de la clase de documento, sino de que se hubieran o no desconocido los hechos o las cosas que se expresan en él, antes de la finalización de la audiencia pública. De tal manera que obedece a un doble criterio: por un lado, que se controvierta la prueba documental por otros medios que resten fuerza a los hechos o cosas en él plasmados; y, por el otro, que se realice antes de la finalización de la audiencia pública.

Finalmente, el requerimiento como testigos de los funcionarios de la policía judicial, para que sean llamados al proceso, debe ubicarse en el capítulo de la prueba testimonial y no en el de la prueba documental; además, sería importante pensar si en verdad se requiere consagración expresa, pues en nuestro sentir es absolutamente innecesario.

D) *El testimonio*

A continuación se formulan algunas consideraciones acerca de las modificaciones de carácter formal, para prestar atención al asunto basilar de la prueba secreta, y específicamente del testigo secreto.

En primer lugar, sin que se amplíe el deber de rendir testimonio, debe anotarse que el art. 282 del NCPP precisa con mayor rigor lo que también se encontraba consagrado en el estatuto anterior, en cuanto al deber de declarar. En el caso de los menores de doce años se requiere la presencia de su representante legal o de

[10] HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, t. II, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía Editor, 1970, pág. 535.

un mayor, y al referirse a las personas jurídicas se exige que el testimonio sea rendido por el representante legal o su apoderado.

Así mismo, en segundo lugar, estimamos de dudosa factura jurídica la excepción consagrada en el art. 284 del NCPP, la cual señala que no se está obligado a declarar sobre aquello que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, profesión u oficio, *salvo que se trate de circunstancias que evitarían la consumación de un delito futuro* (subrayas nuestras).

La calificación de lo que pueda constituir un delito *a posteriori* radica en un proceso penal, único camino establecido para determinarlo, quedando siempre pendiente del juicio del profesional a quien se le haya confiado el secreto, si él sabía o no del carácter ilícito de tal conducta. Por otra parte, es restarle categoría a la relación de íntima de confianza que debe existir entre el profesional y el cliente, y sembrar la semilla de la duda en el primero, sometiéndolo a posteriores interrogatorios y, por qué no, hasta vincularlo a un proceso penal. No estamos lejos de eso.

En tercer lugar, son importantes como criterios legislativos los señalados en el art. 295 para la apreciación del testimonio, y como desarrollo del concepto "sana crítica", que en veces los aplicadores de la ley no saben a qué se está haciendo relación. Es la aplicación de la teoría del conocimiento al campo de la prueba.

En cuarto lugar, refiriéndonos al testigo secreto; tenemos: la integración a la jurisdicción ordinaria de la jurisdicción de orden público (normas transitorias art. 5° NCPP) trajo consigo la prueba secreta al proceso penal ordinario.

De tiempo atrás se había expedido decretos de estado de sitio[11] que, al parecer con el propósito de proteger a nuestros jueces de orden público, a los testigos y a las víctimas, consagraron las figuras del testigo secreto y del juez sin rostro. Si bien estas medidas pueden lograr algunos resultados estadísticos (justicia cuantitativa), la administración de justicia, entendida como la relación controlada entre el individuo y el Estado ha perdido demasiado. Los jueces sin rostro y los testigos secretos son armas ocultas que, en manos de un Estado irrespetuoso de los derechos humanos, tienen un poder explosivo.

El ciudadano sabe que en cualquier momento, y aun a costa de su propia inocencia, puede ser capturado, sometido a la investigación y juicio secreto, y condenado a purgar largas penas sin que se le haya permitido controvertir la prueba, contrainterrogar a sus incriminadores y ni siquiera conocer a quien, dotado de todo poder, lo juzga.

Pero lo cierto es que la prueba secreta fue más allá del medio testimonial y en el NCPP, en desarrollo de la "justicia ordinaria", toda la prueba puede ser secreta, sin que a ello se oponga el que esta no sea suficiente para dictar sentencia condenatoria (art. 248 NCPP).

Veamos algunas de las normas que ilustran al respecto: arts. 11 (Protección de víctimas y testigos); 130 (Medidas de protección de víctimas y testigos); 156, inc. 3° ("Para efectos de las diligencias que tuvieren que practicar las fiscalías ante los jueces regionales y estos, aun aquellos en que fuere necesario el concurso de los procesados, podrán utilizarse los mecanismos técnicos que se estimen eficaces para garantizar la protección y reserva de la identidad de los intervinientes"); 293 (Reserva de la identidad del testigo); 342 (Providencias reservadas) y 347 (Retención de correspondencia).

[11] Decretos 180 de 1988, 2790 y 0099 de 1990, y 2266 y 2271 de 1991.

El peligro que se cierne sobre todos es mayor cuando se observa que el art. 313 del NCPP permite al *fiscal* y al *juez ordinario* comisionar para la práctica de pruebas a cualquier funcionario que ejerza facultades de policía judicial. Si, como es sabido, en nuestro medio los funcionarios de policía judicial son los miembros de los organismos de seguridad, sobre quienes posa una duda permanente, no es vana nuestra preocupación por la existencia de la prueba secreta.

E) *La confesión*

En torno a este medio de prueba deben destacarse los aspectos siguientes: en primer lugar, atendiendo a la línea de no definir, propia del NCPP, desaparecen las nociones de confesión simple y confesión calificada, pregonándose los requisitos de validez (art. 296) de este medio de prueba, como son: que la confesión (simple o calificada) sea hecha ante un funcionario judicial; que la persona esté asistida por defensor; que la persona haya sido informada del derecho de no declarar contra sí misma, y que la declaración se haga en forma consciente y libre.

En segundo lugar, existe una modificación aparentemente insustancial pero que, en nuestro concepto, resulta ser de gran beneficio para los procesados. Nos referimos a que en el nuevo Código desaparece como presupuesto para la reducción de la pena, en caso de confesión, el que ella fuere el fundamento de la sentencia.

Era imposible, desde el punto de vista del principio de la unidad de la prueba y de la sana crítica, hallarse en presencia de una confesión como prueba única, que fundamentara la sentencia condenatoria, cuando la misma ley estaba exigiendo al funcionario averiguar la verdad de la confesión mediante la práctica de otras diligencias que lo condujeran a dicho convencimiento, lo que lógicamente generaba otras pruebas (decreto 50 de 1987, art. 299). Además, de cualquier modo, una vez que se analizaran en conjunto las pruebas y entre ellas la confesión ya verificada, esta siempre sería fundamento de la sentencia.

En tercer lugar, problema ineludible de afrontar es el relacionado con el valor probatorio del reconocimiento por parte del imputado (art. 136 NCPP) de hechos que le son desfavorables a su situación jurídico-procesal, en la etapa de investigación previa. Mucho se ha discutido a partir de otras normatividades si tiene valor de confesión, de indicio, o si es una prueba inexistente. La CSJ, en sentencia de casación de octubre 26 de 1989 —radicación 3099. M. P. JAIME GIRALDO ÁNGEL—, expresó:

"Es cierto que uno de los postulados fundamentales en las reformas introducidas por el Código de Procedimiento Penal de 1987 es de poner bajo el control del juez todo el proceso de investigación, aun durante las diligencias preliminares,

pero ello no implicó en manera alguna que el legislador se hubiera olvidado de la realidad social, impidiendo a los funcionarios de policía judicial recibir la versión libre de los hechos a los posibles autores o partícipes de los ilícitos que se investigan «por propia iniciativa, o únicamente por motivos de urgencia o fuerza mayor acreditada», como puede realizarse también en estos casos muchas otras diligencias preliminares, tal como lo dispone expresamente el artículo 334 del Código de Procedimiento Penal.

"El valor probatorio de esta versión está claramente señalado en el artículo 298 del Código de Procedimiento Penal, que la denomina confesión extraprocesal simple o calificada, siempre «que se haga espontánea, consciente y voluntariamente»"[12].

Tal posición asumía que no era necesaria la presencia del funcionario judicial ni del defensor y le otorgaba la calidad de confesión a la versión. Sin embargo, en salvamento de voto de la providencia citada, el magistrado SAAVEDRA ROJAS expuso: "Considero que la versión confesoria que haga un imputado en una investigación de carácter penal, bien sea adelantada por el juez o preliminarmente por la policía judicial, debe tener como requisito de validez necesariamente la presencia del apoderado...".

Ambas posturas muestran las dos caras de la discusión.

Abordemos el tema en el NCPP: en primer lugar, el art. 296 del NCPP señala como primer requisito de la confesión, que ella sea hecha ante un funcionario judicial. De acuerdo con el art. 116 de la Constitución de 1991, ejercen función jurisdiccional la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales, los jueces y la justicia penal militar; el Congreso igualmente ejerce algunas funciones jurisdiccionales. Por su parte, el art. 572 del NCPP reitera que el fiscal y el juez tienen tal calidad.

En segundo lugar, se exige como requisito para la confesión que la persona esté asistida por defensor. En efecto, el art. 29 de la nueva Constitución consagra que quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la *investigación* y el juzgamiento (subrayas nuestras).

El NCPP, en su libro II divide el proceso en título I (Investigación previa) y título II (Instrucción), de tal modo que ha de entenderse que la participación del abogado se exige desde el momento de la investigación previa. En este sentido se pronunció la Corte Constitucional, en sentencia del 22 de abril de 1993: "Así, pues, el derecho de defensa técnica en lo que se relaciona con la asistencia del defensor en los asuntos de carácter penal, no admite o no debe admitir restricción alguna. Para que exista un proceso penal propio de un Estado de Derecho es indispensable la protección del sindicado a través de un defensor, quien no solo cumple esta función sino otra también muy importante, colaborar en la investigación de la verdad. Así para el constituyente es tan importante la defensa técnica, que se

[12] *Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XIX, núm. 27, enero de 1990, pág. 24.

constitucionalizó el defensor de oficio en el artículo 282.4 de la Constitución, como una de las funciones del defensor del pueblo"[13].

En tercer lugar, el NCPP consagró en favor del capturado (art. 377) "El derecho que tiene, cuando se trate de investigación previa, de rendir versión espontánea sobre los hechos que se le imputan, con la advertencia de que puede guardar silencio sobre la incriminación hecha. La versión solo podrá rendirse en presencia de un defensor".

Conforme a lo expuesto concluimos que la versión ante la policía judicial sin la presencia del defensor no tiene valor probatorio de confesión, pero tampoco puede ser indicio, porque este supone que la prueba que estructura el hecho indicante sea legalmente aportado al proceso, y en el caso que nos ocupa, la falta de abogado defensor vicia la prueba recaudada[14].

Lo anterior cobra mayor vigor si se tiene en cuenta que el art. 161 del NCPP considera inexistentes para todos los efectos procesales las diligencias practicadas con la asistencia e intervención del imputado pero sin la de su defensor; y que, además, si de acuerdo ocn el art. 145 del mismo estatuto, en ningún caso el fiscal podrá comunicarse con el sindicado sin la presencia de su defensor, con mayor razón debe entenderse que dicha prohibición es extensiva a los miembros de la policía judicial.

Hasta aquí hemos reseñado lo atinente al medio de prueba confesión.

El inciso 2° del art. 161 exceptúa la presencia del abogado defensor en la versión libre y espontánea rendida cuando se produzca captura en flagrancia. Tal disposición es preciso relacionarla con el inciso 2° del art. 322 del NCPP, el cual señala que "Cuando no se trate de flagrancia, la versión tendrá que recibirse en presencia de su defensor".

En estos términos queda planteada la discusión así: si una persona capturada en flagrancia rinde versión libre ante la policía judicial sin presencia de su abogado defensor y realiza manifestaciones que la comprometen penalmente en la responsabilidad del hecho que se investiga, ¿qué valor probatorio puede deducirse de dicha versión? En nuestro concepto no puede deducirse ningún valor, por varias razones: no es confesión, por cuanto el declarante no cuenta con la asistencia del defensor; y no es indicio, porque, de acuerdo con el art. 377 del NCPP, la versión solo podrá rendirse en presencia de un defensor, y si ello no es así, vicia la prueba del hecho indicante, como ya se dijo.

Puede afirmarse, entonces, que el análisis conjunto de las normas señaladas no permite que la policía judicial reciba versión libre al imputado sin la presencia del abogado defensor. Sobre este tópico, expresa SAAVEDRA ROJAS: "Siempre hemos considerado que el derecho a la defensa surge precisamente (sic) en el momento en que la persona, como consecuencia de una imputación de carácter penal es captu-

[13] Sentencia sin publicar.

[14] JORGE ARENAS SALAZAR, *Crítica del indicio en materia penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1988, pág. 61.

rada bien sea en la indagación preliminar o propiamente en el proceso, o desde el momento en que es vinculada, bien sea con la receptación de la versión libre y espontánea que puede rendir en la etapa preliminar, o bien cuando es vinculado procesalmente por indagatoria o por declaratoria de reo ausente.

"Lo anterior es lógico, porque si «las pruebas practicadas o recaudadas por a policía judicial de orden público tienen el mismo valor probatorio que las practicadas por los jueces, quienes las apreciarán de acuerdo con las reglas de la sana crítica», es entonces viable que las pruebas de esa etapa preliminar lo pueden favorecer o perjudicar, y ante tales alternativas —las mismas del proceso— es necesario concluir que se le deben garantizar los mismos derechos procesales que se le reconocen durante el proceso"[15].

El art. 314, al referirse a la intangibilidad de las garantías constitucionales en la práctica de pruebas y actuaciones que realice la policía judicial, confirma lo dicho.

F) *Los indicios*

Cuatro disposiciones componen este capítulo así:

En primer lugar, el art. 300 del NCPP pone de relieve los elementos que estructuran la prueba pericial, a saber: a) la regla de experiencia; b) el hecho indicador o indicante; c) la inferencia lógica, y d) el hecho indicado.

En segundo lugar, lo atinente a la prueba del hecho indicador (art. 302 NCPP) requiere la prueba de este; es el supuesto para realizar la inferencia, pues de otro modo se estaría en presencia de la mera sospecha. Al respecto hemos insistido en que la certeza del hecho indicador no puede obtenerse sino a partir de la legalidad de la prueba, que le sirve de base, de modo que el hecho indicador debe estar probado, y mejor aún, legalmente probado; si la prueba que sirve de base al hecho indicador es ilegal, no puede derivarse válidamente ninguna inferencia en ella.

En tercer lugar, en relación con la unidad de indicios, en el sentido de que este es indivisible y por lo tanto sus hechos constitutivos no pueden tomarse separadamente como indicadores, es norma que ya había sido consagrada en los decretos 50 de 1987 (art. 303) y 409 de 1971 (art. 235).

No obstante la tradición legislativa, los funcionarios judiciales suelen apresurarse al momento de deducir indicios, sin precaver que uno solo al cual se le otorgue la calidad de grave es prueba que amerita una medida de aseguramiento, tan grave como la detención preventiva.

Con razón LONDOÑO JIMÉNEZ expresó: "Esa aberración mental de pretender multiplicar los indicios multiplicando la prueba sobre un mismo hecho, es un engaño a la justicia, una mentira jurídica, una indebida manipulación de la prueba. Son argucias que deberían estar desterradas de la justicia penal, porque de cierta manera constituyen una conducta desleal hacia la misma. Cuando lo cierto es que si un

[15] EDGAR SAAVEDRA ROJAS, "La norma procesal como un instrumento más de represión", en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, vol. XIV, núms. 23 y 24, Edit. Lealon, pág. 216.

primer indicio se encuentra plenamente probado, la fuerza del mismo no aumenta en lo más mínimo, porque otra serie de hechos concurren a confirmarlo, no siendo por lo tanto procedente hacer valer los últimos indicios diferentes"[16].

En cuarto lugar, en relación con el concurso de indicios existía un vacío legislativo, que vino a llenar el art. 303 del NCPP. Esta ausencia ya había sido apreciada por GONZÁLEZ VÁSQUEZ, al comentar el anterior estatuto procesal:

"Solamente debe señalarse la ausencia de una mínima ordenación sobre el fenómeno del concurso de indicios, figura que han desarrollado suficientemente la doctrina y la jurisprudencia, alcances estos que debieron quedar plasmados en la ley, para resolver los innumerables problemas que presenta esta modalidad de prueba circunstancial.

"En esta línea debió haber quedado claro que el concurso de indicios se figura con los siguientes elementos: pluralidad de indicios graves, hechos indicadores concordantes, inferencias indiciarias convergentes"[17].

A ello se refiere el art. 303 del NCPP, al señalar que los indicios se apreciarán en conjunto, teniendo en cuenta su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con los demás medios de prueba.

[16] HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, *Medidas de aseguramiento. Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Penal*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1992, pág. 160.

[17] DARÍO GONZÁLEZ VÁSQUEZ, *Régimen probatorio del nuevo Código de Procedimiento Penal*, ed. cit., pág. 98.

JURISPRUDENCIA

Terminación anticipada del proceso

El artículo 37 del Código de Procedimiento Penal introdujo la figura de la terminación anticipada del proceso, sin antecedentes en la legislación penal colombiana. Dada la novedad que representa la misma en nuestro sistema procesal, la discusión sobre sus alcances no se ha hecho esperar, como lo demuestran las providencias de los tribunales superiores de Buga y de Medellín y del Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales que presentamos a continuación.

Con estos pronunciamientos queremos, pues, iniciar lo que promete ser un interesante debate doctrinal y jurisprudencial.

1. Tribunal Superior de Buga

M. P.: Dr. LUIS FERNANDO TOCORA L.: (integraron la Sala, además, los magistrados Enrique Varón B. y Carlos Hernando Escobar M.).

Marzo 25 de 1993

OBJETO DE ESTA PROVIDENCIA:

Revisar, en virtud del recurso ordinario de apelación, la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de esta localidad, calendada el 26 de enero de este año, mediante la cual se declara la culpabilidad preterintencional del cuidadano D. D. R. en el punible de homicidio cometido en la persona de W. B., imponiéndosele como pena principal tres años cuatro meses de prisión, y como accesoria la de interdicción de derechos y funciones públicas por igual período. Los perjuicios materiales fueron tasados en quince millones seiscientos noventa y siete mil dos pesos ($ 15.697.002.oo), y los morales en diez gramos oro o su equivalente en moneda nacional. Al rematado se le niega el subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

Conforme al parte policivo glosado a folio primero, tienen ocurrencia en la carrera séptima entre calles novena y décina del municipio de Darién V., cuando a las tres de la mañana del domingo treinta y uno de mayo del año próximo pasado, fue herido con arma blanca el ciudadano W. B. quien falleciera momentos más tarde en el centro de asistencia médica de la localidad. En el informe en mención se formulan cargos de responsabilidad en contra del señor D. D. R. La situación en comento fue igualmente denunciada por el señor M. E. O. (fl. 02), quien además de acusar al mentado D. R., y de referir una vieja rencilla entre este y su adoptivo W. B. señala a la señora T. G. como una de las personas que presenciaron la agresión intempestiva de que fue víctima su ahijado.

Respecto de lo anterior obran en el plenario las correspondientes actas de levantamiento (fl. 07), de necropcia (fl. 41) y de defunción (fl.

49), del extinto W. B. En la necropsia médico-legal se diagnosticó como causa del deceso, un schock hipovolémico a consecuencia de dos heridas producidas con arma cortopunzante que comprometieron la arteria aorta y la vena cava, ambas en la región intrarrenal del abdomen.

ACTUACIÓN PROCESAL:

Inicia la fase instructiva de este proceso con la recepción del testimonio de la señora T. G. (fl. 11), propietaria del puesto de venta de comidas donde se desarrollaron los hechos, refiere haber visto cuando W. B. se le acercó a conversar al señor D. D. R. y sin que hubiera mediado discusión o gresca alguna entre ellos, cayó herido momentos más tarde, alcanzando a ver incluso cuando el agresor guardaba el arma utilizada, en la pretina del pantalón. El menor I. H. G. (fls. 13 y 61), hijo de la deponente en cita, aduce que aunque estaba presente en el teatro de los acontecimientos, solo presenció el instante en que W. B. caía al suelo a consecuencia de las heridas recibidas. Ambos declarantes son contestes en cuanto al hecho de no haberse percatado del ataque de que fue víctima el señor W. B. por parte del encartado D. D. R. y que cuando observaron al primero tendido en el suelo, pensaron que se trataba de alguna broma.

El señor J. C. A. G. (fl. 17), explica que aunque estaba presente en el lugar de los hechos, lo único que le consta es el momento en que W. B. cayó al suelo, situación que calificó como chanza o producto del alicoramiento.

En diligencia de indagatoria anexa a folio 22, el denunciado D. D. R. reconoce haber causado las lesiones que cegaron la vida del señor W. B. pero explica que su conducta obedeció, además de los efectos del licor, a los ataques verbales y al instigamiento que el antes mencionado le prodigó aquella noche, al igual que lo hacía cada que se le presentaba la oportunidad. Agrega el procesado que cuando decidió agredir a W. B., lo hizo con la intención de herirlo y no de acabar con su vida; y que los problemas que entre ellos existían derivaban de una celotipia infundada por parte de su víctima, y por la cual seis meses atrás este le había propinado una puñalada, hecho a partir del cual resolvió armarse de una navaja, la misma con que atacó y le fuera decomisada al momento de su captura. Sobre el particular se relieva el informe de 02 de junio de 1992, escrito en el cual se describen los pormenores de la detención reseñada.

Las anteriores pruebas sirvieron de sustento para que el extinguido Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal con sede en esta ciudad, definiera la situación jurídica del inculpado decretándole medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, proveído en el que se le acusa de la comisión del delito de homicidio perpetrado en la persona de W. B., y se le niega la concesión del subrogado penal de la libertad provisional (fl. 32).

Con la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal, la competencia de la investigación es acogida por el Grupo Uno de la Unidad Especializada de la Fiscalía Seccional de esta ciudad, organismo que impartió las comisiones pertinentes con destino a la Unidad Investigativa del Cuerpo Técnico de la Policía Judicial de esta misma localidad (fls. 44 a 46 y 51), actividad que sistematizamos de la siguiente manera.

J. A. G. (fl. 55), aduce ser testigo de la agresión que tiempo atrás perpetrara el hoy extinto W. B. en contra de D. D. R., ocasionándole una herida con un envase de cerveza, situación que al parecer fue producida porque el antes citado observaba una muchacha que era acompañada por aquel.

J. D. O. (fl. 54), afirma que lo único que le consta de los hechos en cuestión es el momento en que su amigo W. B. cayó herido al suelo. Adiciona este declarante que recuerda haber visto a su amigo W. B., la noche de autos, en el estadero "La Piscina", sitio en el cual estuvo "empujando" las bancas, hecho que generó la reacción de uno de los presentes en el lugar y que gracias a su intervención no pasó a mayores. En igual sentido obran las declaraciones del menor L. E. L. P. (fl. 57) y E. D. M. C. (fl. 59).

J. D. Q. H. (fl. 55), comandante de la Estación de Policía del municipio de Darién V., refiere en su exposición la vieja rencilla existente entre los señores D. D. R. y W. B., situación sobre la que recuerda las lesiones causadas por el último al primero de los mentados, hechos por los que no se formuló denuncia alguna por el agredido, quien por el contrario manifestó su deseo de venganza.

A. G. B. (fl. 56), persona con la cual el procesado estuvo ingiriendo cerveza la tarde del domingo de los hechos, señala que lo único que le consta sobre el particular es el comentario que le hiciera el señor E. O. acerca de que a su hijo adoptivo lo había ultimado el pescador D. D. por venganzas personales.

El uniformado R. F. C. P. (fl. 58), encargado de la guardia en la Estación de Policía de Darién V., explica que cuando tuvo conocimiento de lo ocurrido se dedicó infructuosamente a la búsqueda de D. D., presunto autor de los hechos, respecto de los cuales solo conoce lo informado por la ciudadanía sobre los problemas personales existentes entre el agresor y la víctima, entre los que se incluye una herida de puñal causada tiempo atrás por W. B. a D. D. R., lesiones que al parecer no fueron comunicadas a ninguna autoridad.

C. H. C. H. (fl. 60), se limita en su aserto a narrar lo ocurrido el día en que resultó herido D. D. R. a manos del hoy occiso W. B., hechos que asegura haber presenciado.

R. D. B. M. (fl. 63), acompañante del procesado D. R. en la noche de autos, comenta que cuando estaban tomándose un café en el establecimiento de la señora S. Z., y se disponía a cancelar lo consumido, se percató de que W. B. salía del lugar "quejándose", comentándole la antes citada que el responsable de lo sucedido era su amigo D. D. El deponente refiere a su compañero guardándose un objeto en la pretina de su pantalón, que no se encontraba en una embriaguez excesiva ni bajo los efectos de drogas alucinógenas, y que recuerda un comentario que este le hiciera en el sentido de estar amenazado por un muchacho.

Con las probanzas hasta aquí relacionadas, la Fiscalía Primera Seccional, Unidad Especializada del Grupo Uno, con sede en esta municipalidad, emitió la resolución interlocutoria mediante la cual acusa al encartado D. D. R., de la autoría material del punible homicidio agotado en la persona de W. B. (fl. 66). En el calificatorio en comento, se sustenta la responsabilidad del acusado en la mezcla de dos de las diversas modalidades del dolo, concretamente la del ímpetu y la del indeterminado, conclusión a la que llega el calificador merced a la versión de injurada del procesado D. R., transcribiendo lo que al efecto estimó pertinente. Cabe anotar que el proveído en mención no fue recurrido, y que previa su expedición no se presentaron ante el despacho, por ninguno de los sujetos procesales, los memoriales o alegatos a que se refiere el inciso segundo del artículo 438 del Código Penal adjetivo vigente.

Iniciada la etapa de la causa, el Juzgado Primero Penal del Circuito de esta ciudad, a quien correspondió la actuación de reparto, dispuso la práctica de las pruebas que a continuación se relacionan.

Los adoptantes de W. B. M. E. O. (fl. 118 vto.) e I. T. L. de O. (fl. 122), refieren en sus declaraciones aspectos inherentes a la actividad laboral que el antes mencionado desarrollaba, estableciendo para sus ingresos una cantidad monetaria equivalente al salario mínimo legal mensual vigente. El primero de los deponentes deja a disposición del despacho las facturas correspondientes a los gastos clínicos y funerarios erogados a consecuencia de las lesiones y posterior muerte de su ahijado W. (fls. 120 y 121).

A folio 127 encontramos la experticia médico-legal practicada al procesado D. R., escrito en el que se le diagnostica plena luci-

dez y comprensión al momento de la comisión del hecho imputado.

Los declarantes T. A. T. R. (fl. 147 vto.), R. P. V. (fl. 148 vto.), J. N. D. D. (fl. 149), C. H. C. H. (fl. 151), G. G. M. (fl. 152), M. S. Z. R. (fl. 153), G. M. T. (fl. 154), J. A. G. (fl. 154 vto.), J. D. Q. H. (fl. 156) y A. G. B. (fl. 156 vto.), algunos de los cuales ya habían rendido testimonio, son contestes en afirmar que sobre los hechos en cuestión nada les consta, y mientras el primero califica de belicosa y conflictiva la personalidad del exánime W. B., los deponentes C. H. y J. A. G., aducen recordar el día en que el mentado W. B. hirió al hoy procesado D. D. R.

A folio 135 obra el dictamen pericial rendido con ocasión de la valoración de los perjuicios causados con la infracción narrada en los autos, experticia que no fue objetada por ninguno de los sujetos procesales (fl. 166).

IDENTIDAD DEL PROCESADO:

Conforme a su diligencia de injurada, D. D. R. es hijo de M. R. y C. D., natural del municipio de Darien V., con cédula de ciudadano número 97'435.001 expedida en El Cedral -Puerto Asís- (Putumayo), pescador de profesión, con cuarenta años de edad para la época de los hechos, y con un grado de instrucción correspondiente al cuarto año de educación básica primaria.

AUDIENCIA ESPECIAL:

A folio 133 obra una solicitud presentada por el encartado D. R. en el sentido de que a la presente actuación se le aplicara el artículo 37 del ordenamiento procesal penal, esto es, la celebración de una audiencia especial con miras a terminar anticipadamente el proceso. En el referido acto (fl. 169), la Agencia Fiscal encargada de la calificación del ciclo investigativo presentó ante el juzgador de la instancia el acuerdo a que había llegado con el procesado en mención, en el que convenían que el punible por el cual debe responder es el de homicidio simple consagrado en el artículo 323 del estatuto punitivo, y que en la sentencia a proferir en su contra debía imponérsele la pena mínima relacionada en dicha norma, con una rebaja de la tercera parte al tenor de lo dispuesto en el artículo 299 de la compilación penal procesal. La presente diligencia fue presenciada y coadyuvada por el representante del ministerio público, y acogida íntegramente por el despacho de la referencia.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA:

Es la sentencia de condena reseñada en el acápite inicial de este proveído, decisión en la que además de aceptarse lo concertado en la diligencia de audiencia especial relacionada anteriormente, se adiciona a la conducta en cuestión la modalidad preterintencional de la culpabilidad, situación sustentada en la propia versión del encartado al momento de rendir su injurada, en cuanto a que su intención era la de herir y no la de matar a W. B. En la providencia de la cita, se traen a colación los aspectos básicos de la culpabilidad preterintencional, y se evalúa lo pertinente a la tasación de las penas a imponer, incluyendo en ello lo referente a la indemnización de los perjuicios.

ARGUMENTOS DEL RECURRENTE:

En sucinto escrito, la Fiscalía Primera Seccional, Unidad Especializada del Grupo Uno, refiere que el despacho de la causa quebrantó el pliego de cargos formulado mediante el proveído de calificación, omitiendo igualmente el acuerdo existente entre ese despacho y el encartado de la referencia (fl. 189).

OPINIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO:

Iniciado el trámite de la segunda instancia, el procurador judicial delegado al efecto, aduce en su escrito que la sentencia recurrida debe ser modificada en esta instancia, adecuándola a la convención adelantada previamente en diligencia especial entre el funcionario instructor y el encartado D. D. R. Sostiene el funcionario de la cita, que conforme al artículo 37 del nuevo ordenamiento penal procesal, al juzgador de la primera instancia no le estaba permitido apartarse de la conciliación adoptada por los sujetos procesales. Para lo anterior se transcribe un fragmento del texto "Terminación anticipada del proceso" del dr. R. L. V.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

El nuevo instituto de la "Terminación anticipada del proceso" que trae el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal en vigencia, expresa unos nuevos lineamientos político-criminales de nuestro sistema penal, en los que se refleja cierto espíritu pragmático, inspirado en parte en la institución anglosajona el *plea bargaining*, un sistema procesal de economía abreviada, basado en la confesión de culpabilidad del acusado. Se trata *grosso modo*, de un acuerdo o negociación en el que la autoridad concede un cargo o una pena menor que le que se plantea en una hipótesis acusatoria inicial, a cambio de la declaratoria de culpabilidad del propio acusado. Los efectos prácticos de ese sistema son de una gran resonancia, en la medida en que ayudan a descongestionar una atiborrada administración de justicia penal: La oficina de los fiscales pueden despachar de esa manera, más rápidamente los casos que tienen a su cargo, y lo mismo ha de suceder en los juicios ante los cuales ellos presentan los cargos. Con ese sistema se desplaza el prolongado trámite del proceso contradictorio para dar lugar a un acuerdo ante el cual, el juez solamente deberá imponer y tasar una penalidad. El procesado igualmente, podrá ver morigerada la sanción de su comportamiento desviado, al tiempo que se ahorrará los trámites de un proceso de confrontación probatoria y argumental. La pregunta es: hasta qué punto muchos de esos sindicados aceptarán una responsabilidad que no tienen para evitarse o asegurarse contra una pena eventual de mayor alcance y a la vez sacudirse de un arduo debate probatorio, en el que muchas veces, la condición subordinada o subalterna los inducirá a entregarse impulsiva e ingenuamente, invadidos del *metus potestatis*.

Este preámbulo nos lleva a afirmar que la nueva institución de la "terminación anticipada del proceso" debe ser cuidadosamente estudiada y aplicada, pues el acuerdo que conlleva no puede ser de alcance ilimitado, sino que debe estar sometido como todo dentro de un Estado de Derecho, al principio de legalidad, el que se puede violar bien porque se pretenda declinar la acción penal, cuyo titular es un Estado que debe defender el interés colectivo, o bien porque se desconozcan las garantías fundamentales del debido proceso, sobre todo, en las situaciones de desventaja en que un procesado sin mayores medios culturales y materiales suele presentarse en un proceso. Se impone entonces que el control de legalidad de ese acuerdo que autoriza el propio artículo 37 al juez sea celosamente ejercido para que los intereses de la sociedad, expresados en la noción de justicia, y los del procesado, manifestados en ella misma y en el de sus garantías procesales constitucionales y legales, sean preservadas.

De ninguna manera, la figura procesal de la "Terminación anticipada del proceso" autoriza a la vulneración del "debido proceso" (art. 29 de la Constitución Nacional y primero del mismo estatuto procedimental penal, enarbolado como principio rector). El principio de legalidad que constituye la columna vertebral de nuestro sistema penal, no puede verse suspendido por una norma ordinaria con burla a la justicia y a las finalidades supremas proclamadas por la Carta Fundamental. No podría por ejemplo dar pábulo a la impunidad, desconociendo pruebas indicativas de responsabilidad penal o dejando de investigar hechos punibles so pretexto de condenar otro acordado o confesado por el procesado, como tampoco podría dar lugar a la

condena de un procesado que temeroso de verse expuesto a una alta condena acepta el reconocimiento de un hecho punible del que no hay prueba y no confiesa haberlo cometido. Esto adquiere mayor relieve dependiendo del desequilibrio de las partes; un procesado pobre, analfabeta, en pánico ante la máquina leviatánica de la justicia, puede ceder fácilmente o ser manipulado por una Fiscalía ávida de resultados, dispuesta a exhibir cabezas para apacigüar los ánimos caldeados de la creciente delictiva. O un Estado, desnudado en su impotencia para someter a los criminales, puede entrar a pactar con miembros de poderosas organizaciones del crimen, dispuesto a ceder y a transar en tópicos no autorizados por la ley, bajo la proclama de lograr la paz social. No es ese el alcance de la nueva institución procesal. Sus límites los fija la propia norma en cuestión, cuando habla de "...acuerdo acerca de las circunstancias del hecho punible y la pena imponible...".

En el presente caso, el *a quo* ha reconocido un homicidio preterintencional, modalidad atenuada del homicidio en relación al tipo simplemente voluntario, cuya formación dolosa de culpabilidad implica una pena obviamente mayor. Esta adecuación del comportamiento punible, no fue considerada dentro del acuerdo que con base en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal se presentó en la Audiencia Especial del 20 de enero de 1993, y en la cual el procesado aceptó el cargo que le fuera proferido en la resolución de acusación, ubicado en el artículo 323 del estatuto sustantivo penal, para beneficiarse con la rebaja de pena autorizada en el artículo 299 del primero de los ordenamientos citados de "reducción de pena en caso de confesión".

Sin embargo, la juez de la primera instancia, reconoció en la sentencia que se revisa, la existencia de la preterintencionalidad en la muerte de W. B., entrando en contradicción con lo que ella misma de manera expresa había acogido en la citada Audiencia Especial, o sea, responsabilidad en el grado simplemente intencional en la ejecución del delito. Esta actitud implica un desconocimiento del acuerdo celebrado entre la Fiscalía y el procesado, tal como lo ha alegado el señor procurador judicial que ha conceptuado ante esta instancia. Y con ello se ha violado el procedimiento que el artículo 37 impone en su último inciso, cuando dice que en los casos en que el acuerdo no sea aprobado por el juez, tanto el fiscal como el juez deben ser reemplazados por otros que tengan la misma competencia.

La falla en que ha incurrido la señora juez de primera instancia empezó con el acogimiento del acuerdo dentro de la diligencia de Audiencia Especial, deficiencia que se viene a constatar después al emitir la sentencia. Y no puede aceptar la Sala, lo solicitado por el señor procurador judicial mencionado, de adecuar la sentencia del acuerdo, porque el juez *a quo* la ha proferido ateniéndose a lo dispuesto en el inciso segundo del mismo artículo 37, en cuanto ha evaluado la corrección y la suficiencia de la prueba. En efecto, el juez al penetrar en el análisis de la prueba recaudada, ha encontrado que la solución iba más allá de lo planteado por el señor fiscal, que lo fue con detrimento de la verdad y de las garantías fundamentales del procesado. Esa valoración lo ha llevado a la convicción de que el homicidio realizado lo fue en un grado menos grave que el aceptado por el procesado, lo que desplaza indudablemente el acuerdo e implica su desconocimiento por el juez, caso en el cual debe darse lugar a lo dispuesto por la nueva legislación procedimental de relevo del juez y del fiscal del caso.

Es aquí donde se ve claramente cómo un procesado puede llegar a acuerdos en su propio detrimento, sencillamente porque su versación no le alcanza para entrar en pie de igualdad a realizar una transacción o negociación con un fiscal letrado y de pronto ávido de determinados resultados que le reporten "satisfacciones profesionales" o imagen a su institución que aparece con una coyuntura política de impunidad y de crisis de violencia y criminalidad en el país, para la que la institución pueda emerger como un gran cruzado.

En el caso *sub judice*, obsérvese cómo el procesado apenas ha cursado el cuarto año de escuela primaria y proviene de una región rural de bajo nivel cultural. Esto último nos lleva también a pensar en la situación de temor en que un procesado en general, y un procesado de esta condición en particular, puede encontrarse para entablar un arreglo. La igualdad de armas que se esgrime como principio en los sistemas penales donde se dan este tipo de negociaciones no se puede predicar en este tipo de casos tan fácilmente, como para homologar un acuerdo que ha desconocido circunstancias tan serias y probables (de acuerdo a cierta prueba que nos habla de una sola herida con desenlace de shock hipovolémico), que implican una declaración de responsabilidad más benigna que la que el propio reo cree merecer.

Lo que debió hacer el juez *a quo*, fue haber desaprobado el acuerdo, al encontrar que el homicidio simple que fiscal y procesado habían aceptado iba contra la realidad probatoria, que señalaba o acreditaba la existencia de un homicidio preterintencional. Y si a esa convicción llegó solamente en el momento de dictar sentencia, circunstancia explicable si se comprende que en esa oportunidad realiza un más profundo análisis del caso, debió declarar la nulidad de ese acogimiento para dar paso a lo ya repetido por esta Sala, que dispone el artículo 37 en su inciso último.

En consecuencia, la Sala declarará la nulidad de la parte del proceso que empieza con esa decisión de acogimiento, para que el juez de primera instancia disponga lo pertinente ante su convicción y actitud de desaprobar el acuerdo.

En mérito de lo expuesteo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga V., en Sala de Decisión Penal.

RESUELVE:

Declarar la nulidad de la sentencia revisada, para que en su lugar se adopten por el despacho de la primera instancia, las medidas anotadas en la parte motiva de este proveído.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

2. Tribunal Superior de Medellín

M. P.: Dr. LUIS ÁNGEL GALLO M. (integraron la Sala, además, los magistrados Guillermo Gómez Arboleda y Fernando Gómez Gómez.

Noviembre 12 de 1992

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Terminación anticipada del proceso. Para terminar anticipadamente un proceso, es necesario estudiar previamente los fines y el objeto del proceso, como elementos indispensables en la tarea de las partes para obtener concesiones respecto del hecho punible, las circunstancias agravatorias, la rebaja de pena y el subrogado de la condena de ejecución condicional, que le permitan luego la aprobación por el juez. En otros términos, resulta indispensable determinar los asuntos que pueden ser acordados por las partes para que se finalice un proceso, antes de surtir los trámites regulares previstos por el Código de Procedimiento Penal.

Objeto fundamental del proceso es la inculpación concreta de una hipótesis delictiva que el Estado le hace a una persona. Para que exista proceso se requieren: a) La existencia de un hecho supuestamente delictivo, y b) La individualización o la identificación de uno o varios partícipes.

En el proceso se controvierte por las partes el hecho materia de la acusación y las circunstancias agravantes o de atenuación, la identidad de los partícipes y su responsabilidad. Por ello, pueden considerarse varios objetos especiales dentro del proceso, a saber:

El objeto de la investigación, está constituido por el hecho y sus circunstancias de tiempo, modo, lugar, condiciones personales de los partícipes, los motivos determinantes, la existencia y cuantía de los perjuicios (C. de P. P., art. 334).

El objeto de la calificación, referido a la descripción del suceso y su adecuación jurídica.

Para ello, previamente las partes disponen de un término con el fin de analizar lo probado y darle una valoración al evento, que corresponda a un determinado injusto y a la responsabilidad o no del procesado, proponiéndosela al fiscal o al juez, según el caso.

El objeto del juzgamiento, consta del cargo que por un hecho punible específico le hizo el fiscal o el juez, en su caso. En su trámite, las partes aportan y solicitan pruebas para afianzar la imputación, agravarla, atenuarla, desconocerla, o para justificar el comportamiento del procesado. El debate entonces tiene como límite el delito que en la calificación se le atribuye a una persona determinada y las condiciones personales bajo las cuales se considera su conducta. El contenido de la acusación es el que se decide en la sentencia.

El objeto del proceso es inmutable y por tanto no puede variarse la calificación jurídica del hecho por voluntad de las partes, así, por ejemplo, un delito de homicidio consumado no puede variarse por uno de lesiones personales; ni un injusto de acceso carnal violento, puede cambiarse por un estupro, dado que cada infracción tiene sus características peculiares. Por ello, el acuerdo que se dé entre el fiscal y el procesado, con la representación de su defensor, no puede por ningún motivo modificar la imputación concreta que se le hace en el proveído en el cual se resuelve su situación jurídica, o en la providencia calificadora del sumario, según la etapa en la cual se promueva la terminación anticipada del proceso. El fiscal y el acusado pueden sí convenir acerca de las circunstancias calificadoras del hecho criminoso, reconociéndolas o rechazándolas, con el fin de fijar la pena imponible (C. de P. P., art. 37).

La disponibilidad sobre el objeto del proceso tampoco puede comprender el retiro de acusaciones sobre otros hechos delictivos que por razón de la conexidad se adelantan dentro del mismo proceso, pues con ello se quebranta el propósito de adelantar la senteencia por economía procesal.

Siguiendo los lineamientos del profesor Alfonso Ortiz Rodríguez, se pueden admitir como *fines principales* del proceso penal los siguientes: la reconstrucción veraz y figurada del hecho y sus circunstancias; el establecimiento de las condiciones psicológicas de los partícipes y la decisión sobre la responsabilidad o inocencia del acriminado, realizando así materialmente la justicia en cada caso sometido a la jurisdicción penal.

Pues bien, la terminación anticipada del proceso procura la realización de la justicia, mediante la transacción que el fiscal hace con el procesado, cuando es incierta la autoría o la participación o las circunstancias calificadoras.

El señor defensor, sostiene la inadecuada fundamentación del proveído que desaprobó el acuerdo, por considerar, en su escrito sustentatorio de la apelación, que no es competencia del juzgado señalar los cargos delictivos materia del convenio, por desbordamiento de sus funciones e invasión de la actividad propia del fiscal, dado que la acusación es responsabilidad de este (fl. 71). Si el fiscal desestima un cargo, no puede el juez incluirlo en la acusación, por tratarse de una labor ajena a sus atribuciones. Solo puede operar el control jurisdiccional para constatar "la corrección de la calificación, de la pena imponible y del recaudo probatorio, de conformidad a lo acordado por las partes..." (fl. 73).

A estas inquietudes responde la Sala. En el sistema procesal colombiano no puede acordarse entre las partes el cambio del objeto del proceso, ni el perdón o la exclusión de uno o varios cargos delictivos objeto de la investigación penal. Por ello aparece incompleto el acuerdo propuesto por el señor fiscal de la Unidad Dos Especializada de Vida respecto del injusto de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, cuando con el débil argumento de lo momentáneo y ocasional del porte, hace impunible la conducta —por la falta de daño potencial o real al bien jurídico tutelado— excluyó esta imputación. Esta consideración es respaldada por el defensor. Si estaba convencido de la inocencia del sindicado o de la atipicidad de la conducta contra la seguridad pública, así debió decidirlo mediante la expedición de un auto interlocutorio en el cual ordenase la preclusión de la investigación y la cesación de procedimiento, antes de la audiencia especial, como lo prescribe el art. 36 del C. de P. Penal y no durante la celebración de este acto procesal (art. 37 ídem).

La misión fundamental del juez frente al acuerdo consiste en el respeto al principio de legalidad, tanto de la calificación jurídica de los hechos, como de las circunstancias calificadoras, la capacidad mental del procesado, la pena a imponer y la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional. Así, por ejémplo, si una persona da muerte a otra disparándole con una subametralladora y a corta distancia, el fiscal y el procesado, probada esta circunstancia modal, no pueden "acordar" la existencia de un homicidio preterintencional o culposo.

El acuerdo es, a juicio de la Sala, sobre situaciones inciertas, no probadas plenamente al momento de la audiencia especial.

Conviene también anotar que el agente del ministerio público incurrió en un error de apreciación, porque estimó apresurada la calificación para el homicidio (ya "que aún faltan pruebas para que ellas —las atenuantes aclárase— se puedan afirmar completamente", fls. 58 vto.) cuando el verdadero sentido del art. 37 del C. de P. Penal es dar por terminado el proceso, evitando así prolongadas pesquisas, buscando con ello la obtención pronta de una sentencia que cumpla sus objetivos, como son, entre otros, la imposición de las respectivas penas y el resarcimiento de perjuicios.

Ahora bien, en lo tocante a la decisión que es objeto de reparo por parte del señor defensor, el auto que improbó el acuerdo, la Sala encuentra serias anomalías que convergen a sostener que respecto a él y a la audiencia especial dentro de la cual se dictó, no se dio cumplimiento al art. 37 del C. de P. Penal. En otras palabras, quienes participaron en el acto no cumplieron las funciones que les asigna la norma; tampoco lo hizo la señora juez al proferir la decisión objeto del recurso. Por tanto, el estatuto adjetivo en cita no alcanzó los fines propuestos. Veamos:

Se habla de un acuerdo entre sindicado y fiscal y por parte alguna se dice en la disposición que en él tenga participación activa, como al parecer sucedió en este evento, el agente del ministerio. Del contenido de la norma más bien se desprende que su labor es de mera vigilancia, con la excepción, eso sí, de que puede interponer el recurso de apelación contra cualquiera de las dos decisiones alternativas que emita el juez. "La sentencia aprobatoria del acuerdo, reza, *solo podrá ser recurrida por el ministerio público*. El auto que lo niega es apelable en el efecto diferido por el sindicado, el fiscal *o el ministerio público*". Más claro y preciso, en el acuerdo no tiene intervención alguna el ministerio público y de ahí que se le faculte para interponer el recurso contra las decisiones ya mencionadas, cuando no las comparta.

Dispone claramente el artículo que "el juez deberá explicarle al sindicado los alcances y consecuencias del acuerdo y las limitaciones que representa a la posibilidad de controvertir su responsabilidad". Pues bien, sobre este fundamental aspecto no hay constancia alguna en el acta. Tampoco el juzgado, en el auto de fecha octubre seis de este año (X-5-92), ninguna mención hizo a la solicitud de libertad.

En tales condiciones, es dable sostener que en el *sub judice* está claramente demostrada la existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, presentándose así la causal de nulidad consagrada en el art. 304, numeral 2, del C. de P. Penal, siendo entonces necesaria la fijación de una nueva fecha para la celebración de la audiencia especial, si es que la parte solicitante (el implicado) aún mantiene su interés.

Es importante anotar que con lo anterior no se contraría el art. 37 citado cuando advierte que aquel acto solo puede celebrarse por *una sola vez*, porque ha de entenderse en sana hermenéutica que lo pretendido por el legislador es la no repetición de audiencias especiales cuando la investigación lleva un curso normal y legal, por cuanto se prolongaría innecesariamente la misma y se rompería el fin buscado por la ley adjetiva, la agilidad

del proceso. En este caso ocurre algo bien diferente, toda vez que se da una causal de nulidad, se torna inválida aquella diligencia de audiencia especial y las actuaciones subsiguientes y consubstanciales. Es imperiosa entonces para el *ad quen* la aplicación del art. 305 del C. de P. Penal.

Como la situación procesal del justiciable no sufre ninguna variación, dado que permanece incólume el auto mediante el cual se resolvió la situación jurídica, no procede, al menos por el momento, el beneficio de libertad provisional.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, decreta la *nulidad* de lo actuado en este proceso, a partir del auto de fecha septiembre veintiocho del corriente año (IX-28-92), mediante el cual se señaló fecha para la celebración de audiencia especial.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

3. Tribunal Superior de Medellín

M. P.: Dr. Rubén Darío Pinilla C. (integraron la Sala, además, los magistrados Humberto Rendón Arango y Javier Zapata Ortiz).

Mayo 5 de 1993

Consideraciones de la Sala:

1°. A partir de la expedición de la Constitución Política de 1991 y el decreto 2700 del mismo año por medio del cual se dictaron las normas para la investigación y el juzgamiento de los delitos, el procedimiento penal sufrió cambios sustanciales que no se han advertido suficientemente.

La terminación anticipada del proceso, uno de ellos y del que se derivan vastas consecuencias, es extraña a las instituciones procesales que han dominado el panorama del procedimiento criminal y que hemos venido diseñando desde tiempo atrás, acorde a nuestra cultura, y no se aviene perfectamente con el principio de la verdad material como objeto del juicio penal, ni con el principio según el cual los sujetos procesales no pueden disponer libremente o a su arbitrio de la acción penal que se concreta con la imputación de un delito al acusado, ni con el principio conforme al cual las normas de orden público, de las que son expresión los derechos constitucionales fundamentales a la presunción de inocencia y el debido proceso, no pueden ser modificadas por los sujetos procesales, ni estos pueden renunciar a ellas, pero una vez introducida, y no siendo manifiesta y completamente contraria a la Constitución, debe armonizarse con el conjunto de los principios e instituciones del procedimiento criminal.

En un proceso acusatorio o de partes como el que se introdujo a raíz de la Constitución Nacional recientemente expedida, por lo menos en la decisiva fase del juzgamiento, la función de acusación y la prueba de la imputación que se le hace al procesado le corresponde a la Fiscalía General de la Nación (Código de Procedimiento Penal, arts. 120, 249, 438 y ss. y 444) y la función de defensa y la prueba de los descargos le compete al sindicado y a su defensor, mientras que el juez, en ejercicio de la jurisdicción que le confiere la Carta, está llamado a dirimir la *controversia* de los sujetos procesales, como función propia y privativa (arts. 444, 453 y 456 ídem).

Pero, en ausencia de contradictorio o a falta de controversia, la misión del juez se limita a aplicar el derecho material o sustancial al caso sometido a su consideración, decidir e imponer la pena adecuada al delito y definir el tratamiento penal a que debe ser sometido el acusado; claro está que la decisión del juez en ejercicio de esa misión que le confían la Constitución y la ley deberá estar precedida siempre de un juicio sobre la legalidad del delito y la pena y el debido proceso de investigación y juzgamiento, como garantía básica del ciudadano.

La terminación anticipada del proceso por virtud del acuerdo a que llegan el fiscal y el acusado respecto a la imputación es precisamente una forma de renunciar a la controversia propia del juicio; en tales eventos y en desarrollo de los principios atrás enunciados el juez tiene un control sobre "la calificación jurídica del delito", que le permite rechazar el acuerdo cuando el fiscal incurre en un error en el proceso de adecuación típica de la conducta, bien porque selecciona incorrectamente el tipo objetivo por un error en el criterio o juicio jurídico que guía al funcionario al momento de identificar o interpretar la norma infringida para adecuarla a los hechos imputados, o bien porque deja de aplicar una norma de obligatoria aplicación de conformidad con los hechos declarados o que se dan por probados en el acuerdo, o bien porque aplica una disposición que no se acomoda a esos mismos hechos.

Pero, del mismo modo, más que un control, tiene una competencia irrenunciable sobre la pena que le corresponde al delito y puede incluso llegar a imponer otra diferente a la acordada por las partes, advirtiéndolo así al acusado, porque la función de acusación que la Constitución le atribuye al fiscal no incluye, ni puede incluir, la potestad para definir la pena imponible, que tampoco puede ser materia de transacción con el acusado, porque está ínsita en el ejercicio de la jurisdicción que la Carta le confiere al juez y que despliega al momento de dictar sentencia.

No es cierto, entonces, como opina el agente del ministerio público, que la función básica o primordial del juez sea la de advertirle al sindicado sobre las limitaciones que tiene para controvertir su responsabilidad una vez que ha llegado a un acuerdo.

Pero, indudablemente, los poderes del juez en tales casos no son ilimitados o exorbitantes; no puede olvidarse que de lo que se trata es de terminar la manera anticipada un proceso que apenas se encuentra en la etapa de instrucción, que no han concluido las oportunidades que se le otorgan a los sujetos procesales a lo largo de la investigación y el juicio para aportar pruebas y controvertirlas, ni se han agotado todas las comprobaciones que entran en la esfera de lo posible y, por ende, se trata precisamente de renunciar a medios de prueba que, de practicarse, podrían modificar cualquier imputación y al derecho a presentar otros que controviertan la acusación y a contradecir los que le sirven de fundamento, ni puede perderse de vista que la aceptación de los cargos en la audiencia de terminación anticipada equivale a una confesión de los hechos imputados y de esa manera el acusado renuncia, en alguna medida, a la presunción de inocencia.

La facultad que le otorga la ley al juez del conocimiento para verificar si "obra prueba suficiente" no puede entenderse, entonces, en el sentido de exigir la plena certeza o prueba de los hechos materia del acuerdo o dar por cabalmente demostrados otros diferentes para rechazarlo, de conformidad con su particular o personal examen de los medios de persuasión, porque de por medio se encuentra una confesión, ni puede llevarse al extremo de desplazar al fiscal en su función de acusación y sustituir su criterio en la evaluación de la prueba, reemplazándolo por el del juzgador y anteponiéndole la apreciación que este tiene de los hechos y los elementos de convicción aportados a la investigación.

Debe, eso sí, verificar o examinar que estos constituyen un respaldo *suficiente*, pero no necesario, de los hechos materia del acuerdo y mal hace cuando en esa tarea, para rechazarlo, parte de criterios apodícticos o acabados, definitivos e inmodificables.

Solo un error manifiesto u ostensible en torno a la prueba que le sirve de fundamento al acuerdo, como cuando se presume su legalidad, habiendo sido ilegalmente producida, o se desconoce o pasa por alto la existencia de alguno de los medios de convicción que obran en el proceso o, existiendo, se le da un alcance que a simple vista no tiene, le permite al juez rechazarlo por encontrar viciadas sus bases, siempre y cuando ese error tenga una incidencia sustancial en el proceso de adecuación típica del hecho punible o en el juicio

de culpabilidad y no pueda ser subsanado por la aceptación del acusado, que equivale a la confesión.

Pero, los intereses superiores del proceso penal que se inspira en el principio de la verdad material o histórica, el debido proceso de investigación y juzgamiento y la legalidad del delito y de la pena, constituyen precisos límites al acuerdo que se puede dar entre el fiscal y el acusado; por eso, sujeto al imperio de la Constitución y la ley, siempre será función del juez garantizar los derechos fundamentales y básicos del ciudadano, imponer una condena solo cuando haya justa causa y prevenir el fraude a la ley y el abuso del derecho (art. 95 nums. 1 y 7 de la Constitución Política).

Por más que la aceptación de los cargos por parte del acusado equivalga a una confesión, el juez no está fatalmente obligado a admitirla, y puede rechazar el acuerdo como fundamento de la sentencia condenatoria, cuando no se produzca libremente o haya sido obtenida o inducida con artificios o engaños, pero también cuando la confesión así hecha sea ostensiblemente mendaz o falsa, o esté destinada a engañar a la justicia o a encubrir a un tercero.

Solo que el juez debe proceder sin excesos; en tales casos, la experiencia judicial o los principios de la lógica, menos aún cuando no son producto de una lógica irreductible o apodíctica y admiten la afirmación contraria, que legítimamente constituyen una guía en la apreciación de los hechos, no pueden sustituir a la prueba legalmente producida, ni puede obrar el juez con fundamento en meras hipótesis o en un juego de probabilidades que a última hora desvirtúan la misma confesión u otros elementos de prueba.

No pocas de las afirmaciones del juez de instancia al analizar la prueba adolecen de esos defectos; a modo de ejemplo, no es irreductible que "el único incentivo de estos muchachos temerarios de ahora, es el lucro económico que obtienen al coronar el hurto violento de un vehículo", porque en más de un caso los mueve igualmente la ostentación de poseerlo, ni es inconcuso que el procesado proviera fatalmente que C. A. B. "rechazaría la incriminación o, lo peor aún, confesaría el delito para delatarlo también a él por comprensible venganza", porque no siempre el acusado realiza esos cálculos y la experiencia de los estrados judiciales está llena de delaciones que se devuelven contra el delator, ni es lícito elaborar hipótesis con fundamento en meras suposiciones porque "por lo menos no hay constancia" en contrario, ni lo es, en fin, presumir que la aceptación de los cargos "da la impresión de haber sido concebida por la conveniencia de unas prerrogativas" de las que ningún beneficio reportaría siendo inocente, porque en tal evento no estaría sujeto a pena alguna y en nada le convendría aceptar una inculpación falsa.

Ninguno de esos argumentos tiene la característica de lo manifiesto o lo inequívoco y no pueden servir para desestimar el acuerdo, simplemente porque el acusado terminó aceptando el cargo de hurto cuando en la indagatoria había relatado que fue capturado en posesión del vehículo porque un amigo suyo, C. A. B., únicamente se lo había prestado para realizar una diligencia, como lo había hecho en otras oportunidades, sin que él conociera que se trataba del producto de un hurto o, en otras palabras, que no había realizado conducta ilícita alguna, menos aún dolosamente, de manera circunstanciada y con prueba que confirmaba su aserto.

Pero, se olvidan, en cambio, elementos francamente relevadores de lo contrario, además del reconocimiento en fila de personas que realizara la perjudicada con el hecho punible, que apuntan directamente a confirmar la aceptación del cargo de hurto; en efecto, no puede olvidarse, porque aquí es de capital importancia, que fueron dos los autores del delito contra el patrimonio económico y el acusado J. F. T. P. solo se refirió a una persona como presunta propietaria del vehículo, precisamente a C. A. B., y ningún otro aparece ligado al dominio del automóvil, ni puede pasarse por alto que apenas dos días después de consumado el hurto J. F. T. P. contaba o poseía ya un documento privado, suscrito por el mismo C. A. B. que lo autorizaba para conducir el automóvil sustraído, y de manera *permanente* por supuesto, e identificado ya con unas placas *diferentes* a las autorizadas legalmente (la fiscal no se ha preocupado aún por establecer si son falsas o no), como consta en el documento y con las cuales fue decomisado tiempo después, ni puede perderse de vista que ese documento se extendió cuando, según el causado, hacía apenas unos *dos meses* que conocía a C. A. B., con quien no lo ligaban mayores vínculos, y se lo facilitaba aun "para ir donde mi novia a Belén La Castellana" (fl. 8 vto.), por lo que se le veía en él con frecuencia, ni puede dejarse de lado que le conoció el vehículo a C. A. B., según afirma, unos dos meses antes de su indagatoria, esto es, *tan pronto* como se consumó el delito contra el patrimonio.

La existencia de C. A. B., sea ese su verdadero nombre o bien que se trate de uno supuesto, *no descarta* la participación del acusado en el hecho punible de hurto y mal puede, entonces, servir de argumento para poner en duda su responsabilidad en esa empresa criminal, menos aún cuando fue reconocido en fila de personas como uno de los autores y elementos de la naturaleza de los descritos por la Sala enseñan que la posesión del automóvil sustraído no era a título de mero préstamo, ni obedecía a una larga y sincera amistad, ni era una tenencia ocasional, por lo que la confesión realizada al aceptar el cargo no puede rechazarse.

Pero, además, la aceptación del acusado no encierra riesgo alguno de encubrimiento, porque no impide la investigación enderezada a descubrir la participación de BETANCUR MARÍN, ni la cancela.

Nada se opone, por ese aspecto, a la aceptación del acuerdo para la terminación anticipada del proceso; solo que por otros motivos no está llamado a servir de fundamento a la sentencia.

2°. No puede el juez, al momento de dictar sentencia, sustraerse al juicio sobre el debido proceso de investigación y juzgamiento, porque él constituye una garantía fundamental o básica de los sujetos procesales que intervienen en el juicio y del conjunto de los ciudadanos, aun del perjudicado con el delito, y es fundamento insustituible de toda decisión judicial por mandato de la Constitución.

El ejercicio de la función de acusación que la Constitución y la ley le otorgan a la Fiscalía General de la Nación no es libre o discrecional; por el contrario, se trata de una competencia reglada, sujeta al principio de legalidad y tanto es así que la preclusión de la investigación, por medio de la cual la Fiscalía decide ponerle fin a la instrucción y, por ende, no elevarle acusación al procesado, ni formularle imputación alguna, y renunciar al ejercicio de la acción penal, está sujeta a estrictas causas legales y no depende de la discrecionalidad del funcionario, ni de factores de oportunidad o conveniencia.

La terminación anticipada del proceso exige, por lo tanto, que en la audiencia especial el fiscal presente "los cargos que de acuerdo con la investigación surjan contra el sindicado" y de allí la necesidad de que aquel se pronuncie en esa oportunidad, o antes, sobre todas las hipótesis o hechos punibles materia de investigación, bien para incluirlos en los cargos que son tema del acuerdo, o bien para continuar el proceso rspecto de aquellos hechos que no son materia de él, o quedan por fuera del convenio por no haberse llegado a un acuerdo con el acusado y ser este apenas parcial, o bien para prescindir de ellos por la vía de la preclusión de la investigación, porque de otra manera quedarían extremos sin resolver o sin una adecuada solución, cuestión que desconoce el debido proceso de investigación y juzgamiento al que están obligados el fiscal y el juez.

De alguna manera, y por el razonamiento que viene de hacerse, los cargos explicitados o formulados en la audiencia de terminación anticipada sustituyen a la resolución de acu-

sación o equivalen a ella, porque fijan los extremos de la imputación que se le hace al acusado, en relación con ella es que este debe pronunciarse para aceptarla o rechazarla y esos mismos cargos sirven para delimitar el alcance de la sentencia y la congruencia que debe guardar con la acusación; por lo tanto, deben ser precisados de manera completa, sin dejar por fuera ninguna de las hipótesis que fueron materia de averiguación o se desprenden de los hechos instigados, porque de lo contrario errores de esa índole conducirían a la nulidad de la audiencia en que se contienen los cargos o la imputación.

En el asunto que ocupa la atención de la Sala la fiscal delegada omitió pronunciarse sobre algunas de las hipótesis o hechos materia de investigación; nada dijo, por lo menos, sobre las armas con las cuales se consumó el hurto y el porte de las mismas, indisolublemente ligados al delito contra el patrimonio (fl. 2 vto. y 24 vto.), ni sobre el uso de unas placas diferentes a las legítimas y la falsedad o no de las mismas que, al tenor del art. 2° del decreto 1344 de 1970, modificado por el decreto 1809 de 1990, constituyen documento público, ni sobre la falsedad y uso del documento por medio del cual se autorizó al acusado para conducir el vehículo, autenticado presuntamente ante notario, a sabiendas de que la identidad de quien lo suscribe está abiertamente en entredicho como se desprende de manera manifiesta del simple cotejo de las formas (fls. 12 y 68), ni sobre la falsificación y uso de la póliza de seguro obligatorio (fls. 60 y 66), que constituye documento privado.

Sobre este último tópico debe recordar la Sala que la falsedad en documento privado es un tipo penal de dos actos o que exige la realización de una doble conducta: la falsificación y el uso (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Providencia del 7 de julio de 1981); por lo tanto, mientras no se realice el uso, el delito de falsedad en documento privado *no se consuma* y allí es donde entronca el fenómeno de la *coautoría sucesiva* que se da en aquellos casos en que "un coautor se añada durante la ejecución del hecho hasta su terminación" (JESCHECK, H. H. *Tratado de derecho penal*. Parte general, volumen segundo, Barcelona, Edit. Bosch, 1981, pág. 942).

Debió la fiscal delegada pronunciarse en algún sentido respecto de esas conductas y al no hacerlo, incurrió en violación del debido proceso, motivo por el cual la Sala va a declarar la nulidad de la audiencia especial de terminación anticipada del proceso, que podrá rehacerse o repetirse si se subanan tales vacíos.

3°. La Sala no va a anticipar su criterio sobre el subrogado de la condena de ejecución condicional; debe precisar, eso sí, que es indispensable que en la audiencia especial, más allá del acuerdo de los sujetos procesales sobre el punto, el acusado manifieste de manera expresa si la eficacia del acuerdo queda condicionada a su otorgamiento, porque solo así sabrá el juez, en caso de negarlo, que el convenio es ineficaz y no puede prosperar.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, REVOCA la providencia materia de apelación y, en su lugar, DECLARA la nulidad de la audiencia de terminación anticipada del proceso y ORDENA continuarlo, sin perjuicio de que los sujetos procesales lleguen a un nuevo acuerdo observando el debido proceso. Désele aplicación al art. 37 inc. final del C. de P. P.

Cópiese, cúmplase y devuélvase.

4. Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales

Juez: Dr. CÉSAR AUGUSTO LÓPEZ LONDOÑO

Octubre 30 de 1992

CONSIDERACIONES:

I) *La resolución de acusación*. Como se recordará, el desaparecido Juzgado Primero de Instrucción Criminal con sede en esta ciudad, el día 4 de junio del año avante, al calificar el mérito sumarial de este asunto, profirió resolución acusatoria contra los sindicados A. L. M. P. y N. F. O. por el delito de homicidio simplemente voluntario, donde figura como ofendido del señor G. G. G., evento punible definido en el art. 323 del C. Penal, en hechos ocurridos en el barrio El Campamento de esta capital en la mañana del domingo 12 de enero pasado (fls. 194-208).

II) *El acuerdo*: Durante la diligencia de audiencia especial, celebrada a instancia de la parte acusada. A. L. M. P., quien hasta ese momento venía negando su intervención en la muerte violenta de G. G. G. reconoció que, en medio de la ira que experimentó esa mañana al observar que G. G. y su hermano R. habían herido, con arma blanca, a su amigo N. F. O., "yo le pegué una puñalada a G. en el pecho" con un cuchillo que "no sé de donde saqué". Y seguidamente manifestó que "yo acepto el cargo que me hace la señora fiscal, pero si me dan la libertad..." (fls. 268-269). A su vez N. F. O. admitió, como lo había hecho en su injurada, que, en medio de la ira que sentía esa mañana, pues "yo estaba lesionado porque —los hermanos G.— me habían dado una puñalada en la ceja, otra en la mano y otra en el pecho", "yo lo lesioné —a G.—, pero no lo maté": "Yo lo lesione con machete por la espalda, uno dos machetazos, pero yo no le tiré al pecho". Y a continuación expresó que "yo acepto los cargos que me ha formulado la señora fiscal, pero si me dan la libertad condicional..." (fl. 269).

Por su parte, la señora fiscal, tras escuchar las antetranscritas palabras, formuló el siguiente planteamiento: "Con respecto al condicionamiento que hace A. de que acepta el cargo si se le concede el subrogado de la condena de ejecución condicional, la Fiscalía no llega a arreglo, porque considera que la modalidad del hecho, un homicidio, es muy grave". Máxime cuando "en el caso de autos el occiso fue agredido en gavilla, por varias personas que atentaron contra él". En cuanto a "las lesiones personales que está planteando el señor N. O. no son objeto de ningún arreglo", por cuanto "es una contravención que no es de mi competencia". "Si se va a hacer un arreglo es sobre la coautoría en el homicidio". Y a continuación la señora fiscal, tras recalcarles que podía "llegar a arreglo con ustedes si no lo supeditan a la condena de ejecución condicional", les propuso a los procesados el siguiente convenio: Por ese "arreglo" no supeditado a la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional, tienen "por ello la rebaja de la sexta parte" prevista en el art. 37 del C. de P. Penal. Y como "con respecto a las circunstancias que rodearon el hecho, se les puede reconocer el estado de ira", tienen, asimismo, derecho al "atenuante de la ira e intenso dolor" contemplado en el art. 60 del C. Penal. "Quedando entonces la pena en treinta y cuatro meses" (fls. 269-270).

A la propuesta de "arreglo" formulada por la señora fiscal, la señora M. P. respondió que "yo acepto sin supeditar al otorgamiento del beneficio de la condena de ejecución condicional..." (fl. 270). Y, a su vez, O. respondió que "yo estoy de acuerdo": "Yo no lo maté pero estuve en el hecho..." (fl. 270).

Aquí pregúntase el juzgado: Se ajustará a la realidad procesal ese acuerdo al cual llegaron los prenombrados sujetos procesales "acerca de las circunstancias del hecho punible y la pena imponible".

III) *El caso de A. M. P.*: 1) Como bien lo enfatizó la señora fiscal durante la audiencia especial, dadas las "circunstancias que rodearon" el origen, desenvolvimiento y desenlace del trágico episodio materia de este asunto, perfectamente puede concluirse que cuando A. L. M. P. atacó, con un cuchillo, al señor G. G. G., con el lamentable resultado ya sabido, obró en estado de ira e intenso dolor provocado por "comportamiento ajeno, grave e injusto": El lesionamiento de su gran amigo N. F. O. por parte del referido G. G. y de su hermano R. G. G. (fls. 9, 21v, 22, 56v, 57, 69v, 70, 91v, 142v, 143, 152v, 163, 172, 246 y 247).

Por lo tanto, si la evidencia demuestra elocuentemente que la señora M. P. actuó domi-

nada por el llamado "ímpetu de la cólera" al herir mortalmente al señor G. G., es correcto el acuerdo al cual han llegado la señora fiscal y A. L. sobre "las circunstancias del hecho punible": Homicidio emocional (arts. 323 y 60 del C. Penal).

2) Como se recordará, la señora fiscal ha señalado que a A. L. puede reconocérsele la rebaja de pena contemplada en el art. 37 del C. de P. Penal para "el sindicado que se acoja a la terminación anticipada, durante la etapa de la investigación" (fl. 270).

Será acertado tal planteamiento.

Aunque este caso se encuentra hace varios meses en la etapa de juzgamiento (fl. 223), el despacho estima que, de todos modos, a la señora M. puede concedérsele tal reducción punitiva, por aplicación del principio de favorabilidad establecido en el art. 10 del nuevo estatuto instrumental. Y la razón para formular tal aserción es harto bien sencilla: Como el ciclo instructivo en este asunto fue clausurado el día 13 de mayo del corriente año (fl. 191), vale decir, mucho antes de entrar en vigencia el nuevo C. de P. Penal, A. L. M. no tuvo nunca oportunidad de acogerse al novísimo y revolucionario mecanismo de la terminación anticipada del proceso "durante las etapa de la investigación".

Tal circunstancia —el cierre de la fase averiguatoria mucho antes de entrar en vigencia el nuevo estatuto procedimental— posibilita, entonces, la aplicación retroactiva de la citada disposición, la que, como nítidamente despréndese de su texto, es una norma jurídico-procesal de efectos sustanciales: Consagra un derecho, como es la rebaja de una sexta parte de la pena para "el sindicado que se acoja a la terminación anticipada del proceso, durante la etapa de la investigación" (sobre norma jurídico-procesal de efectos sustanciales, ver FABIO CALDERÓN BOTERO, *Casación y revisión en materia penal*, Santa Fé de Bogotá, Librería del Profesional, 1985, pág. 67). Y de ahí que el reconocimiento en favor de A. L. M. de la susodicha rebaja de pena, en momento alguno sea una extravagancia o sea producto de una interpretación caprichosa o antojadiza del aludido principio de favorabilidad.

3) La pena que cabría imponerle a la procesada una vez verificados los descuentos operantes por razón de la concurrencia de la circunstancia degradante de responsabilidad de la ira e intenso dolor prevista en el art. 60 del C. Penal y de la rebaja de pena consagrada en el art. 37 del C. de P. Penal, es la calculada por la señora fiscal: Treinta y cuatro meses de prisión: Y más concretamente: Treinta y tres meses y diez días de prisión.

4) En estas condiciones, como "la calificación jurídica del delito y la pena imponible, de conformidad con lo convenido por las partes, es la correcta, y como, además, la prueba militante en este asunto contra A. L. M. P. permite declarar su responsabilidad juridicopenal en los términos precisados por la señora fiscal, el juzgado aprobará el acuerdo al cual han llegado en la audiencia especial la señora fiscal M. P. "acerca de las circunstancias del hecho punible y la pena imponible" —y valga la pena agregar que, en el personal concepto de este fallador, sería una inmarcesible ridiculez improbar ese "arreglo" porque la señora fiscal, que muy posiblemente no es una gran experta en dosimetría penal, se equivocó en veinte días más en la tasación del correctivo imponible—.

5) Como se lee al fl. 270 del expediente, A. L. sin duda alguna inducida por la intransigente postura de la señora fiscal en el curso de la audiencia especial, aceptó el "arreglo" propuesto por tal sujeto procesal, sin "supeditarlo", como podía hacerlo por autorización del art. 37 del C. de P. Penal, "al otorgamiento de la condena de ejecución condicional". Pero tal actitud en modo alguno puede interpretarse como una definitiva e irreversible renuncia suya al mentado subrogado.

Como es bien sabido, es al juez, y solo al juez, a quien corresponde resolver si, en el concreto caso, suspende condicionalmente la ejecución de la sentencia. Y al decidir la concesión y no de tal subrogado al reo, la única orientación que debe seguir es la trazada por el art. 68 del C. de Penal: "Que la pena impuesta sea de arresto o no exceda de tres años de prisión" y "que su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, permitan" "suponer que el condenado no requiere tratamiento penitenciario".

Por tal elemental razón —la exclusiva competencia del fallador para resolver el otorgamiento del subrogado—, la Fiscalía jamás puede pretender que al juez le sea vedado ese pronunciamiento. Como lo pretende en este caso, donde la señora fiscal doce, olvidando el contenido de los artículos 228 de la Constitución Política y 9° y 22 del C. de P. Penal, los cuales imponen la prevalencia del derecho sustancial en todas las actuaciones judiciales, que en el proceso penal tradúcese, entre otras cosas, en la efectividad de lo que GIUSEPPE BETTIOL llama el "*ius libertatis* del imputado" —que contrapone al *ius puniendi* del Estado— (*Instituciones de derecho penal y procesal penal*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1977, págs. 262-268), y usurpando, además, una atribución que el art. 37 del C. de P. Penal solamente da al encartado, quiso, a todo trance, supeditar el "arreglo" "acerca de las circunstancias del hecho punible y la pena imponible" con la señora M. al expreso repudio por parte de esta dama a ejercer esa importante facultad que bríndale el tantas veces invocado art. 37 del ordenamiento instrumental, cuando dispone que "el sindicado —y únicamente él— puede condicionar el acuerdo a que se le otorgue la condena de ejecución condicional, cuando ello sea procedente de acuerdo con las disposiciones del Código Penal".

Asentir que un fiscal supedite un acuerdo a la renuncia por parte del implicado al eventual reconocimiento del subrogado contemplado en el art. 68 del C. Penal y que, por lo mismo, termine siendo, en la práctica, quien conceda o, lo que es peor, deniegue tal gracia, sería, ni más ni menos, tolerarle, ilegalmente, la asunción del papel del juez y permitirle, igualmente, que entre a reemplazarlo, en forma indebida, en la toma, durante la causa, de determinaciones puramente jurisdiccionales y, por lo mismo, de exclusiva competencia del fallador. Sería, en otras palabras, conferirle un poder que la ley, por fortuna, jamás ha entregado al fiscal, quien, como se sabe, en la etapa del juzgamiento es apenas un simple sujeto procesal, con similar rango y los mismos derechos y obligaciones que el acusado.

Tal como lo indica el art. 37 del C. de P. Penal, la misión del fiscal en la audiencia especial es la consecución de un acuerdo con el procesado "acerca de las circunstancias del hecho punible y la pena imponible". De tal precisión formulada por el texto legal, síguese, entonces, que el fiscal en dicha diligencia en momento alguno puede convertirse en el supremo dispensador de la condena de ejecución condicional. Y si el fiscal y el inculpado llegan a ese acuerdo sobre "la calificación jurídica del delito y la pena imponible", es el juez, y, reitérase, solo él, quien, al momento de aprobar ese convenio, entra a estudiar si, en el caso *sub-examine*, es posible el otorgamiento de la condena de ejecución condicional.

6) Como quedó reseñado enantes, a A. L. M. se le atribuye en este asunto la comisión de un delito de homicidio en estado de ira e intenso dolor. Y, como también se ha visto, la pena imponible sería de treinta y tres meses y diez días de prisión.

Si la encausada es lo que se llama una delincuente pasional, como deben ser consideradas todas aquellas féminas que infringen la ley penal arrastradas por una exaltación emocional, como lo es, precisamente, una ira injustamente provocada (cfr. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN, *Diccionario de criminología*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1988, pág. 33), y si, además, la pena imponible no supera los tres años de prisión, bien puede ser favorecida con la concesión en su favor del subrogado de la condena de ejecución condicional.

Es cierto que, como tan atinadamente lo apuntó la señora fiscal en la audiencia especial, un homicidio "es un hecho muy grave".

Pero en este caso específico no deben olvidarse los otros factores relacionados en el art. 68 del C. Penal: La personalidad y las modalidades del evento punible: A. L. M. Piedrahita es una mujer de condición humilde —como suelen serlo la totalidad de las mujeres que son seleccionadas o "reclutadas" por el sistema penal—, poco ilustrada, madre de un pequeño hijo y sin antecedentes penales de ninguna índole (fl. 69). Y, valga insistir, obró en circunstancias que, si bien no la eximen de responsabilidad, de todos modos degradan, en mucho, esa responsabilidad: Dominada por un estado de alteración emocional provocado injustamente: Influida totalmente por una "ira justa".

Además, en este concreto caso, perfectamente puede estimarse que el tiempo que la señora M. P. ha permanecido en detención preventiva por razón de este asunto —casi nueve meses— (fl. 42), es más que suficiente tratamiento penitenciario por el injusto típico cometido por ella. Y aquí no sobra agregar lo siguiente: La finalidad del tratamiento penitenciario es resocializar al condenado. Vale decir: Inocuizar esas dañinas tendencias que revela al violar la ley (C. P., art. 12). Y de ahí que, en este asunto, sea prudente preguntar: Por qué debe ser resocializada A. L.: Por haber experimentado indignación ante el atropello del cual fue objeto su entrañable amigo N. F. O. por parte de los hermanos G. y R. G. G., quienes lo lesionaron con arma blanca. Por haberse exaltado anímicamente ante el espectáculo que ofrecía O. en esos instantes: Herido en diversas partes del cuerpo, maltratado, anegado su rostro en sangre y desfalleciente. Por haberse solidarizado en ese dramático momento, a su manera, con su buen amigo N. F. En síntesis: Por haber sentido ira por un justo motivo: Por haber sido víctima en esos momentos de su incontrolable "ira justa".

Predicar que una delincuente pasional, como lo es la señora M., debe ser sometida a un drástico e ineludible tratamiento penitenciario, cuando, en realidad, concurren todos los presupuestos que hacen viable la concesión de la condena de ejecución condicional, sería, ni más menos, una completa iniquidad: Sería caer en el más detestable y repugnante terrorismo punitivo.

7) Las razones expuestas en precedencias llevan a este despacho a declarar que A. L. M. puede otorgársele el subrogado de la condena de ejecución condicional. Y como la detenida es acreedora a dicho subrogado, el juzgado le concederá la libertad provisional prevista en el art. 415, 1 del C. Penal.

Para gozar de dicho beneficio, A. L. M. P. deberá prestar caución prendaria por la suma de cinco mil pesos y suscribir la diligencia compromisoria contemplada en el art. 419 *ejusdem*.

IV) *El caso de N. F. O. ("B")*: 1) Una atenta y pormenorizada revisión analítica del recaudo probatorio allegado a este asunto, en el cual cabe destacar la atestación del señor J. J. O. S. —"llegó esta A" y "le pegó dos puñaladas con un cuchillo grande"— y solo ella, quien asestó al finado G. G. G. la herida con arma blanca que ocasionó su muerte: Concretamente, la lesión recibida por G. G. al nivel del séptimo espacio intercostal izquierdo línea clavicular posterior, la cual "lesionó tangencialmente la punta del corazón, logrando penetrar a cavidad del ventrículo derecho, y produjo además herida transfixiante de hígado" (fl. 24). También, según dedúcese de lo relatado por el señor C. S. —"llegó esta A" y "le pegó dos puñaladas con un cuchillo grande"—, fue la señora M. P. quien le propinó a G. la cuchillada que presentaba a nivel del segundo espacio intercostal izquierdo línea paraesternal y que "lesionó tangencialmente el borde interno del lóbulo superior del pulmón izquierdo" (fl. 24). Y así, por cierto, lo afirmó terminantemente el desaparecido Juzgado Primero de Instrucción Criminal radicado en esta capital —al mando de la actual fiscal doce— al momento de calificar el mérito sumarial, como puede leerse al fl. 205 del expediente: "El testimonio de cargo —de don J. J.— está avalado además con la necropsia donde se describen varias heridas, de diferentes dimensiones, de las cuales las hechas en el torax descritas por el testigo, aparecen producidas con la misma arma", "arma que coincide con las características de la descrita en poder de la acusada. La tenencia del arma también la certificaron otras personas diferentes a C. S. como N. F. G., quien vio a A. con un cuchillo grande e iba por la falda de la 36 y venía corriendo, demás que seguía al muchacho ese, refiriéndose al occiso, fl. 91 vto...".

En cambio, no se ha probado que el reo N. F. O. le hubiera ocasionado a G. G. alguna herida que, por sí sola, hubiera sido idónea para producirle la muerte. Tanto es así que en la resolución acusatoria el instructor no se atrevió siquiera a insinuar que O. hubiera sido el autor de alguna lesión mortal: Se limitó escasamente a sostener que "N. F. sí le tiró G." (fl. 202).

En su injurada, "B." alegó, de manera categórica, que "simplemente le tiré —al interfecto— unos machetazos en la espalda". Y según dictaminó el señor médico-legista, entre las heridas que G. G. G. pudo haber recibido por detrás, la más grave era "la localizada en región lumbar derecha que interesó músculo psoas" y la cual "origina una incapacidad definitiva de 30 días", sin secuelas (fl. 265).

2) A última hora, en el curso de la audiencia especial, la señora fiscal ha aducido la existencia de una pretensa coautoría impropia en este asunto: Ha asegurado enfáticamente que A. L. y N. F. O., actuando de común acuerdo, fueron artífices de la occisión del señor G. G. (fl. 269).

Pero tal tesis es indefensible: Recuérdese que la señora M. vino a intervenir en los hechos cuando salió de la tienda donde se encontraba y observó que su amigo O. había sido herido por los hermanos R. y G. G. G., quien, por cierto, a su vez, en esos momentos ya había sido lesionado por N. F. (fls. 9, 56v-57, 69v, 91v, 152, 163, 172, 245-247 y 268-269). Y en ese instante, en medio de "la rabia y el susto a la vez" que experimentó al ver a "B" en tan lamentables condiciones, A. L. M. acometió G, con las desgraciadas consecuencias ya conocidas.

Así las cosas, resulta imposible pregonar, con algún asomo de seriedad, que entre A. L. M. P. y N. F. O. hubo un concierto previo, expreso o tácito, para darle muerte a G. G. y mucho menos que entre ambos repartiéronse, con exacta adjudicación de roles, el trabajo criminoso para concretar esa meta típica. Es más: Como O. no le propinó al difunto herida mortal alguna, también es imposible postular una autoría accesoria suya en ese homicidio.

De ahí que, por lo explicado, deben deslindarse tajantemente tanto la responsabilidad de la señora M. P. como la de N. F. en estos cruentos acontecimientos. Y al verificar tal deslinde, necesariamente debe concluirse que "B" solo debe responder por el delito de lesiones personales: Por el daño corporal que él, con su machete, le causó al finado.

Y en significativo respaldo del planteamiento formulado en precedencia viene a sumarse una contundente circunstancia: Como lo reconoce, incluso, la misma fiscal, en estos sucesos N. F. O. también obró impulsado por un estado de ira e intenso dolor provocado injustamente (fls. 267 y 270). Ahora bien: En estos casos doctrina y jurisprudencia secularmente han proclamado que debe estarse a las resultas de la acción ejecutada por el agente, pues, en estas situaciones de emoción violenta, el autor procede siempre con dolo de ímpetu. Y como lo establece una añeja pero sabia fórmula, el dolo de ímpetu es dolo indeterminado y el dolo indeterminado se determina por el resultado: "*Dolus indeterminatus determinatur eventu*" (FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*, Bogotá, Editorial Temis, 1986, pág. 300. Cfr. GIUSEPPE MAGGIORE, *Derecho penal*, volumen I, Santa Fé de Bogotá, Editorial Temis, 1985, pág. 587).

Y si "la indeterminación de la intención se precisa con el resultado efectivamente obtenido" (MAGGIORE, *Derecho penal*, ob. cit., pág. 588), a O. únicamente cabe atribuirle

unas simples lesiones personales. Que tal fue el menoscabo físico, comprobado, que N. F. ocasionó, con su conducta, a G. G.

3) Como se recordará, el art. 501 del C. de P. Penal de 1987 —reformado por el art. 32 del decreto 1861 de 1989— permitía la variación de la adecuación típica del reato "cuando la calificación provisional o cualquier elemento estructurante del hecho punible imputado en la resolución de acusación, no corresponda a los hechos controvertidos en el sumario, o existe prueba sobreviniente que los modifique...".

Tal disposición, por consagrar un derecho para el encartado, como era poder invocar la variación de la adecuación típica del hacer *sub judice* —modificación que, por ejemplo, cuando en materia de homicidio se declaraba la existencia de un exceso en el ejercicio de una causal de justificación o la concurrencia de preterintención e ira justa, podía representarle la obtención del beneficio de la libertad provisional—, puede considerarse como una norma procesal de efectos sustanciales. Y, por tal potísimo motivo, en razón del principio de favorabilidad normativa contemplado en el art. 10 del C. de P. Penal ahora vigente, puede aplicarse ultraactivamente.

Por lo tanto, el despacho aplicará ultraactivamente en este caso el art. 501 del anterior estatuto procesal. En tal virtud, variará la calificación provisional impartida en la resolución de acusación para declarar, en su lugar, que el hecho punible que cabe imputarle a N. F. O. es la contravención especial de lesiones personales definida en el art. 1°, 9 de la ley 23 de 1991 y no el de homicidio. Y como consecuencia de tal determinación, que, obviamente, implica el rompimiento de la unidad procesal (art. 18 del decreto 800 de 1991), ordenará la compulsación de las copias pertinentes con destino a las autoridades policivas para que se investigue, por separado, ese daño corporal.

4) Como bien lo puntualizó la señora fiscal en la audiencia especial, una contravención "no es de mi competencia" (fl. 269). Y como a O solo le es atribuible una contravención, es evidente que el "arreglo" al cual llegó la señora fiscal con él, es ostensiblemente improcedente. Por lo mismo, el Juzgado se abstendrá de formular cualquier pronunciamiento sobre dicho acuerdo. En su lugar, hará lo indicado atrás: dispondrá la compulsación de las mencionadas copias. Y pondrá a N. F. a disposición de la secretaría de gobierno municipal para los fines pertinentes.

5) Por último, el despacho quiere agregar que los planteamientos expuestos en esta providencia, serán desarrollados, más sistemáticamente, en la sentencia, la cual se proferirá dentro del término insertado en el art. 37 del C. de P. Penal, contado a partir de la ejecutoria de este proveído.

En razón y mérito de lo discurrido, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales,

RESUELVE:

1) APROBAR, en las condiciones reseñadas en la parte motiva de este proveído, el acuerdo "acerca de las circunstancias del hecho punible y la pena imponible" al cual llegaron durante la audiencia especial celebrada en este asunto la señora fiscal doce de la unidad especializada de esta ciudad de la Fiscalía General de la Nación y la sindicada A. L. M. P.

2) CONCEDER a la prenombrada señora M. P. el beneficio de la libertad provisional, mediante caución prendaria por la suma de cinco mil pesos y la obligación de suscribir la diligencia compromisoria prevista en el art. 419 del C. de P. Penal.

3) Una vez la detenida otorgue la caución en la cuantía indicada y suscriba la diligencia de compromiso, LÍBRESE la correspondiente boleta de libertad.

4) VARIAR, por lo explicado en la parte considerativa de esta providencia, la calificación provisional impartida en la resolución de acusación, para DECLARAR, en su lugar, que el hecho punible que cabe atribuirle al procesado N. F. O. es la contravención especial de lesiones personales definida en el art. 1°, 9 de la ley 23 de 1991 y no el delito de homicidio.

5) Como consecuencia de la anterior declaratoria, ABSTENERSE de formular pronunciamiento alguno sobre el acuerdo al cual también llegaron en esa diligencia la referida fiscal doce y el mismo inculpado N. F. O. En su lugar, ORDENAR la compulsación de las copias del caso con destino a las autoridades policivas, para que se investigue, por separado, esa conducta contravencional. Y poner al nombrado O. a disposición de la Secretaría de Gobierno Municipal para los fines pertinentes.

6) Una vez en firme este proveído, VUELVA el proceso al despacho, para el proferimiento de la respectiva la sentencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

COMENTARIO

Analizadas las decisiones judiciales relacionadas con la aplicación del instituto denominado en nuestra legislación positiva como "terminación anticipada del proceso", se observan algunas preocupaciones fundamentales acerca de sus alcances en punto a la disposición del objeto procesal y al respeto de la presunción de inocencia —concretada en el ejercicio del derecho a la defensa y la entidad del caudal probatorio que puede sustentar la sentencia condenatoria en estos eventos— junto con otras accesorias de no menos trascendencia, a las cuales haremos breve referencia en este comentario.

1. DE LOS LÍMITES DE DISPOSICIÓN DEL OBJETO PROCESAL

El deslinde conceptual del denominado objeto procesal implica en nuestro derecho positivo la consideración de lo preceptuado por el art. 334 del C. de P. P., que determina el objeto de la investigación refiriéndolo al esclarecimiento de la hipótesis fáctica —o conjunto de ellas— y sus circunstancias, en cuanto punible, por ende naturalística y jurídicamente considerada; y, no podía ser de otra manera en un derecho penal que no atiende al resultado sino a la intención del agente, a la averiguación de sus móviles y condiciones personales y sociales, a efecto de individualizar su responsabilidad y el alcance de la respuesta coercitiva.

La estimación de todos esos factores es la que permite al funcionario instructor y al juez, definir con precisión lo que resulta ser en el procedimiento ordinario la materia de la calificación y delimitar el marco de la sentencia para que guarde congruencia con aquella.

Mas, en el proceso de trámite precoz introducido por el art. 37 del C. de P. P., ¿cómo precisarlo, cuando ello ocurre en momentos en que los resultados de la pesquisa son aun precarios, incompletos?

Habría que considerar que la identidad del objeto del proceso sufre en la medida en que profundiza la instrucción "una paulatina modificación y restricción. En

el comienzo del procedimiento el objeto del proceso está lejos e informe, y en el curso del procedimiento se realiza una creciente restricción"[1].

Así, partiendo de la primacía en nuestro medio del principio de legalidad (C. de P. P., art. 6°) y de la indisponibilidad que él impone sobre el objeto del proceso para efectos de la calificación fiscal provisional y del control judicial ejercitado por el fallador *a posteriori*, ¿deberán uno y otro funcioario atenerse a lo que quiere SCHÄFER[2] en el sentido de incluir en la pretensión penal estatal un concepto de hecho en el sentido del art. 334 de nuestro C. de P. P., abarcador del complejo total de los elementos fácticos, lo cual implicaría que el referido objeto estaría conformado no por "lo que el juez *ha* aclarado, sino por lo que habría *podido* aclarar en forma jurídicamente admisible"?

Pensamos que, por el contrario, siguiendo a otra parte de la literatura, entre quienes se encuentra HENKEL[3], debemos entender que "pertenece al hecho en el sentido penal-procesal tan solo aquello que el juez al cumplir con su deber de esclarecimiento pudo averiguar *concretamente*".

Si ello puede preconizarse para el proceso penal ordinario, con muchas más razones lo resulta en el proceso anticipadamente concluido, precisamente porque allí ocurre una renuncia de la acusación a continuar recolectando pruebas para acreditar irrebatiblemente la hipótesis delictiva y la responsabilidad, correlativa a la del sindicado para aducir las que apoyan su defensa.

De esta manera, podemos afirmar que la adopción del sistema acusatorio —aunque atenuado o aun desnaturalizado— y del art. 37, en cuanto ordena al fiscal "presentar los cargos que de la investigación surjan contra el sindicado" y al juez aprobar el "acuerdo" obtenido entre las partes, introduce el principio de oportunidad en nuestro enjuiciamiento criminal, a través de la "negociación" que indefectiblemente debemos entender que existe, como se deriva de la propia letra legal.

Es decir, que deferido a la restricción del objeto del proceso obtenida en el decurso instructivo y sujeto al derecho dispositivo que a nuestra manera de ver caracteriza la terminación anticipada en nuestro medio en relación con el sindicado para solicitar al fiscal la presentación de los cargos, este ejercita el principio que permite al Estado renunciar a continuar con la instrucción y en esa medida permite una cierta capacidad dispositiva del órgano requirente sobre el objeto procesal, en cuanto su definición esté más o menos informe desde el punto de vista probatorio.

Esto es, se aplica el principio de oportunidad en consideración al interés de economía procesal que acá se tutela o, como sostiene ASCENCIO MELLADO[4] en relación con la conformidad con que el art. 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

[1] JÜRGEN BAUMANN, *Conceptos fundamentales y principios procesales, Introducción sobre la base de casos*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1986, pág. 279.

[2] Íb., pág. 275.

[3] Íb., pág. 276.

[4] JOSÉ MARÍA ASCENCIO MELLADO, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Madrid, Editorial Trivium, S. A., 1991, pág. 58.

de España complementó recientemente las reglamentadas en sus arts. 655 y 688 ibídem, para lograr "una más fácil condena en asuntos que, por su complejidad, serían en exceso costosos o de muy difícil prueba...", acotando el ejemplo de BAUMANN en relación con los delitos económicos en que "podrían perseguirse únicamente unos hechos muy concretos dejando de lado otro conjunto de ellos con el fin de una más rápida tramitación que de otra forma se extendería irrazonablemente en el tiempo".

Ello tendría la adicional ventaja en algunos eventos, de resocialización del delincuente y de prevención general por la capacidad simbólica de la condena rápida y efectiva.

Tales aplicaciones del principio de oportunidad se han dado en nuestro medio a través de las normas sobre descongestión de la administración de justicia, como la contenida, por ejemplo, en el art. 473 del Código Procesal últimamente derogado, que imponía la cesación de procedimiento cuando después del término de reapertura no se consiguiese la prueba para enjuiciar.

Sin embargo, no afirmamos que esa disponibilidad del objeto procesal tenga un mayor contenido que el derivado de la insuficiencia probatoria sobre ciertas hipótesis delictivas o determinadas circunstancias o elementos subjetivos; o frente a la existencia de prueba respaldante de la inocencia del procesado o de la inexistencia del hecho o su atipicidad, en cuyo caso resulta viable, como en el procedimiento ordinario, la preclusión de la investigación, posibilidad que expresamente reconoce el art. 4° del proyecto de ley núm. 205, modificatorio de la actual regulación del instituto.

Por tanto precisa enfatizar que estando demostradas o en vías de estarlo las diversas hipótesis delictivas ocurridas y conjuntamente investigadas, o la culpabilidad y sus circunstancias, no resulta posible al fiscal dejar de considerarlas, ni hacer transacciones fuera de los límites que la ley impone debiendo, por ende, centrar el acuerdo con esos contornos o, en los casos de conexidad objetiva o litisconsorcio de imputados, proseguir por la vía del rompimiento de la unidad procesal, la instrucción por los hechos no incluidos en la calificación que sirve de base al acuerdo o contra los imputados disidentes del mismo.

En estas circunstancias resultaría deseable que la propia ley, ya que pretende introducir una figura que contrariamente a lo que afirmamos en nuestra monografía sobre el tema[5] si se emparenta con el arreglo —*plea bargaining*— de linaje anglosajón, supliera la indeterminación en torno a los criterios para la identificación del hecho procesal y la vaguedad de los parámetros de disponibilidad del mismo, bien atendiendo a consideraciones de economía procesal, ora relacionadas con la trascendencia del bien jurídico protegido con la norma penal, que reflejaran una decantada política criminal ajustada a nuestra coyuntura socio-histórica.

[5] ROBERTO LOBELO VILLAMIZAR, *Terminación anticipada del proceso* (C. de P. P., art. 37), Santa Fe de Bogotá, Ediciones Forum Pacis, 1993, pág. 14.

2. De la prueba suficiente para proferir sentencia anticipada

Como en el acuerdo entre las partes necesariamente ha de estar sometido a control judicial y este versa, además de la estimación de la calificación legal y de la pena, acerca de si obra prueba suficiente respecto de la materialidad infraccional y la responsabilidad del autor, es necesario despejar la incertidumbre que la escueta fórmula legal ofrece, sobre todo si se toma en consideración el brocárdico expresado en el aforismo romano de *in dubio pro reo*.

Es claro que resultaría absurdo —si se entienden la naturaleza y los objetivos político-criminales de la figura— exigir para dictar sentencia condenatoria homologando el acuerdo, la misma entidad probatoria que requiere el fallo de responsabilidad en el rito ordinario (C. de P. P., art. 247).

Nos parece ahora, tras algunos meses de reflexión sobre el asunto y después de conocer la sentencia —que en lo pertinente citaremos adelante— de la Corte Constitucional italiana en este punto, que la posición asumida al respecto con ocasión de una primera aproximación teórica al tema era demasiado rígida, al sostener que podría sugerirse exigir al juez el grado de convicción íntima en que nuestro anterior esquema procesal fundaba la veredicción del jurado de conciencia y el consecuente fallo del juez de derecho que en ella se apoyaba.

En efecto. El art. 444 del Código de Procedimiento Penal de Italia, ofrece una institución que entre ellos es denominada "Aplicación de la pena por solicitud" o *pattegiamento*, de características similares a la nuestra —excepto porque allí se reduce a delitos sancionados con penas cualitativa y cuantitativamente menores— según cuya explícita letra, de obtenerse el acuerdo se dictará por el juez sentencia que lo recoja, siempre que "... no deba proferirse sentencia de sobreseimiento de acuerdo con el artículo 129..."; norma que se refiere a determinadas causas de no punibilidad, a saber: inexistencia del hecho, que el imputado no lo cometió o que no está previsto en la ley como reato; que se ha extinguido la acción o falta una condición de procedibilidad.

Basándose en las previsiones del propio texto legal, la *Corte Costituzionale*[6] expresó al rechazar la pretensión de inexequibilidad de la institución con fundamento en el quebrantamiento de la presunción de inocencia:

"En realidad el imputado, cuando solicita la aplicación de una pena lo hace solamente para reducir al mínimo aquel mayor sacrificio de su libertad, que prevee como consecuencia del delito del juicio ordinario. En cuanto a la defensa, es verdaderamente un instrumento eficiente la posibilidad que la ley ofrece al imputado de asumir con seguridad una pena mínima sustrayéndose al riesgo de más graves aflicciones, incluso —si los antecedentes lo consienten y el juez lo considera pertinente— beneficiándose de la suspensión condicional.

"Por lo demás, es necesario tener cuidado del peligro de confundir el derecho de la libertad y el de defensa con la obligación absoluta de ejercitarlo. La ley fundamental garantiza las condiciones a fin de que el derecho a la libertad personal y el de defensa puedan ser ejercidos en todas sus legítimas facultades, pero esto no autoriza para configuar aquel ejercicio como obligatorio.

"No se encuentra claro, porque el Pretor remitente considera que en el art. 444 del C. de P. P. haya una sustancial inversión del principio de la carga de la prueba, contrastante con la presunción de inocencia contenida en el art. 27 inciso 2 de la Constitución.

"En efecto, en el nuevo ordenamiento jurídico procesal es preponderante la iniciativa de las partes en el sector probatorio: pero esto no inmuta los principios, ni siquiera en el especial procedimiento en examen, donde antes el juez está obligado en primer lugar a examinar *ex officio* si se encuentra allegada a la actuación prueba de que el hecho no existió o de que el sindicado no lo ha cometido. Después de lo cual resultando negativa esta verificación, si el imputado considera que posee elementos suficientes para la afirmación de su propia inocencia, nadie lo obliga a solicitar la aplicación de una pena, y tiene a su disposición las garantías del rito ordinario. En otros términos, quien solicita la aplicación de una pena quiere decir que renuncia a hacer uso de la facultad de refutar la acusación, sin que eso signifique violación al principio de presunción de inocencia, que continúa a desplegar su rol hasta que la sentencia sea irrevocable".

Y pensamos que las conclusiones de la jurisprudencia citada en precedencia pueden recogerse congruentemente en nuestro sistema procesal, ya que según el art. 36 del C. de P. P., en cualquier momento procesal en que ocurra una de las causales denominadas en Italia como de no punibilidad y ya expuestas, debe decretarse la preclusión de la instrucción o la cesación de procedimiento; agregando que acá, además ello debe ocurrir siempre que aparezca fundadamente establecido que el autor obró bajo el amparo de una de las circunstancias que la ley prevee como excluyentes de la antijuridicidad o de la culpabilidad.

En semejantes condiciones, entonces, es claro que el examen judicial del acuerdo en punto de la suficiencia probatoria, ha de cerciorarse de la inexistencia de cualquiera de dichas causales de improseguibilidad de la acción —es decir realizar un juicio o valoración negativa de los presupuestos procesales que ha de crear la acusación para el ejercicio de *ius puniendi* al decir de Gutiérrez de Cabiedes[7] —entendiendo que el sindicado al renunciar al ejercicio de su defensa está ejerciendo una facultad dispositiva perfectamente viable y autorizada por la ley.

Si ninguna de ellas tiene ocurrencia, compete al juez dictar la sentencia homologatoria del acuerdo siempre que estime bien realizada la adecuación típica y, por otra parte, correctamente dosimetrada la pena convenida.

De no encontrar correcto alguno de tales extremos de sustanciación del fallo, la congruencia que ha de caracterizar este con el acuerdo que resulta, bajo esa óptica, vinculante para el juez, impide que profiera fallo en que varíe la calificación o la pena acordadas, debiendo limitarse a improbar el acuerdo a través de auto motivado y recurrible.

[6] Sentencia núm. 313, julio de 1990, en *La giurisprudenza della Corte Costituzionale sul processo penale*, Milano, Giuffrè Editore, S p. A., 1992, pág. 140.

[7] Eduardo Gutiérrez de Cabiedes, *Estudios de derecho procesal*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, S. A., 1974, pág. 517.

En punto a la pena aplicable parece claro que el juez no puede desconocer, para agravarla o atenuarla, los precisos términos del acuerdo y en ello es abundante la jurisprudencia española que, incluso, según FENECH, se muestra contraria a la aplicación por el juez de penas accesorias no convenidas[8].

De no hacerlo así, creemos que renacerá la legitimación para recurrir la sentencia por las partes, pues el principio de la doble instancia se ve cercenado solo en razón de la carencia de interés para impugnarla cuando es aprobatoria del acuerdo, pero no en los eventos en que lo desconoce, correspondiendo al juez *ad quem*, si encontrare legítimo el convenio, dictar el fallo homologatorio respectivo.

De otra parte, haremos breve mención a la tendencia de algún sector de la jurisprudencia a considerar que la aceptación de los cargos por parte del sindicado equivale a su confesión, posición que no compartimos por estimar que bien distinta es la naturaleza jurídica de los dos institutos procesales.

Es evidente que la confesión es un medio de prueba, y no pone fin por sí sola como el acuerdo al proceso, sino que, por el contrario, impone la continuación de la investigación, entre otras cosas orientada a establecer su veracidad y la celebración de plenario o causa donde se ejercitará la contradicción que se excluye obtenido el acuerdo.

De otra parte, la posterior infirmación por el acusado de su propiua confesión no implica que no se tome en consideración la confesión revocada, la cual ha de valorarse con apoyo en los principios de la crítica testimonial, al paso que de no alcanzarse el acuerdo o de no superar este el control judicial, la propia ley determina que no podrán tenerse en cuenta las declaraciones hechas por el sindicado, ni utilizarse en su contra —ni, creemos, en contra de los eventuales cosindicados— sobreviniendo incluso causal de impedimento de los funcionarios judiciales intervinientes en la audiencia anticipada.

[8] MIGUEL FENECH, *Derecho procesal penal*, Barcelona, Editorial Labor, S. A., 1985, vol. II, pág. 992.

BIBLIOGRAFÍA

JUAN TERRADILLOS BASOCO: *El delito ecológico*, Madrid, Edit. Trotta, 1992, 109 págs.

A juzgar por el creciente auge del discurso ecológico parecería innegable que la humanidad ha tomado conciencia de la crisis ambiental, como producto de la contradicción entre los imperativos del modelo de desarrollo hegemónico, por un lado, y el respeto al equilibrio ecosistemático que posibilita la vida en nuestro planeta, por el otro.

Entre las diferentes alternativas planteadas al problema se destacan dos: una que plantea en forma retroutópica el retorno a la condición mítica del "buen salvaje", integrado perfectamente a la naturaleza, y otra que afirma solo poder lograr un equilibrio hombre-medio ambiente mediante una transformación radical del modelo económico capitalista, sin renunciar por ello al empleo de los logros técnicos y culturales. En un tímido intento de conciliación se inscribe el concepto de "desarrollo sostenible" como primer paso, desde una cosmovisión capitalista, hacia el replanteamiento de los vínculos con la naturaleza. Es en este contexto donde debemos ubicar la protección jurídica al medio ambiente, ya que con base en el derecho, sancionador de las relaciones de poder existentes y legitimador formal de la racionalidad moderna, se intenta armonizar, al menos en el plano normativo, la lógica capitalista con la preocupación ecológica. Es por ello por lo que a partir de la década de los 70 se asume el tratamiento jurídico de la cuestión ambiental por el derecho internacional; así mismo el constitucionalismo actual tiende a reconocer el "derecho a un medio ambiente sano", en cuya garantía se compromete el modelo de Estado Social, acudiendo para ello inclusive al empleo de su poder punitivo.

Este volumen monográfico, que recoge los trabajos presentados al curso de verano de la Universidad de Cádiz realizado en 1991, bajo la dirección de JUAN TERRADILLOS BASOCO, entra a participar de la discusión en torno al delito ecológico. Consta de cinco ponencias, elaboradas por estudiosos del derecho penal, que a partir del análisis de la protección al medio ambiente en el ordenamiento español, principalmente los arts. 347 bis del Código Penal y 45 de la Constitución, exploran las posibilidades y limitaciones de dicha regulación legal abarcando todos sus aspectos, "desde su

función simbólica hasta su dimensión aplicativa, desde la consideración del bien jurídico protegido hasta el sistema de sanciones, desde los imperativos constitucionales a su relación con otras ramas del ordenamiento". Es decir, desde el análisis dogmático a la formulación crítica de alternativas político-criminales.

CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO TOURÓN introduce varios aspectos que ponen de relieve la problemática que se enfrenta al utilizar el derecho penal como instrumento al servicio de la protección ambiental. Entre otros se refiere a la necesidad de una definición previa de medio ambiente que permita determinar su ámbito de protección como bien jurídico; la conveniencia de incluir en el Código Penal toda la normativa criminal en materia ecológica, con el fin de unificarla, armonizarla y otorgarle mayor relevancia; la relación entre la protección penal y administrativa, en especial el empleo de normas en blanco que se apoyan en reglamentos para la definición de las conductas típicas, dado el carácter accesorio del derecho penal frente al administrativo, en cuanto a regulación ambiental se refiere; el examen del delito ecológico en el derecho comparado, concluyendo en señalar la dispersión normativa y la falta de eficacia como falencias comunes a la mayoría de ordenamientos; así mismo la necesidad de una policía judicial especializada en la materia, para lograr que la consagración del delito ecológico trascienda sus buenas intenciones.

IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE rastrea la evolución que experimenta la teoría del bien jurídico paralelamente con las transformaciones del Estado capitalista, con el fin de contextualizar la inclusión del medio ambiente como bien jurídico en el marco de los derechos sociales y económicos (de tercera generación) característicos del Estado Social de Derecho. También se refiere a la necesidad de avanzar en la formulación de una teoría del bien jurídico que dé cabida a la protección penal de estos "bienes jurídicos colectivos" sin menoscabar principios como los de *ultima ratio*, proporcionalidad e igualdad, y así contrarrestar los problemas derivados de abordar esta nueva categoría de bienes jurídicos con los instrumentos de una dogmática penal estanca en la concepción individualista del primer Estado liberal. A partir del reconocimiento de los derechos constitucionales como criterio de valoración y selección de bienes jurídicos, postula las consecuencias del art. 45 de la Constitución española que llevan a abordar la problemática ambiental desde un punto de apreciación global que reconozca el vínculo existente entre el hombre y su habitat, al igual que el mandato de trascender las perspectivas meramente conservacionistas y asumir el compromiso de restaurar o, en el mejor de los casos, contribuir a mejorar el medio ambiente.

"No basta con dictar normas sancionadoras en abstracto, sean administrativas o penales, para la solución de cualquier conflicto social, si previamente no se ha diseñado e instrumentalizado una política social global sobre la materia que se trata". Tal es la tesis sostenida por HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE, y a partir de ella emprende su crítica a la "función simbólica negativa" que cumple el delito ecológico, es decir, el divorcio consciente entre la tutela efectiva del bien jurídico previsto en la norma y la aparente protección que a este se otorga, con lo cual se encubre la falta de voluntad del Estado de castigar ciertas conductas y ciertas personas. Ello produce una "huída al derecho penal", al desnaturalizar un problema en esecia político para señalar su falta de solución como un asunto de los tribunales.

Los atentados contra el medio ambiente se inscriben dentro de la llamada "delincuencia de cuello blanco", por cuanto son realizados por sujetos privilegiados, quienes tras el logro del éxito económico —fin socialmente aceptado y prestigiado— sacrifican toda consideración ecológica. Tales delitos comparten un deficiente proceso de criminalización, tanto en la fase de creación como en la de aplicación de la norma, resultando en la práctica inoperantes al no imponer el *status* de criminal a sus infractores, con lo cual tales conductas permanecen fuera del ámbito de reacción social formal, o, lo que es lo mismo, en la impunidad, confirmando de paso el carácter desigual del derecho penal.

Ante esto, HORMAZÁBAL propone una "función simbólica positiva" de la protección penal del medio ambiente, mediante la revisión del catálogo de bienes jurídicos protegidos bajo el criterio de su vinculación a "necesidades existenciales" (A. HELLER) y una efectiva criminalización de quienes los vulneren, sin atender a su posición social o económica; pero ello precisa revisar los mecanismos de aplicación de las normas, pues de otro modo "la protección será simplemente una ilusión, por no hablar de una manifiesta mala fe de engañar simulando que existe una voluntad que nunca se ha tenido".

ROCÍO CANTARERO BANDRÉS incursiona en el análisis del actual tipo penal y sus antecedentes. A partir de una noción amplia del medio ambiente que incluya la protección de los recursos naturales y culturales, el habitat humano y la adecuada asimilación de los residuos de la producción y el consumo, señala las limitaciones del art. 347 bis del Código Penal, en tanto que, por el contrario, no contempla todas las conductas lesivas del medio ambiente, según el mandato del art. 45 de la Constitución, incurriendo así en una inconstitucionalidad por omisión. Pese a que reconoce la necesidad de recurrir a técnicas poco avaladas en materia penal, como el delito de peligro o las normas en blanco, aboga por unificar la normativa administrativa y aumentar la drasticidad de las penas para suplir la ineficacia y mera función simbólica del actual delito ecológico.

Finalmente, JUAN TERRADILLOS BASOCO dedica su ponencia a un análisis del sistema de sanciones a través del cual se pretende asegurar la protección del medio ambiente. A la luz de los principios del derecho penal compara las sanciones penales y administrativas al ilícito ecológico, concluyendo que no existen diferencias sustanciales entre ellas, y que tanto en unas como en otras tales principios se revelan parcialmente eficaces. Pero se destaca su tratamiento crítico de las sanciones pecuniarias, al indicar que en la práctica estas se convierten en "patentes de contaminación", al ser considerablemente menores que las ganancias obtenidas por medio de la explotación desaforada y la contaminación, por lo que propone el mantenimiento de las penas privativas de la libertad (en contravía de las actuales tendencias del derecho penal mínimo) debido a su efecto disuasivo, aunque no resocializador.

En síntesis, se reconoce que la protección jurídica del medio ambiente es un aporte mínimo a la solución de la crisis, considerando que el criterio de "desarrollo sostenible", dentro del que se enmarca, realmente no supone la asunción de una nueva forma de relación hombre-naturaleza, incluso se adopta como medio de asegurar la pervivencia del actual modelo de desarrollo; además, dificultades de orden político y hasta de técnica jurídica hacen inoperantes los preceptos de protección ambiental del medio. Pero ello no obsta para saludar todo esfuerzo tendiente a asegurar la tutela de bienes jurídicos que, como el referido, son patrimonio de todos los hombres, empleando así el poder punitivo en beneficio de la humanidad entera y no, como hasta ahora ha sido, al servicio de aquellos que detentan el poder económico y político, quienes, a pesar de ser los menos, definen lo que bajo el sofisma de "interés general" ha de entenderse.

GLORIA PATRICIA LOPERA MESA

HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE: *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, S. A., 1991, 188 páginas.

Frente al mesianismo legal reinante en tantos países latinoamericanos, como en muchos otros, cuya manifestación por excelencia es la utilización del derecho penal para "solu-

cionar" los conflictos políticos, económicos y sociales (a no dudarlo de origen estructural), es menester refortalecer los planteamientos político-criminales y, sobre todo, la discusión en torno al bien jurídico y su potencial crítico y limitador de las decisiones legislativas, las cuales van desde la no criminalización de ciertas conductas lesivas de bienes jurídicos socialmente relevantes hasta la criminalización de conductas carentes de bien jurídico con lo cual se castigan las ideas, pasando por otras conductas que tan solo lesionan el bien jurídico en forma presunta (delitos de peligro abstracto).

Las razones antedichas nos permiten llamar la atención sobre el estudio del profesor HORMAZÁBAL, porque logra presentar las posiciones que desde la primera mitad del siglo XIX se han elaborado sobre el bien jurídico con sus respectivas objeciones y contribuciones; expone su novedosa posición y además destaca el carácter ideológico del bien jurídico, pues, igual que todo el derecho penal, está signado tanto por la forma de Estado como por la decisión política de privilegiar en su relación dialéctica al hombre, sus derechos y necesidades, o al poder (Estado, sistema social), su funcionamiento y subsistencia.

En la parte del libro titulada "bien jurídico y Estado" aborda el estudio de las teorías del bien urídico, no sin antes analizar la forma de Estado y el entorno político en que se formularon: parte del significativo precedente sentado por FEUERBACH en su pretensión de limitar el *ius puniendi*, pasando por las teorías de BIRNBAUM y VON LISZT, que ubican el bien jurídico en una instancia prejurídica (teorías trascendentalistas) y por la teoría inmanentista de BINDING (es la norma la que crea el bien jurídico), hasta llegar a la pérdida de importancia de este, lo cual facilitó su posterior negación: son, respectivamente, la dirección conocida como espiritualización del bien jurídico y el horrorizante período del Estado Nacional Socialista. Tras los golpes asestados a las teorías empeñadas en limitar la potestad punitiva del Estado se reaccionó con la introducción de fuertes contenidos éticos en el derecho penal: fue mediatizado el bien jurídico por valores morales, así la teoría de WELZEL. Después, con el advenimiento del Estado Social y Democrático de Derecho, resurge la política criminal y se elaboran teorías del bien jurídico con fundamentación en las ciencias sociales (perspectivas funcionalista e interaccionista) o con fundamentación en la Constitución Nacional.

El autor dedica también un espacio de su obra a la exposición de las teorías acerca del objeto protegido por el derecho penal en España.

Por último, el profesor HORMAZÁBAL expone su posición partiendo del axioma de la situación desigual y antinómica del ciudadano frente al poder. Los puntos principales son el origen social del bien jurídico, pues el legislador debe atender la base social, y esto no se logra sino mediante una democracia plena. El bien jurídico no surge de una sociedad en abstracto, sino que es un sistema concreto de relaciones sociales en un período histórico determinado; es entonces "una relación concreta de carácter sintético-normativo y sintético-social" (pág. 152). Al determinar los bienes jurídicos debe prevalecer la protección de los hombres sobre el sistema social, pero previene sobre el carácter no neutral del Estado, que con la fabricación de ideologías puede encubrir la realidad. El bien jurídico debe erigirse para la "satisfacción de necesidades humanas", partiendo de una original clasificación hecha por HELLER, que permite seleccionar las necesidades que pueden protegerse penalmente.

Propone también HORMAZÁBAL la construcción de un sistema teleológico del delito donde el bien jurídico, en vez de concepto límite, pasa a determinar el contenido del injusto: de la tipicidad, porque el tipo no se agota en la acción, sino que contiene una relación social concreta; y de la antijuridicidad, porque no basta que esta sea constatada formalmente, sino que es necesario que se haya lesionado el bien jurídico (antijuricidad material).

Consideramos valioso el aporte de este distinguido profesor, por cuanto ubica el bien jurídico como una categoría trascendente al derecho penal pero lo salva de la abstracción de otras teorías que hacen de él algo casi inaprehensible, al ubicar su propuesta en los principios fundantes del Estado Social y Democrático de Derecho contenidos en la Constitución española, situación que permite aclimatar su propuesta en países latinoamericanos familiarizados con dicha Constitución.

Por último, su tesis es un meritorio llamado a los juristas a propugnar el desarrollo de la norma fundamental y a defender la democracia, pese a que, como expresa MUÑOZ CONDE en el prólogo de este libro, "El profesor HORMAZÁBAL es consciente de las fisuras que tiene el instrumental teórico que maneja, pero quiere ser coherente con el esquema filosófico y político del que parte...

Asegurar la libertad y la dignidad del individuo no parece un mal punto de partida para una concepción del bien jurídico como la que él defiende".

GLORIA MARÍA GALLEGO GARCÍA
Medellín, julio de 1993

ESTA REVISTA SE TERMINÓ DE IMPRIMIR
EN LOS TALLERES DE EDITORIAL NOMOS,
EL DÍA TRES DE JUNIO DE MIL NOVECIEN-
TOS NOVENTA Y CUATRO.

LABORE ET CONSTANTIA